



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

2023
145

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 XLIX – 2º semestre de 2022 – N. 145 – Florianópolis – SC – 2022

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Diretor

Des. Altamiro de Oliveira – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria GP n. 505/2022-GP)

Des. Altamiro de Oliveira – Presidente

Des. Jairo Fernandes Gonçalves

Des. Robson Luz Varella

Des. Carlos Adilson Silva

Des. José Everaldo Silva

Juiz de Direito Leandro Passig Mendes

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

21 cm.

Semestral.

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

Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc> ISSN: 1981-402X.

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

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

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	07
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	26
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	310
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	403
PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA.....	404
SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA.....	419
TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA.....	435
CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS.....	445
CONSELHO DA MAGISTRATURA.....	481
ÓRGÃO ESPECIAL.....	501
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL.....	535
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	577
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	602
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	619
QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	641
QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	694
SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	709
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	751
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL.....	771
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	798
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	817
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	833
QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	878
QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	924
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.....	944
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	1002

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	1024
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	1056
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	1091
QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	1111
PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.....	1135
SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.....	1157
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.....	1172
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.....	1260
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.....	1296
QUARTA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.....	1320
QUINTA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.....	1337
PRIMEIRO GRAU.....	1355
DISCURSOS.....	1458
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	1531
ÍNDICE NUMÉRICO.....	1552
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	1559
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	1572



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Junho de 2022)

Presidente

Desembargador João Henrique Blasi

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Altamiro de Oliveira

Segundo Vice-Presidente

Desembargador Getúlio Corrêa

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador Gerson Chereim II

Corregedora-Geral da Justiça

Desembargadora Denise Volpato

Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial

Desembargador Rubens Schulz

DESEMBARGADORES

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Desembargador Luiz César Medeiros
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
Desembargador José Antônio Torres Marques
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
Desembargador Raulino Jacó Brüning
Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves
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 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 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 Moura Lisboa Carneiro
Desembargador Flavio Andre Paz de Brum
Desembargador Sandro José Neis
Desembargador Diogo Nicolau Pítsica
Desembargador Marcos Fey Probst
Desembargador Sílvio Dagoberto Orsatto

Desembargador Edir Josias Silveira Beck

Desembargador Roberto Lepper

Desembargador João Eduardo de Nadal

Desembargador Márcio Rocha Cardoso

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador João Henrique Blasi – Presidente

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Luiz César Medeiros

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador José Antônio Torres Marques

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 Jorge Luiz de Borba

Desembargadora Rejane Andersen

Desembargador Jânio de Souza Machado

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Raulino Jacó Brüning

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves

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 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 II
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 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 Moura Lisboa Carneiro

Desembargador Flavio Andre Paz de Brum

Desembargador Sandro José Neis

Desembargador Diogo Nicolau Pítsica

Desembargador Marcos Fey Probst

Desembargador Sílvio Dagoberto Orsatto

Desembargador Edir Josias Silveira Beck

Desembargador Roberto Lepper

Desembargador João Eduardo de Nadal

Desembargador Márcio Rocha Cardoso

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador João Henrique Blasi – Presidente

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Luiz César Medeiros

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargadora Salete Silva Sommariva

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 Sérgio Izidoro Heil

Desembargadora Denise Volpato

Desembargador Altamiro de Oliveira

Desembargador Saul Steil

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Dinart Francisco Machado
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Jorge Luiz de Borba
Desembargador José Carlos Carstens Köhler

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Desembargador Altamiro de Oliveira – Presidente
Desembargador Getúlio Corrêa
Desembargador Gerson Cherem II

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador Luiz César Medeiros – Presidente
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes
Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Desembargador Raulino Jacó Brüning
Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves
Desembargador Sebastião César Evangelista
Desembargador Saul Steil
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargadora Cláudia Lambert De Faria
Desembargador André Carvalho
Desembargador André Luiz Dacol
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
Desembargador Flavio Andre Paz de Brum
Desembargador Eduardo Gallo Jr.
Desembargador Marcos Fey Probst
Desembargador Silvio Dagoberto Orsatto
Desembargador Edir Josias Silveira Beck
Desembargador Roberto Lepper

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Raulino Jacó Brüning
Desembargador Flavio Andre Paz de Brum – Presidente
Desembargador Silvio Dagoberto Orsatto
Desembargador Edir Josias Silveira Beck

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Monteiro Rocha
Desembargador Sebastião César Evangelista
Desembargador Volnei Celso Tomazini – Presidente
Desembargadora Rosane Portella Wolff

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta – Presidente
Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Desembargador Saul Steil
Desembargador André Carvalho

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos

Desembargador José Agenor de Aragão – Presidente

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

Desembargador Eduardo Gallo Jr.

Desembargador Marcos Fey Probst – Presidente

Desembargador Roberto Lepper

Juiz Gustavo H. Arachesk

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 José Antônio Torres Marques – Presidente

Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargadora Rejane Andersen

Desembargador Jânio de Souza Machado

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Desembargador Tulio José Moura Pinheiro

Desembargador Robson Luz Varella
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
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 Dinart Francisco Machado
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
Juíza Andrea Cristina Rodrigues Studer

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Salim Schead dos Santos
Desembargadora Rejane Andersen – Presidente
Desembargador Robson Luz Varella
Desembargador Newton Varella Júnior
Juiz André Alexandre Happke

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli – Presidente
Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargador Jaime Machado Júnior
Desembargador Dinart Francisco Machado
Juiz Osmar Mohr

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador José Antônio Torres Marques – Presidente

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargador Tulio José Moura Pinheiro

Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli

Juiz Giancarlo Bremer Nones

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Jânio de Souza Machado – Presidente

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Juiz Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo E Silva

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Desembargador Jaime Ramos – Presidente

Desembargador Jorge Luiz De Borba

Desembargador Luiz Fernando Boller

Desembargador Carlos Adilson 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 André Luiz Dacol

Desembargador Hélio do Valle Pereira

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Desembargador Artur Jenichen Filho

Desembargador Vilson Fontana

Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura

Desembargador Sandro José Neis

Desembargador Diogo Pítsica

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Jorge Luiz de Borba – Presidente

Desembargador Luiz Fernando Boller

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 Silva – Presidente

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Jaime Ramos

Desembargador Júlio César Knoll

Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura – Presidente

Desembargador Sandro José Neis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti – Presidente

Desembargador André Luiz Dacol

Desembargador Diogo Pítsica

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
Desembargador Carlos Alberto Civinski – Presidente
Desembargador Ricardo Roesler
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
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 Moura Lisboa Carneiro

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargador Alexandre D'Ivanenko
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga – Presidente

Desembargadora Ana Lia Moura Lisboa Carneiro

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva

Desembargador Carlos Alberto Civinski – Presidente

Desembargador Ricardo Roesler

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer

Desembargador Luiz Cesar Schweitzer

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Paulo Roberto Sartorato

Desembargador Carlos Alberto Civinski

Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

Desembargadora Ana Lia Moura Lisboa Carneiro – Presidente

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva

Desembargador Sérgio Antônio Rizelo

Desembargador Norival Acácio Engel

Desembargadora Hildemar Carvalho – Presidente

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Ricardo Roesler – Presidente

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Alexandre D'Ivanenko

Desembargador José Everaldo Silva

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli – Presidente

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer

Desembargador Luiz Cesar Schweitzer – Presidente

Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador João Henrique Blasi – Presidente

Desembargadora Denise Volpato

Desembargador Getúlio Corrêa

Desembargador Altamiro de Oliveira

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

Desembargador Rubens Schulz

Desembargador André Carvalho

Desembargador Gerson Cherem li

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

Desembargador Selso de Oliveira

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz de Direito Bruno Makowiecky Salles

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor Marlon Negri

Juiz Corregedor Rafael Steffen da Luz Fontes

Juiz Corregedor Rodrigo Coelho Rodrigues

Juiz Corregedor Rafael Maas dos Anjos

Juiz Corregedor Mauro Ferrandin

JUIZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juíza Auxiliar Iolanda Volkmann

Juiz Auxiliar Rafael Sandi

Juiz Auxiliar Mauricio Cavallazzi Póvoas

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar Leandro Passig Mendes

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Fernanda do Nascimento Müller De Villamartin

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

Alexsandro Postali

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

Maurício Walendowsky Sprícigo



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES **RECDO.(A/S):** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM

ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP

ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP

ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPOTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199.

1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “*induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado*”.

4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa.

6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “*natureza civil*” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA).

7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “*ilegalidade qualificada pela prática de corrupção*” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do

agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA).

8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º.

9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA.

10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º).

11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – *revogação do ato de improbidade administrativa culposo* – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.

13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa.

15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público.

17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente – , há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN.

19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199:

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, acordam, por maioria, em acompanhar os fundamentos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES (Relator), vencidos, parcialmente, os Ministros ANDRÉ MENDONÇA, NUNES MARQUES e DIAS TOFFOLI (quanto à aplicação retroativa da Lei 14.230/2021, sustentando a possibilidade), EDSON FACHIN, ROBERTO BARROSO,

ROSA WEBER e CÁRMEN LÚCIA (quanto à aplicação retroativa da Lei 14.230/2021, sustentando a impossibilidade), RICARDO LEWANDOWSKI (quanto à possibilidade de retroatividade da Lei 14.230/2021 para ações em curso e de anulação das condenações transitadas em julgado) e GILMAR MENDES (quanto à possibilidade de retroatividade da Lei 14.230/2021 para ações em curso e à entrada em vigor dos prazos da Lei 14.230/2021, relativamente à prescrição intercorrente). Na conclusão, por unanimidade, acordam em dar provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação. Foi fixada a seguinte tese: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”. Redigirá o acórdão o Relator.

Brasília, 18 de agosto de 2022.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES **RECDO.(A/S):** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM

ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP

ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP

ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator):

Trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Vol. 7, fl. 68), em que se debate o Tema 1199 da repercussão geral:

“Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.”

Na origem, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou ação civil pública, com o

objetivo de condenar a ré, ROSMERY TEREZINHA CORDOVA, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da autuação como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS.

Narra que, em 21 de março de 1994, a requerida celebrou contrato de prestação de serviços advocatícios com a Autarquia previdenciária para a defesa dos interesses do Instituto nas causas que lhe forem encaminhadas, incluindo, a propositura, o acompanhamento de ações e a interposição de recursos cabíveis, salvo orientação expressa em contrário da respectiva Procuradoria.

Aduz o INSS que (Vol. 1, fls. 5-6):

“a requerida descumpriu o contrato ajustado, adotando uma conduta negligente em várias atuações processuais na condição de representante do requerente causando, destarte prejuízo ao erário, conforme demonstrativo a seguir.

A conduta lesiva praticada pela requerida, decorreu da perda de prazos para contestar, embargar, apelar e promover andamento de execuções fiscais e etc., tudo isto conforme se vê no MEMORANDO Nº 04/98, de autoria do Dr. Wanderley do Carmo (fls. 98/99).

[...]

Na sequência, far-se-á um breve relato das ações em que houve atuação negligente da requerida, sendo que serão indicadas nas folhas do Processo Administrativo (PA) cuja cópia segue anexa a presente, em que constam as informações de forma mais completa, inclusive com a indicação de documentos comprobatórios dos fatos alegados: (...)”

Ressalta que, dos fatos narrados acima, foram apurados, mediante o processo administrativo, prejuízos ao INSS no valor de R\$ 391.458,69, atualizados até maio de 1999, e que a defesa apresentada pela requerida não logrou excluir a responsabilidade da contratada. Menciona que, no parecer final da Procuradoria, ficou clara a incúria da requerida no desempenho de sua atividade contratual. Concluiu-se por atribuir à requerida a responsabilidade pelo ressarcimento à Autarquia do montante de R\$ 123.2777,00, até maio de 1999, haja vista a recuperação de parte das perdas por meio da atuação da Procuradoria local, que interpôs os recursos ainda viáveis nos processos, e a dedução dos honorários que a requerida tinha por receber.

Por fim, pleiteia a condenação da ré ao ressarcimento do prejuízo causado ao INSS “em face de sua conduta omissiva”, pois “deixou de observar suas obrigações contratuais, com atuação relapsa, descumprindo seus deveres no desempenho da função pública, e com isso causando prejuízos ao erário” (Vol. 1, fl. 17).

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar não ter havido ato de improbidade administrativa e condenou o INSS ao pagamento de multa por litigância de má-fé, custas processuais e honorários advocatícios.

Vejamos os trechos da sentença de interesse para o presente (Vol. 3, fls. 24-33):

“O INSS imputou à ré a prática de atos de improbidade previstos no art. 10, caput e incisos I, X e XII da Lei de Improbidade Administrativa, enumerando 15 (quinze) processos nos quais, segundo a tese inicial, a ré, na qualidade de advogada credenciada do INSS, teria atuado negligentemente, deixando de promover de modo regular a defesa da autarquia e causando prejuízo ao erário. Ao final, esclareceu que apenas de quatro ações decorreram efetivamente condenações em desfavor do INSS.

[...]

De início, tenho que a conduta imputada à requerida não se enquadra nos incisos I e XII do art. 10 da LIA, pois não se pode desconsiderar que a condenação do INSS proveio de decisões judiciais em que se reconheceu o direito dos particulares em face do INSS. Friso que contra a autarquia não ocorrem os efeitos da revelia, e por isso as condenações foram objeto de prévia análise de provas produzidas pelas partes litigantes, de modo que não se pode concluir, de foma alguma, que houve enriquecimento ilícito dos segurados/beneficiários da Previdência Social, por culpa da requerida.

Poder-se-ia dizer que a conduta se amolda ao disposto no art. 10, inciso X da LIA. Contudo, como se verá a seguir, nem mesmo este ato de improbidade a requerida cometeu.

(...) para a responsabilização da ré, deve estar presente o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e o elemento objetivo (prejuízo ao erário).

A autarquia autora atribuiu (...) ato de improbidade em razão da negligência na atuação como advogada credenciada do INSS. De plano, exclui-se o dolo (direto ou eventual), porque a negligência provém do elemento subjetivo culpa:

[...]

A requerida informou que teve sob sua responsabilidade entre os anos de 1994 a 1999 cerca de 6.000 (seis mil) processos judiciais nos quais trabalhou. O autor aponta na petição inicial 15 (quinze) processos em que houve perda de prazo para a prática de ato processual que competia à requerida.

É notória a situação de precariedade de recursos, tanto humanos quanto de material e de equipamentos que as procuradorias federais enfrentam nos dias atuais. Tal situação era ainda mais grave na época em que ocorreram os fatos mencionados na petição inicial. Na época, tal como noticiou a requerida não havia qualquer meio eletrônico de controle dos prazos processuais a ela submetidos. Não havia um procurador autárquico em Guarapuava até a chegada do Dr. Wanderley do Carmo, daí a necessidade de contratação de advogados autônomos (f. 02 do apenso I).

(...)

Se por um lado, tem-se que a requerida é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa (art. 32 da Lei nº 8.906/94), por outro, não se pode alçar à categoria de ato de improbidade os deslizes que, no exercício da profissão de advogada de autarquia previdenciária, com acúmulo de serviço, a requerida cometeu.

(...)

Destarte, estas circunstâncias revelam, cada vez mais nitidamente, que a requerida foi alvo de decisão sumária e arbitrária, sem apuração dos fatos, em razão da imputação à requerida dos fatos mencionados no memorando das f. 99-100 do apenso 1.

Tolerar a tramitação destes autos, até a presente data, é prestigiar a inquisição, a tomada de decisões arbitrárias e a violação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Por essas razões, invoco o disposto no art. 17, § 8º da Lei nº 8.429/92, que dispõe que, *recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da **inexistência do***

ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita e, por estar convencido da improcedência dos pedidos contidos nesta ação de improbidade e da **ausência de dolo ou culpa** da requerida, julgo-os improcedentes.” (destaques no original; grifos nossos).

Irresignado, apelou o INSS, requerendo, em preliminar, a declaração de nulidade da sentença em face da ausência da adequada instrução probatória, uma vez que o Juízo a quo não teria valorado as provas testemunhais carreadas aos autos, que demonstram a conduta ímproba da parte ré.

O TRF 4ª Região deu provimento à apelação do INSS, determinando a devolução dos autos ao Juízo de origem para que proceda à devida instrução processual. Eis a ementa do acórdão (Vol. 5, fl. 85):

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE.

Considerando a insuficiência da instrução probatória carreada aos autos, nula a sentença que extinguiu processo com resolução de mérito.”

Opostos Embargos de Declaração pela ora recorrente, foram parcialmente acolhidos, nos termos da seguinte ementa (Vol. 6, fl. 70):

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO: INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRODUZIDA PARA JUÍZO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. A tese de imprescritibilidade consagrada com fundamento no art. 37, § 5º, só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

Ao apreciar o recurso interposto pelo INSS, esta Corte acolheu a alegação de cerceamento de defesa, por ausência de adequada instrução probatória, e anulou a sentença, com o que restou prejudicada a análise dos demais itens da apelação (notadamente os que dizem respeito ao mérito da insurgência), inclusive a ocorrência ou não de inovação recursal. Isso porque, mais do que a produção das provas que foram preteridas, a oportunidade para contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré, que embasou o convencimento do juízo a quo, era fundamental para o julgamento da lide, tal como delineada na inicial.

O cerceamento de defesa não se configura apenas pela não produção de provas requerida, mas também pela falta de oportunidade da parte de contraditar aquelas existentes nos autos, afora a insuficiente análise da documentação apresentada pelo juízo *a quo*.

Inconclusas as fases probatória e de razões finais, prejudicada a apreciação da alegação de manifesta improcedência da ação ou, ainda, do próprio mérito da lide, com base nas provas já produzidas (por se tratar de “má apreciação das provas”, e não hipótese de nulidade da sentença), sob pena de afronta ao devido processo legal. A prerrogativa reconhecida ao juiz de livre apreciação das provas e a exigência de que o tribunal aprecie toda a matéria devolvida ao seu conhecimento (arts. 131 e 515, § 1º. do CPC) não autorizam

o imediato enfrentamento do mérito da lide, se não restou assegurado às partes o devido processo legal e existe a possibilidade de supressão das irregularidades detectadas na tramitação do feito, com o seu retorno à origem.”

No Recurso Extraordinário (Vol. 7, fl. 14), interposto com amparo no art. 102, III, a, da Constituição Federal, a parte ré sustenta que houve violação ao artigo 37, § 5º, da CF/1988.

Alega a prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, em conformidade com o Decreto-Lei 20.910/1992, pois a presente ação foi proposta em 2006, quando já havia transcorrido mais de 5 anos da ocorrência dos fatos que constituem o seu objeto e do próprio descredenciamento da recorrida do INSS, que ocorreu em 27/01/1999 (Vol. 7, fl. 27).

Aduz que a imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da CF/1988 refere-se a danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, e não a ilícito civil.

Sem contrarrazões.

O Tribunal de origem negou seguimento ao RE, ao fundamento de que incidem as Súmulas 279, 283 e 286 do STF (Vol. 7, fl. 39).

No Agravo, a parte refuta a aplicação dos referidos óbices sumulares (Vol. 7, fl. 68).

Ato contínuo, o processo foi remetido ao Superior Tribunal de Justiça para análise do Agravo em Recurso Especial interposto conjuntamente com o presente Recurso Extraordinário (Vol. 7, fl. 93).

No STJ, após sucessivos recursos, a Segunda Turma, em sede de Embargos de Declaração no AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, acolheu os declaratórios, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada, mantendo, entretanto, o acórdão proferido na origem. Eis a ementa do aresto do STJ (Vol. 8, fl. 35):

“RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. IMPRESCRITÍVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO RECONHECIDA SEM EFEITOS INFRINGENTES. Não merece censura o entendimento fixado na origem, porquanto tornou-se pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, em razão do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição da República. Embargos acolhidos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada. “

A decisão acima transitou em julgado em 29/8/2014, e os autos foram remetidos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Vol. 8, fl. 48).

Recebidos o processo nesta CORTE, o saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para observação do Tema 666 (RE 669.069-RG) da repercussão geral (Vol. 11).

Assim, em nova análise da matéria, o Tribunal de origem negou seguimento ao apelo extremo, ao entendimento de que o acórdão recorrido está em conformidade com o Tema 666 da repercussão geral (Vol. 15, fl. 2).

Interposto Agravo Interno (Vol. 15, fl. 6), o Tribunal acolheu o recurso e determinou a remessa dos autos a esta SUPREMA CORTE, ao fundamento de que (Vol. 15, fl. 23):

“(…) o precedente fixado pelo STF no julgamento do RE nº 669.069/MG (Tema STF nº 666) diz respeito à prescritibilidade das ações de indenização pela prática de ilícito civil. A matéria de fundo discutida no precedente vinculativo refere-se a pretensão do INSS de condenação da ré ao ressarcimento de alegados prejuízos causados “em face de sua conduta omissiva”, conforme alegado na inicial, quando de sua atuação como advogada da autarquia, no exercício dos correlatos serviços.

Deste modo, a hipótese dos presentes autos é diversa da que trata o RE nº 669.069/MG, já que o ressarcimento ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa restou não abrangido pelo precedente vinculativo do Tema STF nº 666, a caracterizar razão bastante para que se efetue o necessário *distinguishing* e subsequente devolução dos autos ao Supremo Tribunal Federal para análise do agravo interposto contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário.”

Irresignada, a ora recorrente opôs Embargos de Declaração (Vol. 15, fl. 27), o qual foi rejeitado pela Vice-Presidência do TRF 4ª Região, ao argumento de que não há omissão quanto ao pleito formulado em sede de agravo interno, no sentido de que caberia a remessa do processo à Turma Julgadora, para juízo de retratação, quanto à alegação de “prescritibilidade dos ilícito civis contra a Fazenda Pública”, diante da divergência entre o acórdão recorrido e a tese fixada no RE 669.069, isso porque a Vice-Presidência, na admissão do apelo extremo, decidiu que o caso sob exame é distinto da hipótese tratada no Tema 666, uma vez que “a Turma julgou o caso como se tratando de atos de improbidade e consequências, quando a ora embargante, já em sede de recurso extraordinário, sustenta a inexistência de ato de improbidade”.

A origem considerou não ser o caso de observância do art. 543-b, § 3º do CPC/1973 ou 1.040, II do CPC/2015, e, por isso, determinou o cumprimento da decisão embargada (Vol. 15, fl. 34).

Em petição dirigida ao Relator do processo no STF na ocasião, o saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, a recorrente requereu o provimento do Agravo em Recurso Extraordinário para que fosse determinado o destrancamento do apelo extremo, com a aplicação do Tema 666 e remessa dos autos à Turma julgadora do TRF da 4ª Região para retratação e reconhecimento da prescrição (Vol. 16).

Por suceder o Min. TEORI ZAVASCKI, o processo foi a mim redistribuído. Assim, em 14/11/2018, na análise do presente Agravo, determinei a devolução dos autos ao Juízo de origem para que aguardasse a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no Tema 897 da repercussão geral (Vol. 19).

Retornando o processo ao TRF 4ª Região, o Tribunal de origem, após fazer breve relato

sobre os trâmites processuais ocorridos nas instâncias originárias e superiores, entendeu pela impossibilidade de aplicação da tese fixada no Tema 897, nos seguintes termos:

“(…) verifica-se a impossibilidade de aplicação do Tema 897 do STF na atual fase processual, enquanto pendente a ordem de reabertura da instrução processual.

Isso porque a devida produção de provas é elemento essencial para a definição da conta ímproba como dolosa ou culposa.

Até o momento, o julgamento ocorrido nos autos não examinou o mérito da questão, de modo que descabida a remessa para retratação, eis que o julgamento apenas reconheceu, provisoriamente, a imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa, dependendo a aplicação do tema da conclusão da instrução processual.

Desse modo, devem os autos retornar ao STF, para que, assim entendendo pertinente, possa deliberar acerca da apreciação do recurso.

Ante o exposto, com as homenagens de estilo, determino a remessa dos autos, independentemente de intimação, ao Eg. Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 1.041 do CPC. “

Julgado o mérito do Tema 897, a ora recorrente juntou petição em que requer (i) a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que observe à tese fixada pelo STF naquele recurso paradigma, a fim de reconhecer a ocorrência de prescrição, ou, (ii) alternativamente, seja cassado o acórdão recorrido (Vol. 25).

Tendo em vista que a matéria não interessa apenas às partes envolvidas na lide, bem como que o tema controvertido é de suma importância para o cenário político, social e jurídico, manifestei-me pelo reconhecimento da repercussão geral.

O Ministério Público do Estado de São Paulo; Ministério Público do Estado de Goiás; Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; ABM – Associação Brasileira de Municípios; Instituto Mais Cidadania; Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal – IDADF; Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA; Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP; Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC; Frente Nacional de Prefeitos – FNP; SINDIFISCO NACIONAL - Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil; Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP; Confederação Nacional de Municípios – CNM; Ministério Público do Estado do Espírito Santo; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI, requereram o ingresso na lide na condição de amici curiae (Vols. 27; 29; 31; 33; 38; 40; 52; 63; 78; 85; 95/100; 128; 134; 149; 158, 162; 186; 190).

Em 3 de março de 2022, foi decretada a suspensão do processamento dos Recursos Especiais nos quais se pede a aplicação retroativa da Lei 14.230/2021 (Vol. 50).

Foram indeferidos os pedidos de ingresso como *amici curiae* das seguintes entidades: Instituto Mais Cidadania; Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal IDADF; Instituto Brasileiro de Direito Administrativo IBDA; Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil ANFIP; Instituto dos Advogados de Santa Catarina, SINDIFISCO NACIONAL - Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Vol. 145).

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; Frente Nacional de Prefeitos – FNP; Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público do Estado de Goiás; Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; ABM – Associação Brasileira de Municípios; e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foram admitidos como *amici curiae* (Vol. 144).

Os Embargos de Declaração opostos pelo Procurador-Geral da República em face da decisão que suspendeu os Recursos Especiais (Vol. 50) foram acolhidos, com efeitos infringentes, para determinar a suspensão do prazo prescricional nos processos sobrestados com repercussão geral reconhecida no presente tema (Vol. 102).

O SINDIFISCO NACIONAL – SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL; e o INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO DISTRITO FEDERAL – IDADF peticionaram requerendo a reconsideração da decisão que indeferiu o ingresso no processo na qualidade de *amici curiae* (Vols. 164; e 166).

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA interpôs Agravo Interno, sustentando, em síntese, que demonstrou a aptidão para enriquecer o debate institucional dos autos e para prestar efetiva contribuição para a discussão do tema em pauta. Aduz que há estreito vínculo entre o objetivo da agravante e o objeto jurídico em foco, a revelar a pertinência temática do Instituto para com a matéria controvertida. Assim, requer o provimento do recurso para, reformar-se a decisão agravada, e admitir o IBDA na qualidade de *amicus curiae* no presente processo (Vol. 194).

Não foram conhecidos os pedidos de reconsideração do SINDIFISCO NACIONAL SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (Doc. 166); e do INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO DISTRITO FEDERAL IDADF (Doc. 164), bem como o Agravo Interno do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO IBDA (Doc. 194), apresentados em face de decisão por meio da qual foi indeferido o ingresso na causa, na qualidade de *amici curiae* (Doc. 145), ao argumento de que, na esteira da jurisprudência desta SUPREMA CORTE, é irrecurável o ato de Relator que indefere o pedido de ingresso na condição de *amicus curiae* (Doc. 204).

Os requerimentos formulados pela Confederação Nacional de Municípios CNM (Doc. 158); pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura - IBEJI (Doc. 190) e pela Associação Brasileira das Indústrias de Carne - ABIEC, para habilitação no processo, na qualidade de *amici curiae*, foram denegados, por serem manifestamente extemporâneos. O processo foi liberado para pauta em 27/6/2022, ao passo que os pedidos de admissão como amigo da CORTE foram

apresentados pelos postulante nos dias 8/7/2022 (CNM); 18/7/2022 (IBEJI) e 29/7/2022 (ABIEC), o que contraria a jurisprudência desta CORTE firmada no sentido de que o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta (Doc. 209).

Os pedidos de habilitação no processo, na qualidade de *amici curiae*, apresentados pelo Instituto dos Advogados de São Paulo IASP (Doc. 149); pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (Doc. 162); e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB (Doc. 186) foram deferidos, aos fundamentos de que, excepcionalmente, admite-se o ingresso na causa na condição de amigo da CORTE, mesmo quando já houve a liberação do caso para pauta do Tribunal Pleno, desde que os requerentes preencham os requisitos essenciais, e tenham demonstrado poder contribuir de forma relevante para a discussão da questão constitucional em causa, o que ocorreu com os aludidos postulantes (Doc. 210).

A Procuradoria-Geral da República ofertou parecer manifestando-se pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, nos termos da seguinte ementa (Vol. 147):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1199. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 14.230/2021. ALTERAÇÕES. ELEMENTO SUBJETIVO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO NO TEMPO. DESPROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1199 da sistemática da Repercussão Geral: “Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.
2. A Lei 14.230/2021, ao alterar disposições da LIA quanto ao elemento subjetivo, apenas explicitou o entendimento já estabelecido no sistema sancionador pátrio de rejeição da responsabilização meramente objetiva e de imprescindibilidade de demonstração de grau suficiente da consciência de improbidade para a caracterização do ilícito administrativo.
3. A nova legislação apenas reafirma a vedação de se presumir a má-fé e de se promover a responsabilização objetiva do agente, evidenciando que, uma vez presentes as elementares objetivas e subjetivas, há de se fazer o enquadramento e consequente sancionamento no tipo legal.
4. A interpretação a ser dada ao disposto na LIA, especialmente ao art. 10, há de ser feita em harmonia com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, que preveem explicitamente a punição da culpa consciente grave, associada ao erro grosseiro (art. 28 da LINDB).
5. Entender que o novo regime exige a comprovação de má-fé ou de dolo para enquadramento nos tipos da LIA consistiria em retrocesso que iria de encontro à ordem jurídicoconstitucional de preservação da probidade.
6. As mudanças decorrentes das alterações legislativas que cerceiem ou suprimam o exercício de pretensões, inclusive sancionatórias, não de ser realizadas em cenário de proporcionalidade e gradualidade.
7. A aplicação do novo regime da prescrição há de observar o princípio da segurança jurídica, de modo que

os atos de perseguição praticados legalmente antes da alteração legislativa sejam preservados.

8. As garantias constitucionais de segurança jurídica e de proteção dos atos jurídicos perfeitos conduzem a que os novos prazos prescricionais instituídos sejam computados, para as condutas anteriores à nova lei, apenas a partir da edição do novo diploma legal, sem prejuízo da aplicação da analogia ou da interpretação analógica à luz das demais normas do direito sancionador.

9. Proposta de teses de repercussão geral:

I – As alterações do caput do art. 10 da LIA apenas explicitam a vedação à responsabilidade objetiva do agente, que, sistematicamente, sempre foi proibida no sistema brasileiro, o qual prossegue permitindo a punição do erro grosseiro.

II – Os novos prazos de prescrição geral e intercorrente previstos pela Lei 14.230/2021, para os atos de improbidade administrativa que tenham sido cometidos antes da referida lei, somente são computados a partir da data de sua promulgação.

- Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, com a fixação das teses sugeridas.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES **RECDO.(A/S):** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM

ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP

ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP

ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, cumprimento Vossa Excelência novamente.

Presidente, inicio cumprimentando as sustentações orais realizadas pelo Doutor Francisco Zardo, pela recorrente; pelo Doutor Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que veio com uma comitiva aqui, Presidente, todos amigos de longa data pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, ao qual pertenci por mais de dez anos; pela Doutora Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça do Estado de Goiás; pelo Doutor Aristides Junqueira Alvarenga, ex-Procurador-Geral da República, advogando agora pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a Conamp - aproveito para cumprimentar o Presidente da Conamp, Doutor Manoel Murrieta, aqui presente -; e pela Doutora Norma, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais. Fiz parte da Conamp também, Presidente, e, antes que falem que sou suspeito - virou moda agora alegar minha suspeição -, também pertenci à OAB, então cumprimento o Doutor Vicente Martins Prata Braga, que fez a sustentação oral pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Doutor Georghio Tomelin, da Associação Brasileira de Municípios; o Doutor Saul Tourinho Leal, da Frente Nacional dos Prefeitos; o Doutor Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; e encerro cumprimentando, pela sustentação oral, o Doutor Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Acho que não esqueci ninguém.

Presidente, essa questão da discussão da Lei de Improbidade é uma discussão importantíssima, como todos salientaram da tribuna. Entre outras coisas, há algo extremamente positivo nessa discussão, porque tanto os Ministérios Públicos quanto os institutos de advocacia e associações de prefeitos foram colher dados, ou seja, foram verificar exatamente qual seria a repercussão. Ao tentar verificar ou ao verificar qual seria a repercussão de uma decisão, de um lado ou do outro, isso fez com que fosse possível que tivéssemos dados importantes sobre esse combate à corrupção.

Lembro que a Lei de Improbidade Administrativa já tem trinta anos - a lei é de 2 de junho de 1992 - e realmente foi uma conquista naquele momento. Era um momento histórico extremamente conturbado, se todos aqui se recordam. Iniciava-se o procedimento do *impeachment* do exPresidente Collor e foi o próprio Presidente que sancionou a Lei de Impropriedade Administrativa como resposta às críticas e ao reclame popular do combate à corrupção.

Foi uma grande conquista realmente no combate à corrupção, no combate à má gestão de recursos públicos, em que pese não ser uma lei, diria, tanto a original quanto as alterações, extremamente técnica. É uma lei que deixou inúmeras brechas, permitindo inúmeras interpretações e alguns problemas, porque é uma lei que, genericamente, foi definindo tipos de improbidade. Um deles, exatamente - na verdade, dois deles -, o art. 10, é motivo de maior discussão. Genericamente, no art. 9º da lei se definiu os tipos de improbidade que geram enriquecimento ilícito - o que podemos chamar de tipos clássicos de atos de improbidade de corrupção -, prevendo-se sanções maiores para esse art. 9º. Os tipos de improbidade administrativa que gerassem prejuízo ao erário ficariam no art. 10. Por isso da tribuna foi dito que sempre há uma desclassificação ou outra, porque o art. 11 da Lei de Improbidade é o equivalente, eu diria e sempre disse isso, à previsão do Código Penal de uma tentativa. Como não há tentativa de improbidade - a lei não previu tentativa de improbidade -, aquele que fez de tudo para fraudar uma licitação - fez de tudo, só que, além de corrupto, é incompetente - e nem isso conseguiu, não há uma tentativa do art. 10 ou uma tentativa do art. 9º, há o tipo subsidiário. Ao fazer de tudo para fraudar a licitação, obviamente, ele acabou atentando contra os princípios da administração. O art. 11 é, por si só, um artigo subsidiário, que faz as vezes também de tentativa frustrada de improbidade dos demais artigos.

Só que a lei foi realmente extremamente genérica e previu - outra coisa que durou trinta anos, e, no voto, na sequência, vou explicitar - somente em uma hipótese, no art. 10, o tipo culposo. Na verdade, nós vamos aqui debater, em todos os artigos, a questão do dolo, mas todos sabemos - isso vem do direito penal, do direito administrativo sancionador, de ilícitos civis - que, quando não há previsão expressa do elemento normativo do tipo, a culpa, é só tipo eminentemente doloso. O art. 9º e o art. 11 são tipos de improbidade administrativa eminentemente dolosos. O art. 10º, realmente, estabeleceu a improbidade culposa - sempre muito criticada. Como alguém pode, de forma imperita, negligente, imprudente ser corrupto? Mas foi o encaixe que se estabeleceu. Repito, durante trinta anos, não houve declaração de inconstitucionalidade do tipo culposo.

Essa discussão foi vencida. Até estranho que nunca ninguém tenha ingressado com ação direta de inconstitucionalidade para arguir. Mesmo com muitas críticas, nunca se ingressou com ação direta de inconstitucionalidade para isso.

Por que, Presidente, fiz essa exposição inicial? O Ministério Público, em mais de 90% das ações de improbidade, é o autor (não é, ainda - e discutiremos na sequência -, o autor exclusivo). Até a redação original da lei, a legitimidade era concorrente. Houve a alteração - suspensão por liminar por mim concedida -, mas, independentemente disso, em torno de 90%, ou um pouco menos, o Ministério Público é o autor da lei, é o colegitimado que mais ingressa e utiliza a lei. Há muitas críticas à atuação, mas demonstra com números. Aqui pego, dentro do memorial ofertado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, um trabalho de jurimetria - muito bem feito - sobre os processos de improbidade administrativa no Tribunal de Justiça de São Paulo: há um número de 63% de condenações face a 36% de improcedências, o que retira a ideia que, às vezes, tenta-se colocar (também dita da tribuna) de que o Ministério Público atua no varejo, ou seja, entra com ações por baciada. Não é verdade. Obviamente, no momento da propositura da ação, sabemos todos, assim como na ação penal, ação de improbidade, *in dubio*, em favor da sociedade, para tentar comprovar.

Esses dados - 63% de condenações - mostram que é um trabalho realizado de forma séria pelo Ministério Público, não só do Estado de São Paulo mas também pelos Ministérios Públicos de todos os estados e o Ministério Público Federal.

Os números batem, porque também recebi números do Instituto de Direito Público, com apoio da Confederação Nacional dos Municípios, que fez uma pesquisa sobre recursos interpostos no Superior Tribunal de Justiça. Os números são quase iguais: 64% de condenações. As condenações são realmente, mais ou menos, dois terços das ações. O que também, por outro lado - e aqui também é importante salientar -, não retira, parcialmente, a razão da crítica feita pelo mundo político, principalmente pelos prefeitos, não retira certa razão daqueles que são condenados. Por quê? Grande parte das condenações, ou a maior parte das condenações, não é por enriquecimento ilícito, a maior parte não é pelo art. 9º. Só 9,51% - números que chegam ao Superior Tribunal de Justiça - são por ato de improbidade, diríamos, realmente clássico: alguém que usou seu cargo ou função, de forma dolosa, para enriquecer - não chega a 10%; 37% acredita-se que acarretaram prejuízo ao erário - aqui também entra tanto a questão dolosa quanto a culposa -, art. 10 da Lei de Improbidade; e 53%, por violação de princípios - aqui há grande reclamação.

Há grande necessidade, realmente - e a jurisprudência vem evoluindo nesse sentido -, de sempre diferenciar a ilegalidade, que deve ser combatida, obviamente, da ilegalidade qualificada pela prática ou voltada à prática de corrupção, que é a improbidade administrativa. Exemplo clássico: se toda ilegalidade for considerada uma impropriedade, todo mandado de segurança julgado procedente deve virar ação de improbidade porque aquele ato feriu algum princípio.

Às vezes, recebemos aqui, em recurso extraordinário, a questão da promoção de professores, a classificação, mandados de segurança em que o gestor público, às vezes, praticou a ilegalidade. Essa ilegalidade é consertada por mandado de segurança, mas não acarreta improbidade administrativa.

Presidente, esses números mostram porque - sem, obviamente, entrar no mérito se o Congresso agiu bem ou mal no mérito das alterações - houve a necessidade, depois de quase trinta anos, de o Congresso alterar a Lei de Improbidade Administrativa.

Focado nesses números, a ideia foi tentar transformar a Lei de Improbidade em um combate mais direto ao tipo de improbidade clássico - aquele em que o agente público se enriquece dolosamente - e tentar fazer uma separação maior entre ilegalidade e improbidade administrativa.

A partir disso, todos sabemos, uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, Ministro do Superior Tribunal de Justiça - atualmente Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral -, encaminhou, após os estudos, ao Congresso Nacional.

Há, também, Presidente, outros números levantados pelo Conselho Nacional de Justiça e aí vai a segunda parte dessa repercussão geral. Esses dados mostram a necessidade de realmente definirmos a primeira parte da repercussão geral - retroatividade ou irretroatividade -, a questão do dolo, a questão se a culpa permanece ou não.

A segunda parte diz respeito à prescrição. Há levantamentos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça - também feitos no memorial apresentado pelo Ministério Público de São Paulo - que mostram o tempo de duração das ações de improbidade. O tempo médio de tramitação dessas ações de improbidade até a sentença, ou seja, do início ao fim, esse lapso temporal, seria alcançado pela prescrição intercorrente. Será alcançado a partir de agora. A segunda parte da repercussão geral é exatamente verificar se as ações ocorridas, em trâmite, já julgadas, serão também.

E mostram que, até por um melhor aparelhamento, seja do Ministério Público, seja do próprio Poder Judiciário, que, com o tempo, foram especializando-se nessa área, em 2011, o tempo médio de prolação de sentença, iniciada a ação, era de 4,08 anos; em 2021, foi de 2,22, ou seja, há uma diminuição. Obviamente é o tempo médio. Há ações mais simples e ações bem mais complexas, como também foi dito da tribuna. O tempo médio até o acórdão, da sentença até o acórdão, permaneceu estável, entre 2011 e 2021, de 3,34 anos para 3,41 anos.

O que mostra, Presidente - e aí até uma sugestão a Vossa Excelência, que assume logo o Conselho Nacional de Justiça -, que os tribunais - aqui, o Tribunal de Justiça de São Paulo - precisam aparelhar-se melhor para o combate à corrupção e para o julgamento de ações de improbidade. Realmente não é factível que o tempo médio, até o acórdão proferido da apelação, seja tão longo. Talvez isso possa ser corrigido.

Essas questões foram muito discutidas na audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça que se iniciou com uma explanação do já citado Ministro Mauro Campbell Marques, Presidente da Comissão: “Um dos grandes problemas e críticas” - por isso a alteração na prescrição - “...era que ações movidas contra detentores de mandato tendiam...” - palavras ditas na Comissão de Constituição e Justiça - “...a adormecer no Judiciário e só ganhavam novo ritmo quando aquele detentor de mandato voltava a ser candidato.” Aí, a ação começava a tramitar rápido de novo; acabava a eleição, diminuía.

Essa foi a ideia de se introduzir - falo aqui sem entrar no mérito - a prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa e a alteração do prazo prescricional.

De outro lado, a alteração do prazo prescricional e a questão da prescrição intercorrente fez

com que a Conamp - na ocasião, o presidente da Conamp era o Doutor Murrieta, já citado e aqui presente - estivesse na Comissão de Constituição e Justiça, levando essa preocupação: a diminuição do prazo prescricional e a prescrição intercorrente, principalmente uma retroatividade, poderiam atrapalhar o combate à improbidade das grandes causas, que levam um tempo maior para serem julgadas, inclusive as que necessitam de perícia. O Ministério Público, várias vezes, tem dificuldades na realização de perícia, porque há necessidade de se contratar alguém. E aí, quem paga? A Fazenda Pública? O Ministério Público? Essa é uma eterna discussão. Essas questões também foram levantadas.

É muito importante termos essa noção, porque as duas grandes questões trazidas na repercussão geral foram trazidas a partir de trinta anos da Lei de Improbidade e de estudos técnicos que mostram haver esses problemas. Se a solução foi boa ou não, é uma coisa; se a solução é constitucional ou não, é outra; mas que as duas alterações, a questão do dolo e culpa e a questão da prescrição, tiveram embasamento fático, tiveram. Trouxe os números exatamente para demonstrar isso.

O presente caso, Presidente, conforme foi dito - e por isso o escolhi para colocar no Plenário Virtual, e todos os Colegas concederam a repercussão geral -, traz as duas coisas. É uma ação civil pública, ajuizada em 2006, por atos praticados até, no máximo, 1998, portanto, pega a questão da prescrição. O Ministério Público imputou à recorrente, Rosmery Terezinha Cordova, um ato de improbidade culposo. São exatamente duas grandes questões a serem tratadas, com base nos números levantados por ambas as partes, para que fossem ressarcidos os prejuízos sofridos, segundo o que o INSS imputou à recorrente, Procuradora contratada para defender, em juízo, os interesses do INSS: conduta negligente e o art. 10 da Lei de Improbidade, por ter negligenciado e gerado, segundo o INSS, prejuízo. Enfim, imputou-se conduta negligente, conduta culposa, na condução dos processos judiciais - o tipo de improbidade previsto no art. 10, *caput*, incisos I, X e XII, da Lei de Improbidade.

As duas questões encontram respaldo na repercussão geral: a conduta culposa prevalece. Há a conduta culposa - ela foi absolvida, digase, na primeira instância; na segunda instância, não houve essa análise, porque o Tribunal anulou para determinar a continuidade probatória - e a questão da prescrição.

A partir disso, precisamos definir sobre a necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da Lei de Improbidade que previa a forma culposa, e como será a aplicação dos prazos de prescrição geral intercorrente.

Presidente, faço questão de salientar, porque, da tribuna, em algumas sustentações se abriu um pouco a análise da Lei de Improbidade Administrativa, que aqui estamos analisando e iremos analisar esses dois pontos. O caso concreto traz isso e sabemos que a repercussão geral é a objetivação de um caso subjetivo. Não podemos abrir o que está sendo discutido no caso específico.

Não estamos e não vamos discutir, Presidente, nesta questão, eventuais inconstitucionalidades de mudanças procedimentais, a questão da autonomia das instâncias que a nova modificação da Lei de Improbidade alterou, a questão do art. 11 que era exemplificativo e agora é taxativo. Esses

assuntos serão discutidos em outras ações, já há outras ações, como há a questão da legitimidade concorrente. Aqui, ficaremos exatamente nessas duas questões.

Feito esse introito, Presidente, eu começaria a questão da responsabilidade subjetiva e da improbidade administrativa.

Havíamos conversado com a Presidente em exercício, Ministra Rosa - Vossa Excelência agora retornou -, que, em virtude do evento que teremos, para não cortar o voto, principalmente nessa parte meritória, reiniciaríamos amanhã, se Vossa Excelência concordar.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES (62291/DF, 35303/PR)

RECDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM

ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (221518/SP)

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP

ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/ SE, 357553/SP)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP

ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS (40726/DF, 196565/SP)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

Decisão: Após o início do voto do Relator, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrente, o Dr. Francisco Zardo; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de Goiás, a Dra. Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça do Estado ; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Municípios – ABM, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin; pelo *amicus curiae* Frente Nacional de Prefeitos – FNP, o Dr. Saul Tourinho Leal; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 3.8.2022.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**VOTO**

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:

I – INTRODUÇÃO.

A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos. Editada alguns anos após a redemocratização, a lei veio atender aos anseios da sociedade por moralização da atividade pública, em face das inúmeras denúncias de corrupção, cotidianamente expostas após anos de censura à imprensa. Os benefícios da LIA são inegáveis e imensuráveis, cabendo todas as homenagens aos que a idealizaram e a colocaram em prática nesses últimos 30 anos.

Os números falam por si. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, com base no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI), contendo dados referentes a processos transitados em julgado entre 2010 e 2013.

Nesse estudo, apurou-se que as Ações de Improbidade Administrativa, em dezembro de 2013, somavam, entre ações julgadas, pendentes e novas, o total de 8.183, divididas entre as cinco regiões do país.

O levantamento concluiu que, no período analisado, pelo menos um terço das ações eram contra prefeitos ou ex-prefeitos, sendo a maioria dos que sofreram processos do sexo masculino. Apurou-se que mais de 60% deles tiveram a proibição ou a suspensão do mandato, 25% tiveram perda da função, e 1,65% tornaram-se inelegíveis. O tempo médio de duração do processo foi de 4,24 anos. Nos processos das Varas Federais, o tempo entre a data da ação e do julgamento foi menor que nas Varas Estaduais; sendo que, quando envolvidas pessoas físicas, o tempo de duração é menor em relação aqueles ajuizados contra pessoas jurídicas.

O memorial apresentado pelo Ministério Público de São Paulo aponta que, no ano de 2021, tramitavam aproximadamente 4.760 inquéritos civis, na área do patrimônio público, que potencialmente serão atingidos pela aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021.

Desde o ano de 2011, constatou-se o ajuizamento de 8.768 ações de improbidade administrativa pelo MPSP, potencialmente atingidas pela aplicação retroativa da Lei 14.230/2021.

Com base nos dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a partir de 2011, identificaram-se 2.798 ações de improbidade administrativa julgada procedentes, com trânsito em julgado, que potencialmente poderão ser atingidas pela aplicação retroativa da Lei 14.230/2021, das quais 1.346 aplicaram sanções de perda do cargo e/ou a suspensão dos direitos políticos.

A partir dessa mesma base de dados, verificou-se, a partir de 2011, a existência de 8.130 ações de improbidade administrativa, com acórdãos prolatados, que potencialmente poderão ser atingidos pela aplicação retroativa da Lei 14.230/2021.

Apurou-se que o tempo médio de tramitação das ações de improbidade administrativa até a prolação da sentença nos anos de 2011 a 2021 foram os seguintes:

2011 - 4,08 anos

2012 - 3,30 anos

2013 - 3,69 anos

2014 - 2,46 anos

2015 - 2,32 anos

2016 - 2,28 anos 2017 – 2,32 anos

2018 - 2,17 anos

2019 – 2,12 anos

2020 - 1,99 anos

2021 - 2,22 anos

No mesmo período, o tempo médio até o acórdão proferido na apelação está elencado abaixo:

2011 - 3,34 anos

2012 - 3,72 anos

2013 – 4,18 anos

2014 – 4,44 anos

2015 - 4,19 anos

2016 - 3,93 anos

2017 – 3,95 anos

2018 - 3,71 anos

2019 – 3,38 anos

2020 – 3,11 anos

2021 – 3,41 anos

A partir desses dados, conclui-se que o trâmite da ação de improbidade até o acórdão da apelação é, em média, de 4 anos. Assim, considerando que o prazo da prescrição intercorrente também é de 4 anos, constata-se que, em regra, incidirá a prescrição nessas ações, notadamente se houve a improcedência do pedido no 1º grau.

Sobre o assunto, na Audiência Pública na Comissão de Constituição e Justiça, inicialmente aqui mencionada, o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Presidente da Comissão de Juristas, informou que nas audiências na Câmara dos Deputados, foi suscitado que as ações contra detentores de mandato tendem a “*adormecer*” no judiciário, só vindo a imprimir um ritmo novo nos processos judiciais a partir do momento em que se deflagram processos eleitorais. Assim, a Câmara propôs a redução do prazo prescricional, que na proposta inicial era de 10 anos, para 8 anos, trazendo também a figura da prescrição intercorrente, que até o momento era vedada pelo STJ.

Com base nisso, manifestou sua preocupação quanto ao fato de o projeto trazer que, após o período de suspensão dos prazos prescricionais, estes voltarão a correr pela metade, pois, há dados concretos do CNJ apontando que processos dessa natureza demoram anos para serem solucionados.

Essa preocupação foi compartilhada na ocasião por DANIEL VICTOR SERENI MURRIETA E TAVARES, Representante da CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, ao afirmar que o novo prazo prescricional de 8 anos não permitirá ao Estado punir agente público ímprobo em qualquer das modalidades de ato administrativo, pois, conforme demonstram estudos do CNJ, as ações de improbidade duram cerca de 5 anos. Assim, um prazo prescricional de 8 anos, que pode ser reduzido pela metade, somado ao tempo que se leva para as investigações, acarretará na impunidade do agente na grande maioria dos casos.

Acresceu que, de acordo com a redação do projeto, os casos atuais, em que esse prazo já estivesse ultrapassado, os casos não poderiam ser julgados, acarretando verdadeiro perdão judicial aos agentes ímprobos. Por isso, defendeu a previsão de prazo prescricional de 10 anos, e da prescrição intercorrente em 5 anos.

II. DELIMITAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL.

No presente caso concreto, o acórdão objeto do RE foi proferido em ação civil pública ajuizada no ano de 2006 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS com o objetivo de condenar a ré, ROSMERY TEREZINHA CORDOVA, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão de sua atuação como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS, imputando-lhe conduta negligente na condução dos processos judiciais, nos termos do artigo 10, *caput* e incisos I, X e XII da LIA.

A recorrente argumenta que não praticou ato de improbidade; e, ainda que se considere a sua conduta como ato ilícito, a pretensão de ressarcimento ao erário estaria prescrita, uma vez que a ação foi proposta mais de 5 anos da ocorrência dos fatos, pois não atuava mais como procuradora do INSS desde 1999.

Pelo contexto fático delineado nos autos, mormente pelas alegações do INSS na petição inicial, depreende-se que a imputação à ré por ato de improbidade decorreu de suposta **conduta culposa**, que teria causado prejuízo ao erário. Em nenhum momento há referência a conduta dolosa, por ter agido mal intencionada, ou de má-fé. Aponta-se, isso sim, proceder negligente da então procuradora do INSS.

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar não ter havido ato de improbidade administrativa, ante a ausência de dolo ou culpa da requerida.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, embora não tenha definido se a ré atuou com dolo ou culpa, já antecipou o entendimento no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa ocorridos após Constituição Federal de 1988, sem fazer qualquer distinção quanto ao elemento subjetivo subjacente à conduta do agente ao qual o fato é imputado.

Na presente repercussão geral, coloca-se para exame definir se as novidades inseridas na LIA devem retroagir para beneficiar aqueles que tenham cometido atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, bem como quanto aos prazos de prescrição geral e intercorrente.

No presente Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Vol. 7, fl. 68), portanto, se debate o Tema 1199 da repercussão geral:

“Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação:

(I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e

(II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.”

Dessa forma, o objeto da presente repercussão geral circunscreve-se a definir eventual (ir) retroatividade das novas alterações realizadas na LIA pela Lei 14.230/2021, no tocante à exigência da caracterização do elemento subjetivo do tipo – dolo – para configuração dos atos de improbidade administrativa praticados antes da alteração normativa; bem como, sobre a aplicação dos novos prazos prescricionais e a recémcriada prescrição intercorrente.

Não cabe, neste precedente de repercussão geral, analisar a compatibilidade de todas as inovações com a Constituição de 1988.

O ponto essencial é: aceitando-se a premissa de que tais normas são mais benéficas ao réu, se comparadas com as da Lei 8.429/1992, definir se as regras da Lei 14.230/2021 atinentes ao dolo e à prescrição incidem quanto a fatos e a ações a ela anteriores.

Os demais e importantes assuntos trazidos em memoriais e nas sustentações orais, tais como as alterações do artigo 11, mudanças procedimentais, autonomia de instâncias serão debatidos e decididos em ações próprias, várias delas já ajuizadas perante esse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

III. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra *REPÚBLICA*, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “*induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado*”.

O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.

A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, pois, como afirmado por MARCO TÚLIO CÍCERO (*Manual do candidato às eleições*):

“fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime (As leis, III, XIV, 32)”.

Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os *atos ilícitos em geral e os atos de improbidade administrativa*, inclusive com a normatização em parágrafos diversos, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a *ilegalidade qualificada*, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

A característica essencial dessa inovação foi permitir uma resposta legal mais dura para os atos ilícitos civis qualificados pela prática de corrupção.

No dizer de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, “*a Lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa*” (Enriquecimento ilícito de agentes públicos. Evolução

patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio. RT 755/94); e, como bem acentuado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a previsão constitucional de punição da improbidade administrativa reflete “*a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos*”. (Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I, p. 253).

A Constituição Federal, portanto, no campo civil, pretendeu punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, mas, para tanto, exigiu a tipificação legal das condutas denominadas “atos de improbidade” e geradoras das graves sanções previstas no § 4º do art. 37 e disciplinadas no art. 12 da Lei 8.429/1992, de maneira a possibilitar a ampla defesa e o contraditório, com absoluto respeito ao devido processo legal.

A LIA definiu os atos de improbidade administrativa como aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 337; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 83; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 60 e ss.; MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei nº 8.426/92. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, abr./jun. 1995, p. 49).

A *natureza civil* dos atos de improbidade administrativa é essencial para a análise da possibilidade ou não de aplicação retroativa das previsões da nova lei e decorre – diretamente – do comando constitucional, que é bastante claro ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “*sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Nesse exato sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO ensina que:

“a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal” (Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, jan. 1999.).

Esse é o mesmo entendimento de GIANPAOLO POGGIO SMANIO e de DAMÁSIO DE JESUS, ao afirmarem que:

“as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa são de natureza civil, distintas daquelas de natureza penal. Os atos de improbidade administrativa deverão ser analisados na esfera da ilicitude dos atos civis e não dos tipos penais” (Responsabilidade penal e administrativa de prefeitos municipais. *Boletim IBCCrim*, n. 54, maio 1997).

A Lei 14.230/21, de maneira inexplicável, pretendeu, em seu artigo 17-D, **excluir a natureza civil da ação de improbidade**, em que pese, esse substrato partir da própria Constituição Federal, ao prever:

*“A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e **não constitui ação civil**, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).*”

Ora, ao errônea e fictamente tentar excluir a natureza civil da ação de improbidade, a lei não teve a força de excluir a natureza civil do ato de improbidade e suas sanções, pois essa “*natureza civil*” tem substrato diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa CORTE.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL destacou, no julgamento do TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria (RE nº 976.566/PA), a natureza civil dos atos de improbidade administrativa, afirmando que

*“a Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, **independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores**”.*

Nesse mesmo sentido, essa SUPREMA CORTE afirmou que:

*“Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, **de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa**, quanto à responsabilização políticoadministrativa por crimes de responsabilidade.... O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns **não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil**” (PET 3240 AgR/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, j. 10/05/18).*

De igual maneira, como bem recordado no parecer do Ministério Público de São Paulo, que hoje se fez representar na sustentação oral por seu eminente Procurador Geral de Justiça, MÁRIO LUIZ SARRUBO:

“no julgamento da ADI nº 2.797-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 15.09.2005, o STF declarou a

inconstitucionalidade do foro privilegiado instituído pelo § 2º da Lei n.º 10.628 de 24.12.2002, ao argumento de que “a ação de improbidade tem natureza cível, enquanto o foro por prerrogativa de função restringe-se à seara penal”.

Ressalte-se, ainda, que o próprio legislador, ao editar a nova lei e alterar o artigo 17 da LIA, determinou que se seguisse o procedimento comum estabelecido no Código de Processo Civil, deixando óbvia sua natureza civil.

Não há, portanto, qualquer dúvida sobre a previsão constitucional da natureza civil dos atos de improbidade administrativa.

Em que pese sua natureza civil, o ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA).

A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º:

ARTIGO 1º	
Redação original da Lei 8.429/1992	Alteração trazida pela Lei 14.230/2021
Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.	<p>“Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.</p> <p>Parágrafo único. (Revogado).</p> <p>§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.</p> <p>§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.</p>

Lei 8.429/1992 – Revogação do artigo 5º:

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

ARTIGO 9º	
Redação original da Lei 8.429/1992	Alteração trazida pela Lei 14.230/2021
Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:	Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso , qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

ARTIGO 10	
Redação original da Lei 8.429/1992	Alteração trazida pela Lei 14.230/2021
Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa , que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:	Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa , que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

ARTIGO 11	
Redação original da Lei 8.429/1992	Alteração trazida pela Lei 14.230/2021
Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:	Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

Observe-se que, apesar da LIA, em sua redação original, somente permitir, excepcionalmente, responsabilidade a título culposo nas condutas definidas em seu artigo 10, o legislador pretendeu reafirmar a necessidade do elemento subjetivo – DOLO – também nos artigos 9º e 11 – que sempre

foram tipos eminentemente dolosos –, incluindo as expressões “*mediante a prática de ato doloso*” e “*ação ou omissão dolosa*”, respectivamente.

A *ratio* desse reforço legislativo foi reafirmar a total impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa em qualquer de suas condutas, bem como a inexistência de atos de improbidade administrativa culposos nos artigos 9º, 10 e 11.

A necessidade de apontar os fatos e imputações de cada um dos réus, mesmo que não se exija a mesma rigidez de tipicidade do campo do Direito Penal, sempre foi exigência legal, pois não há responsabilidade objetiva que possibilite as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, devendo ser demonstrado o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, e, anteriormente à nova lei, excepcionalmente, em condutas do art. 10, o elemento normativo culpa (STJ, 1ª T., REsp 926.772/MA, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; STJ, 2ª T., REsp 1.042.100/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

Ressalte-se, portanto, que, mesmo antes da edição da nova lei, não era admitida pelo ordenamento jurídico a condenação por ato de improbidade administrativa com base em responsabilidade objetiva do agente, nem tampouco por condutas culposas referentes aos atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos 9º e 10.

A lei adotou a posição mais ampla possível para possibilitar a responsabilização geral daqueles que pratiquem atos de improbidade administrativa, independentemente de sua condição de pessoa física ou jurídica, agente público ou privado (MARCELO FIGUEIREDO. *Probidade administrativa; comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 27; ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. RT 752/ 31).

O servidor público será o autor do ato lesivo ao ordenamento jurídico, pois as três espécies de atos de improbidade previstas na Lei 8.429/1992 (arts. 9º, 10 e 11) exigem sua conduta (*improbidade própria*); enquanto o particular - pessoa física ou jurídica - que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato de improbidade será o partícipe (*improbidade imprópria*).

Porém, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa sempre exigiu a plena comprovação da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, ainda na vigência do texto original da LIA, ao analisar a necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a prática dos atos de improbidade administrativa, o Ministro LUIZ FUX, então no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ensinou que:

“a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da

Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. *Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a Responsabilidade objetiva*” (1ª TURMA – REsp 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 15/12/2010)

No mesmo sentido: RESP 604.151/RS, Min. TEORI ZAVASCKI, DJ de 8/6/2006; RESP 734.984/SP, 1ª T., Min. LUIZ FUX, DJ de 16/6/2008; RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 11/2/2009; RESP 658.415/RS, 2ª T., Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 3/8/2006; RESP 626.034/RS, 2ª T., Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 5/6/2006; AgRg no RESP 479.812/SP, 2º T., Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 14/8/2007; 1ª T., AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 2/2/2011.

Essa premissa é importante por não permitir qualquer hipótese em que o autor da ação aponte genericamente condutas de agente público ou dos demais réus sem a imputação do necessário elemento subjetivo do tipo e sem qualquer indicação que mostrasse a intenção de praticar ato de corrupção, caracterizando a acusação tão somente responsabilidade objetiva do réu, por exercer determinado cargo ou função pública, pois, como ressaltado pelo Ministro TEORI ZAVASCKI, quando no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade” (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI).

A análise da imputação deve sempre demonstrar a existência clara e flagrante do elemento subjetivo do tipo, não restando qualquer dúvida sobre a prática de ilegalidade qualificada pela má-fé, ou seja, pela intenção da prática de ato de corrupção; pois, somente é possível responsabilizar os agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa quando presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, quando estiver presente e comprovada nos autos a “*ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente*” (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI) por ser o elemento subjetivo “*essencial à configuração da improbidade*” (AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA), “*inexistindo a possibilidade da atribuição da Responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92*” (RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA), por ser vedada “*interpretação ampliativa*”, que “*poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público*”, exigindo-se, portanto, a “*má-intenção do administrador*” (RESP 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX).

Em hipóteses nas quais a conduta imputada ao agente é realizada de maneira objetiva, sem comprovação de mera participação do agente público ou de terceiro, ou mesmo de parcela de sua

responsabilidade – impedindo-se, dessa maneira, inclusive a possibilidade do exercício da ampla defesa – resultando patente a ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), não se poderá afirmar que a conduta do agente público foi direcionada para a corrupção, estando descaracterizado o ato de improbidade administrativa, e, conseqüentemente, a aplicação das sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992; independentemente da possibilidade de eventual ressarcimento do dano, por outras vias, ou mesmo responsabilidade disciplinar.

Dessa forma, a comprovação de responsabilidade subjetiva para a condenação por ato de improbidade administrativa, com a conseqüente aplicação das sanções previstas na LIA, inclusive a de *ressarcimento ao erário*, até a edição da nova lei, somente poderia ocorrer – EM REGRA –, após a constatação da prática das elementares do tipo, previstas nos arts. 9º, 10 ou 11, e, desde que presente o necessário elemento subjetivo do tipo - DOLO GENÉRICO –, mediante o devido processo legal e a observância da ampla defesa e contraditório.

REPITO: Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa.

Nesse sentido, já tive a oportunidade de decidir:

Trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (Vol. 34, fl. 52):

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA LICITAÇÃO Comprovada ilegalidade no procedimento licitatório - Construção de muros de alvenaria Desobediência aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade Irrefutável lesão ao erário municipal Manutenção da sentença. Nega-se provimento aos recursos.

(...)

Da leitura desses elementos do processo, infere-se que, embora as instâncias de origem não tenham reconhecido o dolo, foram imputadas ao recorrente as seguintes penas: (a) perda da função pública; (b) suspensão dos direitos políticos por um período de cinco anos; (c) reparação dos danos causados ao erário no montante de R\$ 21.519,58 (vinte e um mil, quinhentos e dezenove reais e cinquenta e oito centavos).

Cabe agora examinar se podem ser mantidas essas graves penalidades, em face da ausência de agir doloso do réu.

De início, cumpre esclarecer que os fatos e a presente ação de improbidade são muito anteriores à recentíssima Lei 14.230/2021, de 25 de outubro passado, que trouxe extensas alterações na Lei de Improbidade Administrativa.

Desde logo, registro minha posição no sentido de que, mesmo antes dessa novidade legislativa, para caracterização da conduta ilícita do agente público como ato de improbidade administrativa, a ser penalizado na forma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.429/92, faz-se indispensável a existência do elemento subjetivo (dolo) na prática do ato impugnado.

A partir da edição da Lei 14.230/2021, essa diretriz encontra-se explicitamente positivada na LIA...

(...)

Feitas essas observações a respeito da necessidade do elemento subjetivo (dolo) do agente público na prática da conduta ilegal, para que seja caracterizado o ato de improbidade administrativa, tem-se que, na hipótese dos autos, conforme acima relatado, o Tribunal de origem, em que pese tenha decidido pela ilegalidade das contratações realizadas sem prévio procedimento licitatório, não concluiu ter o recorrido agido com dolo, de modo que os atos por ele praticados não configuram ato de improbidade administrativa.

Diante do exposto, com base no art. 21, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, CONHEÇO DO AGRAVO PARA, DESDE LOGO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para julgar improcedente o pedido inicial.

Publique-se.

Brasília, 31 de janeiro de 2022. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.356.035, São Paulo, RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES)

Trata-se de Agravo em Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 1, Vol. 5):

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DA REGRA DA LEGALIDADE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL SUPERAÇÃO DO PERCENTUAL MÁXIMO DA RECEITA CORRENTE LÍQUIDA NO QUE CONCERNE À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TERCEIROS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

- Não se pronuncia nulidade do processo quando o mérito for ser decidido a favor daquele a quem aproveite aludida declaração. Inteligência do art. 249, § 2º, do CPC.

- A ilegalidade isoladamente considerada não configura ato de improbidade administrativa, sendo certo que a conduta violadora ao art. 11, da Lei nº 8.429/92 necessita estar impregnada de má-fé por parte do administrador público.

(...)

Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS interpôs o presente Recurso Extraordinário.

(...)

Quanto ao mais, eis os fundamentos do acórdão recorrido para decidir a controvérsia (fls. 6-13, Vol. 5):

(...)

Por certo, é necessário realizar distinção entre a ilegalidade - ação praticada contrariamente ao que prescreve a lei - com a improbidade que consiste numa prática ilegal qualificada pela desonestidade com que atua o agente público ou pessoa a ele equiparada que, valendo-se da especial condição jurídica que detém, desenvolve práticas que propiciam o seu enriquecimento, vantagem indevida para si ou para outrem ou dano ao erário.

(...)

Este raciocínio é pertinente, porquanto evita-se, nas hipóteses em que a imputação por ato de improbidade administrativa abrange os princípios indicados no art. 11 da Lei nº 8.429/92, a incidência da responsabilidade objetiva em hipótese na qual não se fez expressa exceção à regra da responsabilidade subjetiva.

(...)

Das transcrições acima, extrai-se que o Tribunal de origem concluiu que os atos praticados pelo ora recorrido não configuram ato de improbidade administrativa, pois (a) inexistiu comprovação de que o

réu agiu de forma desonesta quando descumpriu a regra do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal para a contratação dos serviços de terceiros acima do percentual da receita corrente líquida; (b) ausente prova de que os serviços de terceiros não foram prestados, ou que ocorreu enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros; e (c) a conduta do réu não teve por objetivo acobertar qualquer irregularidade anterior por ventura cometida na contratação daqueles serviços.

Ou seja, o acórdão recorrido concluiu que o réu, ora recorrido, não atuou com dolo.

De início, cumpre esclarecer que os fatos e a presente ação de improbidade são muito anteriores à recentíssima Lei 14.230/2021, de 25 de outubro passado, que trouxe extensas alterações na Lei de Improbidade Administrativa.

Desde logo, registro minha posição no sentido de que, mesmo antes dessa novidade legislativa, para caracterização da conduta ilícita do agente público como ato de improbidade administrativa, a ser penalizado na forma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.429/92, faz-se indispensável a existência do elemento subjetivo (dolo) na prática do ato impugnado.

(...)

A partir da edição da Lei 14.230/2021, essa diretriz encontra-se explicitamente positivada na LIA...

(...)

Feitas essas observações a respeito da necessidade do elemento subjetivo (dolo) do agente público na prática da conduta ilegal, para que seja caracterizado o ato de improbidade administrativa, tem-se que, na hipótese dos autos, conforme acima relatado, o Tribunal de origem concluiu que o recorrido não agiu com dolo, de modo que os atos por ele praticados não configuram ato de improbidade administrativa.

(...)

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**

Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que o julgado recorrido foi publicado antes da vigência da nova codificação processual.

Publique-se.

Brasília, 31 de janeiro de 2022. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO **1.352.996**, **Minas Gerais**, RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, analisando questões atinentes à ação de improbidade administrativa, fixou as seguintes TESES:

- (a) TEMA 666, decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), com a seguinte TESE: É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil;
- (b) TEMA 897, decidido na Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN, com a seguinte TESE: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa; e
- (c) TEMA 899, decidido na Repercussão Geral no RE 636.886, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, com a seguinte TESE: É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Em todos esses julgamentos com repercussão geral, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL adotou a compreensão de que as condutas ilícitas cometidas sem a intenção dolosa mereciam tratamento diferenciado, exatamente porque a culpa e a desonestidade em termos de improbidade administrativa não necessariamente caminham juntas.

Tanto é que, como anotei acima, no Tema 897 da repercussão geral, RE 852475-RG, esta CORTE considerou essencial o elemento subjetivo do dolo para a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

No julgamento dos Embargos de Declaração opostos nesse recurso paradigma, Dje de 11/11/2019, acompanhei o Min. EDSON FACHIN para rejeitar os declaratórios e, ao votar, enfatizei:

Com efeito, o Plenário decidiu, com toda a clareza, que:

- 1) a imprescritibilidade atinge somente o ressarcimento ao erário, e não as demais sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa);
- 2) a imprescritibilidade somente se aplica a ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DOLOSOS TIPIFICADOS NA LEI 8.429/1992; e
- 3) compete ao Ministério Público comprovar a prática do ato de improbidade administrativa doloso, desde que tipificado na Lei 8.429/1992, e não somente a existência do dano, garantindo-se ampla defesa ao réu.

Excepcionalmente, entretanto, a redação original da LIA estabelecia, em seu artigo 10, a possibilidade de responsabilização culposa por improbidade administrativa, exigindo a presença do elemento normativo do tipo – CULPA.

A doutrina divergia sobre a constitucionalidade dessa previsão, uma vez que, sendo a “*improbidade administrativa*” uma “*ilegalidade qualificada pela prática de corrupção*”, a modalidade culposa poderia gerar tratamentos legais desproporcionais, por equiparar – para fins de responsabilidade legal e aplicação de graves sanções – “*incompetência ou inabilidade*” para a gestão pública com “*atos de corrupção*”.

Porém, para garantir uma distinção mais razoável entre “*improbidade*” e “*incompetência ou inabilidade*”, passou-se a exigir a presença de certos requisitos para caracterizar-se a improbidade culposa, como bem apontado no parecer da PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA:

A caracterização da “culpa” na improbidade, no entanto já sob a égide da legislação anterior, requeria não só a quebra do dever objetivo de cuidado (imprudência, imperícia ou negligência), mas também a quebra do princípio da confiança, qualificada por uma consciência real da inobservância de um padrão objetivo de probidade, ou seja, de uma consciência mínima da ilicitude, revelada no caso de erro grosseiro, por exemplo.
(...)

No tocante às ações culposas, doutrina e jurisprudência já faziam distinção entre **improbidade** e **inabilidade** administrativas para fins de aplicação das disposições previstas na Lei 8.429/1992.

Explicitava-se que o ato ímprobo seria cercado por indícios de ilicitude e desonestidade, de modo a violar a moralidade e configurar a improbidade; enquanto o ato inábil seria aquele resultante da ausência de habilidade técnica suficiente, vinculado à inaptidão do agente público, hipótese na qual se teria a inabilidade e desconfigurada estaria a improbidade.”

Em inúmeros casos, portanto, a exigência da presença de “*culpa grave*” para a caracterização do ato de improbidade administrativa culposo tornou-se requisito indispensável.

Nos mais de 30 anos de vigência da LIA, entretanto, não houve declaração de inconstitucionalidade da previsão de “*modalidade culposa*” do ato de improbidade, que permaneceu em vigor até sua revogação pela edição da Lei 14.230/2021.

IV. REVOGAÇÃO DA MODALIDADE CULPOSA E IRRETROATIVIDADE.

A alteração legislativa significativa, portanto, diz respeito à revogação da previsão legal de ato de improbidade administrativa culposo, anteriormente previsto na redação originária do artigo 10 da LIA, e suas consequências em relação aos atos anteriormente praticados e decisões judiciais já proferidas; **uma vez que, a partir da edição da Lei – 25 de outubro de 2021 – não há mais, no ordenamento jurídico, a tipificação para atos culposos de improbidade administrativa.**

A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – independentemente da concordância ou não com seu mérito – foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º). No Parecer Preliminar de Plenário n. 1 PLEN, emitido pelo Deputado CARLOS ZARATTINI (PT/SP), acerca do Projeto de Lei 10.887/2018, de autoria do Deputado ROBERTO LUCENA, que altera a Lei 8.429/1992, colhe-se a seguinte observação:

“Deveras, o que se observou ao longo dos diversos debates foi a premente necessidade de adequação do texto legal, de forma a afastar presunções acerca de elementos essenciais para a configuração do ato de improbidade, como, por exemplo, a ocorrência de dano, a presença de dolo na conduta do agente e a extensão de seus efeitos a terceiros.

(...)

O desejo de Justiça que emana da sociedade precisa ser orientado com o respeito às garantias dos acusados. Desta forma, o sentido da atualização a ser realizada na Lei de Improbidade Administrativa deve ser o de orientar sua aplicação com base em preceitos sólidos de garantia da ampla defesa, contraditório e presunção da inocência, de forma a racionalizar a tutela da moralidade administrativa.” (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarinte gra?codteor=1938173. p. 11).

Na Audiência Pública na Comissão de Constituição e Justiça realizada em 28/9/2021, acerca da Lei 14.230/2021, (<https://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?1&reuniao=10256>), IZAIAS JOSÉ DE SANTANA (Prefeito de Jacareí SP e doutor em direito pela USP) afirmou que, no que se refere ao elemento subjetivo, é incontestável a responsabilidade daquele que, por exemplo, dolosamente se enriqueceu ilícitamente. Por outro lado, quando trazido para o campo da responsabilização a culpa, exige-se que o prefeito seja onisciente e onipresente, ou seja, poderia ser responsabilizado pela conduta culposa de qualquer agente público nomeado por ele.

Nesse sentido, o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto, expôs que:

“A modalidade culposa do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, previsto no art. 10 na redação atual da LIA, foi suprimida na proposta da reforma. Tal opção partiu da premissa, conforme exposto na justificativa do projeto, de que não seria “dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia”, bem como explicitou que “evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícito administrativos que submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto a ressarcimento” (Breves Considerações sobre o Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: A proposta da Comissão de Juristas Nomeada pela Câmara dos Deputados. Edição Comemorativa. 30 ANOS DO STJ. Superior Tribunal de Justiça).

O alerta feito pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES é importante, para deixar claro que a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa não afasta a possibilidade de responsabilização do agente por atos ilícitos administrativos e suas respectivas sanções, bem como pelo eventual ressarcimento ao erário.

À partir da edição da nova Lei 14.230/2021, portanto, o agente público que, culposamente, causar dano ao erário poderá responder civil e administrativamente por ato ilícito, porém não mais por ato de improbidade administrativa; nos termos, inclusive, do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

Essa previsão foi regulamentada pelo Decreto 9.830/2019 que, no art. 12, § 1º, conceitua “erro grosseiro” como culpa grave caracterizada por extremo grau de negligência, imprudência ou imperícia, nesses termos:

“Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.
§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.”

Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – *revogação do ato de improbidade administrativa culposo* – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.

A Lei 14.230/2021, somente, estabeleceu uma genérica aplicação “ao sistema de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, que precisa ser compreendida.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, inovou em matéria de Administração Pública, consagrando os princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública.

Ressalte-se que nenhuma das Constituições anteriores havia constitucionalizado os princípios e preceitos básicos do Direito Administrativo de maneira tão detalhada e completa quanto a atual Constituição Federal de 1988 (Cf. a respeito: HILTON CAMPANHOLE Lobo; ADRIANO CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000; *Constituição da República Federativa do Brasil* (1946, 1967, 1969, 1988): quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, 1996.), e, igualmente, tal hipótese não encontra paralelo no Direito Comparado.

Como destacou JOSÉ CRETELLA JÚNIOR,

“pela primeira vez na história do Direito Constitucional positivo brasileiro vamos encontrar, na Lei Magna, a expressão *Administração Pública*, no Capítulo VII, cujo título é precisamente este: *Administração Pública*” (A administração pública. In: Vários autores. *A Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 94).

Poder-se-ia afirmar ainda que a atual Constituição da República codificou as principais normas do Direito Administrativo, que, como lembra JEAN RIVEIRO, é essencialmente não codificado (*Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 35); prevendo normas de gerência, contratação, publicidade, entre outras; além do Estatuto do Servidor Público e de mecanismos de controle da Administração.

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção.

Como salientado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,

“a corrupção, embora sua feição mude de época para época, é um fenômeno presente em todos os tempos. Dela, não escapa regime algum. Igualmente, ela existe no mundo inteiro, conquanto em níveis diversos. É assim um mal que todo regime tem de estar preparado para enfrentar”. Contudo, observa o citado professor, a corrupção é “particularmente grave numa democracia. Esta, com efeito, confia na representação para realizar o interesse geral. Se ela é corrupta e persegue o seu bem particular, o regime fica totalmente desfigurado. Além disso, na democracia, rapidamente a corrupção desmoraliza o Poder, além de ser um fator de ineficiência. Por isso, pode levar facilmente à perda da legitimidade do regime” (*A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87-88).

Dessa forma, em face da modernização e do agigantamento do Estado, a constitucionalização do Direito Administrativo representou verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.

Importante lembrar a lição de KARL LOEWESTEIN, quando afirmou que,

“na sociedade do Século XX, se pode considerar como o fenômeno mais digno de ser ressaltado a transformação do Estado Legislativo em Estado Administrativo” (*Teoria de la constitution*. Barcelona: Ariel, 1946. p. 66).

A Constituição de 1988, portanto, constitucionalizou regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS), que deixou de somente regular a relação administrado/administração, passando a ter princípios e valores próprios de regência da legalidade e moralidade na atuação do Poder Público.

Essa concepção, como anteriormente citado, foi consagrada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como esclarecem PIMENTA OLIVEIRA e MUSETTI GROTTI:

“A Constituição reconhece o valor jurídico diferenciado do interesse público como categoria própria e não assimilável aos meros interesses pronunciados por administradores públicos ou meramente associados aos órgãos e entes públicos e governamentais, por lei ou atos infralegais. Não se trata de mero conceito jurídico indeterminado que a teoria da linguagem possa esgotar como operacionalizá-lo. O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (artigo 37, inciso LX, na disciplina das leis (artigo 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (artigo 93, inciso VIII e artigo 95, inciso II) e no Ministério Público (artigo 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (artigo 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional” (*Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, març./abr. 2020, p. 90).

É nesse sentido que deve ser entendido e interpretado o denominado “Direito Administrativo Sancionador (DAS)”, que é sub-ramo do Direito Administrativo e consiste na “expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado” (BENEDITO GONÇALVES; RENATO CÉSAR GUEDES GRILO). Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468).

Diferentemente do Direito Penal, que materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente no juízo criminal; o Direito Administrativo Sancionador tem aplicação no exercício do *ius puniendi* administrativo; sendo ambos expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que “*não guardam similitude de lógica operativa*” (JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA; DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROSSI. Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr., 2020, p. 90).

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, §4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade.

E o fez, para garantir um maior rigor procedimental nas investigações e uma maior efetividade na aplicação do contraditório e ampla defesa.

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

- (1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;
- (2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS)
- (3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;
- (4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;
- (5) Ausência de regra de transição.

A análise conjunta desses vetores interpretativos nos conduz à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“*a lei penal*”

não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corrompidos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

O inciso XL deve ser interpretado em conjunto com o inciso XXXVI, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Em regra, a lei não deve retroagir, pois “*não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, inclusive no campo penal, salvo, excepcionalmente, quando se tratar de lei penal mais benéfica, quando então “*retroagirá para beneficiar o réu*”. Trata-se, portanto, de expressa e excepcional previsão constitucional de retroatividade.

O art. 6º da LINDB também estatui a irretroatividade das leis, ao estabelecer que:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, a retroatividade das leis é hipóteses excepcional no ordenamento jurídico, sob pena de ferimento à segurança e estabilidade jurídicas; e, dessa maneira, inexistindo disposição expressa na Lei 14.230/2021, não há como afastar o princípio do *tempus regit actum*.

A norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do *favor libertatis*), fundamento inexistente no Direito administrativo sancionador; sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos; principalmente porque no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO afirma que:

“não se pode transportar para o Direito Administrativo Sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva”, pois “não há no Direito Administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei benéfica ao infrator”. É que o dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica “funda-se em peculiaridades únicas do Direito Penal, inexistentes no Direito Administrativo Sancionador” (Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 154- 155).

RICARDO BARROS LEONEL defende que

“a aplicação retroativa da disciplina mais benéfica da tutela da probidade administrativa colide, quando menos, com os dois dispositivos constitucionais: o art. 5º, XL, da CF, que tem aplicação restrita ao direito penal (aplicado na jurisdição, ou à sua feição na esfera administrativa, que é o direito administrativo disciplinar); e o art. 37, § 4º, da CF, que deixa assentado que a tutela da probidade administrativa e as sanções relacionadas aos atos ilícitos não são penais, mas sim civis” (“Nova LIA: aspectos da retroatividade associada ao direito sancionador”. In: *Consultor Jurídico*, em 17 de novembro de 2021, citado por ROGÉRIO TADEU ROMANO, In: *Aspectos Polêmicos da Lei de Improbidade Administrativa Uma Hipótese de Aplicação da Nova Lei de Improbidade Administrativa e o Direito Intertemporal*, p. 86. *Revista de Direito Administrativo*, nº 197, maio 2022).

Nesse sentido da irretroatividade, a Segunda Turma desta CORTE já decidiu no ARE 1019161 AgR, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/5/2017, no qual o Relator consignou que:

“Verifica-se, portanto, que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade da pessoa, admitindo, até mesmo, o ajuizamento de revisão criminal após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há qualquer tempo”.

Confira-se a ementa do acórdão:

“Ementa: ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS PARTIDÁRIAS DO EXERCÍCIO DE 2009. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (LEI 13.165/2015) NA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONTAS REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DA NORMA CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NÓRMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O processo de análise de contas partidárias está contido no conjunto da jurisdição cível, na qual impera o princípio do *tempus regit actum*. Ou seja, na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época. II - O caráter jurisdicional do julgamento da prestação de contas não atrai, por si só, princípios específicos do Direito Penal para a aplicação das sanções, tais como o da retroatividade da lei penal mais benéfica. III - Questão que se interpreta com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), sendo esta a norma que trata da aplicação e da vigência das leis, uma vez que não há violação frontal e direta a nenhum princípio constitucional, notadamente ao princípio da não retroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/1988). IV - Eventual violação ao texto constitucional, que no presente caso entendo inexistente, se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. V - Agravo regimental a que se nega provimento.”

Nesse precedente, o eminente Ministro Relator, RICARDO LEWANDOWSKI, realçou que “na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época.”

A jurisprudência desta SUPREMA CORTE tem sufragado o princípio do *tempus regit actum* em diversos julgados nos quais envolvidas normas da jurisdição cível, como na presente hipótese:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

[...]

8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. **Consagração da aplicação do princípio tempus regit actum quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias.** Precedentes citados: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.4.2005 (RE 415.454/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES).

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTAS. PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000. COBRANÇA COM BASE NA ALÍQUOTA MÍNIMA. **LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.** 1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada no RE 602.347 (Tema 226), Rel. Min. Edson Fachin, e fixou entendimento no sentido de que é constitucional a cobrança de IPTU com base na alíquota mínima prevista na lei municipal, referente a período anterior à Emenda Constitucional nº 29/2000, mesmo que a progressividade das alíquotas tenha sido declarada inconstitucional. 2. Dessa forma, a tese fixada em sede de repercussão geral concluiu pela exigibilidade do IPTU calculado com base na alíquota mínima, segundo a destinação do imóvel em conformidade com a legislação municipal vigente à época do fato gerador. 3. Inaplicável o art. 85, §11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios para a parte agravante. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015 (RE 550.910- AgR/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO).

A norma mais benéfica prevista pela Lei nº 14.230/2021 – **revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa** –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; uma vez que, nos termos do artigo 5º, XXXVI:

“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Ressalte-se, entretanto, que apesar da irretroatividade, em relação a redação anterior da LIA, mais severa por estabelecer a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa em seu artigo 10, **vige o princípio da não ultra-atividade**, uma vez que não retroagirá para aplicar-se a fatos pretéritos com a respectiva condenação transitada em julgado, mas tampouco será permitida sua aplicação a fatos praticados durante sua vigência mas cuja responsabilização judicial ainda não foi finalizada.

Isso ocorre pelo mesmo princípio *do tempus regit actum*, ou seja, tendo sido revogado o ato

de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.

Não se trata de retroatividade da lei, uma vez que todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –; bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário.

Entretanto, em virtude ao princípio do *tempus regit actum*, não será possível uma futura sentença condenatória com base em norma legal revogada expressamente.

Em conclusão, as alterações feitas pela Lei 14.230/2021 nos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como com a revogação do artigo 5º preveem:

- 1) Impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa;
- 2) A exigência de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo – nos artigos 9º, 10 e 11 – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
- 3) A inexistência da modalidade culposa de ato de improbidade a partir da publicação da Lei 14.230/2021;
- 4) A irretroatividade da norma benéfica da Lei 14.230/2021, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 5) A aplicação dos princípios da não ultra-atividade e *tempus regit actum* à modalidade culposa do ato de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente.

V. AUSÊNCIA DE INÉRCIA ESTATAL E IRRETROATIVIDADE DO NOVO SISTEMA PRESCRICIONAL.

A condenação por improbidade administrativa e consequente imposição das respectivas sanções somente poderão ocorrer se, nos prazos fixados em lei, houver o ajuizamento da ação específica, e, após o devido processo legal, garantida a ampla defesa e o contraditório, houver uma decisão judicial condenatória.

Em um Estado de Direito, assim como no campo penal, também na responsabilidade civil por ato de improbidade, o Poder Público tem um prazo legal para exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

O devido processo legal, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em restringir

a liberdade ou a propriedade individual, entre elas, certamente, a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese de improbidade administrativa.

O desrespeito às regras legais para o processo e julgamento por atos de improbidade administrativa, editadas em observância ao § 4º do art. 37, inclusive no tocante ao prazo possível para o ajuizamento da ação, conflita com a garantia do devido processo legal, que configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor, dentro de regras procedimentais previamente estabelecidas e que consagrem a plenitude de defesa e impeçam o arbítrio do Estado.

Como salientado pelo Ilustre Ministro CELSO DE MELLO, ao analisar o poder persecutório do Estado, “a própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado” (1ª Turma, HC 73.338/RJ).

Exatamente em respeito à segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e ao devido processo legal, o legislador consagrou o mandamento do § 4º do art. 37 da Constituição Federal e editou a Lei 8.429/1992, prevendo, expressamente, os prazos prescricionais, agora alterados pela Lei 14.230/2021, que, inclusive, criou espécie de prescrição intercorrente:

ARTIGO 23	
Redação original da Lei 8.429/1992	Alterações trazidas pela Lei 14.230/2021
<p>Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:</p> <p>I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;</p> <p>II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.</p> <p>III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.</p>	<p>Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>(...)</p> <p>§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>II - pela publicação da sentença condenatória; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p>

ARTIGO 23	
Redação original da Lei 8.429/1992	Alterações trazidas pela Lei 14.230/2021
	<p>III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>(...)</p> <p>§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.</p>

O *caput* do art. 23 alterou e unificou o prazo de prescrição para a propositura da ação de improbidade, que antes era de 5 (cinco) anos, com diferentes *dies a quo*. Agora, para todas as hipóteses antes elencadas nos incisos revogados desse artigo, o prazo de prescrição é de 8 (anos) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. O § 4º trouxe marcos interruptivos da prescrição que se verificam pelo ajuizamento da ação e, partir daí, a contar da publicação da decisão judicial condenatória ou do acórdão que a confirme ou reforme. Ou seja, após o termo inicial, a sentença ou o acórdão interrompem a prescrição, desde que haja condenação do réu, pois a decisão absolutória não é apta a interromper o prazo prescricional.

Por sua vez, o § 5º introduziu a **prescrição intercorrente**, que é deflagrada com o ajuizamento da ação. Após esse marco, verificada uma das causas interruptivas citadas no § 4º, o prazo prescricional recomeça a correr pela metade do prazo previsto no caput do artigo 23, ou seja, 4 (quatro) anos.

Na Lei 14.230/2021, a prescrição intercorrente incide quando há inércia no curso do processo de apuração da conduta ímproba, a partir de marcos interruptivos preestabelecidos pelo legislador.

Assim, o prazo prescricional de oito anos, contado a partir do ato de improbidade, interrompe-se com o ajuizamento da ação e volta a correr pela metade do tempo (quatro anos) até interromper-se novamente com a publicação da primeira decisão condenatória.

Em outras palavras, o ajuizamento da ação deflagra o início do prazo da prescrição intercorrente. Após o termo inicial, a sentença ou o acórdão interrompem a prescrição, desde que haja condenação do réu, pois a decisão absolutória não é apta a interromper o prazo prescricional.

Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa.

A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela **INÉRCIA** do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 1º Vol., p. 435; CAVALCANTI, José Paulo. Direito Civil: escritos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 1983. In: <https://jus.com.br/artigos/38201/aspectos-gerais-da-prescricao/2>; AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. 7ª ed., p. 596).

Pune-se a inércia, a sua omissão, o seu *non facere*, como bem ressaltado por ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL:

“Posto que muitos escritores, como Beviláqua, neguem que a prescrição constitua um castigo à negligência do titular, outros, como João Mendes Júnior, secundando a lição de Savigny, aliás fundada nas formas romanas, o afirmam.

Estamos com o grande romanista tedesco e o saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo.

Se a prescrição priva o titular de sua ação, fazendo-o sofrer a perda de um direito, impõe-lhe, de fato, um mal. E, se essa imposição é motivada pela sua inércia, de que resulta um mal social, pelo estado antijurídico que não foi removido pela ação, representando essa inércia a falta de cumprimento de um dever social, não se poderá negar que o mal imposto pela prescrição é, efetivamente, uma repressão do mal causado pela negligência do titular.

E, assim encarada, a prescrição apresenta o característico da pena, cuja clássica definição é: *poena est malum passionis, propter malum actionis* (Da Prescrição e da Decadência, 4ª ed., Forense, 1982, p. 16-17)”.

Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO.

Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão.

Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público.

A PRIMEIRA TURMA dessa CORTE, reiteradamente, tem afirmado que **“se o Estado não**

está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal” (RE 1210551 AgR, Red. p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 20/08/2019, DJe de 15/4/2020; RE 1244519 AgR, Red. p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 25/5/2020; RE 1243415 AgR-quarto, Rel. ROBERTO BARROSO, DJe de 10/3/2020).

A inércia nunca poderá ser caracterizada por uma lei futura que, diminuindo os prazos prescricionais, passe a exigir o impossível, ou seja, que, retroativamente o poder público – que foi diligente e atuou dentro dos prazos à época existentes – cumpra algo até então inexistente.

A irretroatividade é flagrante, pois como salientado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *“Somente assim se evitará o risco do absurdo de provocar a lei superveniente a surpresa de uma prescrição consumada retroativamente”* (Prescrição e Decadência. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 210-211). Esse ponto foi bem salientado no parecer da PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, ao destacar que:

É ontológico ao conceito de prescrição uma inércia consciente, livre no cenário então vigente. Admitir que o prazo prescricional da pretensão sancionatória possa ter fluído em parâmetros absolutamente imprevisíveis ao tempo da prática dos atos desconstituídos iria de encontro às garantias constitucionais atinentes à segurança jurídica e violaria a essência da ideia de prescrição, que repousa sobre a noção de inércia do titular do direito.

Na aplicação do novo regime prescricional, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a irretroatividade da nova lei, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa, sob pena de consequências absurdas, como destacado no parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO:

A incidência irrestrita e retroativa do novo marco temporal (data do fato) e do novo prazo prescricional de oito anos aos fatos anteriores configuraria abrupta alteração da regulamentação vigente, sem qualquer regime de transição, **com a possibilidade de fulminar o ajuizamento de ação em casos nos quais ainda não decorrido o prazo prescricional ou sequer iniciada a sua contagem com base na disciplina anterior.**

Nesse sentido, já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

1. PRESCRIÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL. CASO EM QUE O PRAZO PRESCRIBENTE FIXADO NA LEI NOVA E MENOR DO QUE O PRAZO PRESCRICIONAL MARCADO NA LEI ANTERIOR. FEITA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRIBENTE MARCADO NA LEI NOVA (ISSO A PARTIR DA VIGENCIA DESSA LEI). E SE OCORRER QUE ELE TERMINE EM ANTES DE FINDAR-SE O PRAZO MAIOR FIXADO NA LEI ANTERIOR, E DE SE CONSIDERAR O PRAZO MENOR PREVISTO NA LEI POSTERIOR, CONTADO ESSE PRAZO A PARTIR DA VIGENCIA DA SEGUNDA LEI. 2. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO ASSUNTO. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE O STF NEGA CONHECIMENTO (RE 79327, Relator(a): ANTONIO NEDER, Primeira Turma, DJ de 7/11/1978).

No RE 184195, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Dj de 6/5/2005, essa CORTE, analisando questões de direito intertemporal, valeu-se das lições de Pontes de Miranda, na qual o mestre assentava que a lei nova não pode ter efeitos retroativos:

“Segundo Pontes de Miranda (op. cit., pág. 98), ‘a grande prova da deficiência dos estudos em matéria de direito intertemporal tem-se no momento em que se vão aplicar às leis de direito público (exceto as penais, que de regra jurídica são objeto de princípios especiais de direito intertemporal), as chamadas cláusulas da garantia, constitucionais (...).

‘A cada passo se diz que as normas de direito público - **administrativo**, processual e de organização judiciária - são **retroativas**, ou contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que em verdade acontece é que tais regras jurídicas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. **O efeito, que se lhes reconhece, é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal.** Já no direito privado, o efeito imediato nos deixa, por vezes, a ilusão da retroatividade. O que se passa no direito público é que esses casos de ilusória retroatividade são o que mais acontece.

A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, **a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte.**”

Destaque-se, inclusive, que essa foi a opção da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de lei, presidida pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES:

“O anteprojeto também estabeleceu que as alterações propostas no prazo prescricionais somente seriam aplicadas aos fatos ocorridos após a eventual vigência (art.23-C do PL). (Breves Considerações sobre o Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: A proposta da Comissão de Juristas Nomeada pela Câmara dos Deputados. Edição Comemorativa. 30 ANOS DO STJ. Superior Tribunal de Justiça).

Em conclusão, o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/21 NÃO RETROAGE, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

Por óbvio, os prazos prescricionais da nova lei não se aplicam às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN.

VI. CASO CONCRETO.

Como relatado, na origem, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou ação civil pública por ato de improbidade previsto no artigo 10, *caput* e incisos I, X e XII da LIA, com o objetivo de condenar a ré, ROSMERY TEREZINHA CORDOVA, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da atuação negligente como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS.

Narrou a Autarquia que, em 21 de março de 1994, a requerida celebrou contrato de prestação de serviços advocatícios com o INSS para a defesa dos interesses do Instituto nas causas que lhe seriam encaminhadas, incluindo a propositura da ação e, a partir daí, a interposição de todos os atos processuais cabíveis. No entanto, a requerida descumpriu o contrato ajustado, adotando conduta negligente na condução dos processos, o que acarretou prejuízo ao erário no valor de R\$ 391.458,69, atualizados até maio de 1999, conforme demonstrado no MEMORANDO de auditoria nº 04/98.

Aduziu que, considerando que o INSS conseguiu recuperar partes das perdas, por meio da atuação da Procuradoria local e da dedução dos honorários que a requerida tinha por receber, concluiu-se por atribuir à requerida a responsabilidade pelo ressarcimento à Autarquia do montante de R\$ 123.2777,00, até maio de 1999.

Assim, pleiteou a condenação da ré pelos atos de improbidade previstos no art. 10, *caput* e incisos I, X e XII da LIA, e ao ressarcimento do prejuízo causado ao INSS, em face de sua conduta omissiva. Argumentou que a requerida atuou de forma relapsa, descumprindo seus deveres no desempenho da função pública, e causando prejuízos ao erário.

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar não ter havido ato de improbidade administrativa, ante a ausência de dolo ou culpa da requerida.

Apelou o INSS, requerendo, em preliminar, a declaração de nulidade da sentença em face da ausência da adequada instrução probatória, uma vez que o Juízo *a quo* não teria valorado as provas testemunhais carreadas aos autos, que demonstram a conduta ímproba da parte ré.

O apelo foi provido pelo TRF 4ª Região, que considerou nula a sentença pelo fato de a instrução probatória ter sido insuficiente. Em consequência, determinou a devolução dos autos ao Juízo de origem para que procedesse ao devido exame das provas.

Opostos Embargos de Declaração pela parte ré, foram parcialmente acolhidos, somente para esclarecer ser inviável o imediato enfrentamento do mérito da lide, uma vez que houve afronta ao devido processo legal, pois não foi aberta a oportunidade para o INSS contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré. No acórdão, consignou-se, ainda, que, na esteira da jurisprudência do STJ, a pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa é imprescritível, tese esta que só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

No Recurso Extraordinário, alegou-se afronta ao art. 37, § 5º, da CF/1988, ao argumento de já

estar prescrita a pretensão de ressarcimento ao erário, porque ação foi proposta em 2006, quando já havia transcorrido mais de 5 anos da ocorrência dos fatos e do seu descredenciamento como procuradora do INSS, que ocorreu em 27/01/1999. Sustentou-se também que a imprescritibilidade prevista naquele dispositivo constitucional refere-se a danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, e não a ilícito civil.

Como se vê deste breve sumário da causa, os fatos subjacentes à ação civil pública para ressarcimento ao erário decorrentes dos alegados atos ilícitos praticados pela recorrente contra o INSS ocorreram em 1999, e a demanda somente foi proposta em 2006. Além disso, o processo não se encerrou.

A imputação realizada pelo Ministério Público foi de ato de improbidade culposo, nos termos da redação anterior do artigo 10 da LIA.

Em que pese a irretroatividade da norma benéfica da Lei 14.230/2021, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, está não terá incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes.

Na presente hipótese, entretanto, incide a aplicação dos princípios da não extra-atividade e *tempus regit actum* à modalidade culposa do ato de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, uma vez que não mais existe a figura típica imputada pelo Ministério Público, que permitiria a continuidade da instrução processual.

Não bastasse isso, ocorreu a prescrição, uma vez que essa CORTE já decidiu pela prescritibilidade das ações de improbidade administrativa fundadas em atos culposos.

VII. DISPOSITIVO.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário para extinguir a presente ação.

Fixo, para fins de repercussão geral, a seguinte tese:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) Aplicam-se os princípios da não ultra-atividade e *tempus regit actum* aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei 14.230/2021; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente.

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

É o voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES

RECDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM

ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP

ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP

ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA

APARTE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - O Professor Frederico Marques, em suas *Instituições* sempre lembradas, afirmava exatamente isto: as lides, ou são lides penais ou são lides civis, assim compreendidas as tributárias, as administrativas, as comerciais, etc.

Só para acrescentar ao voto de Vossa Excelência.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

APARTE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Nós, o saudoso e querido Ministro Teori Zavascki e eu, pertencíamos à Sessão de Direito Público. Trabalhamos juntos durante onze anos. Ali, criou-se jurisprudência exatamente nesse sentido que Vossa Excelência está expondo: a Lei de Improbidade não é aplicável ao administrador inepto e, sim, ao administrador ímprobo. Essa foi uma jurisprudência praticamente pacificada em nível infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Exato, Presidente! Tanto que cito vários precedentes de relatoria de Vossa Excelência, de relatoria do saudoso Ministro Teori e de relatoria do Ministro Mauro Campbell, exatamente os três Ministros que construíram essa jurisprudência. Por todos, cito, aqui, no voto, um julgado, um recurso especial de relatoria de Vossa Excelência - veja, de 2010! - reafirmando isso.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, acolhendo o escoreito relatório elaborado por Sua Excelência o Ministro Alexandre de Moraes, verifico tratar-se de agravo interposto contra decisão que determinara a retenção, na instância a quo, de recurso extraordinário aviado em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos termos do art. 542, §3º, do Código de Processo Civil então vigente, editado em 1973.

2. Na origem, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou ação civil pública, com base no art. 37, § 5º, da Constituição da República, e na Lei de Improbidade Administrativa, objetivando a condenação da ré, ROSMERY TEREZINHA CORDOVA, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da atuação como procuradora contratada para defender em juízo os interesses da autarquia previdenciária, imputandolhe a prática de atos de improbidade previstos no art. 10, *caput* e incisos I, X e XII, da Lei nº 8.429, de 1992, na redação anterior à Lei nº 14.230, de 2021.

3. De acordo com as alegações da entidade autora, “[a] conduta lesiva praticada pela requerida, decorreu da perda de prazos para contestar, embargar, apelar e promover andamento de execuções fiscais e etc., tudo isto conforme se vê no MEMORANDO Nº 04/98, de autoria do Dr. Wanderley do Carmo (fls. 98/99)”.

4. Historiando a atuação da ré no bojo de 15 (quinze) processos judiciais, predicando-a como “incúria”, aduz a entidade autora ter sido apurado, mediante o processo administrativo instaurado no âmbito do INSS, prejuízo no valor de R\$ 391.458,69, atualizado até maio de 1999, não logrando êxito a defesa apresentada pela requerida em excluir a sua responsabilidade. Defende ter restado amplamente demonstrado que “a requerida deixou de observar suas obrigações contratuais, com atuação relapsa, descumprindo seus deveres no desempenho da função pública, e com isso causando prejuízos ao erário, o qual deve ser ressarcido na sua integralidade”.

5. Nada obstante, concluiu-se por imputar à requerida a responsabilidade pelo ressarcimento à Autarquia do montante de R\$ 123.2777,00, atualizado até maio de 1999, uma vez que o dano inicialmente projetado teria sido mitigado “em face da eficaz atuação dos procuradores federais que conseguiram reverter a situação” em relação a alguns dos feitos inicialmente elencados, bem como em razão da dedução dos honorários que a requerida tinha por receber, na quantia de R\$ 26.522,61, atualizada até novembro de 2002.

6. O pedido foi julgado improcedente pelo Juízo de primeiro grau, ao fundamento de não ter sido configurado o ato de improbidade administrativa.

7. Interposta apelação pelo INSS, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao recurso, para anular a sentença, determinando a devolução dos autos à origem para prosseguimento da instrução processual. Em face de tal decisão, a ora recorrente opôs embargos de declaração, suscitando prescrição da pretensão administrativa sancionatória.

8. Apesar de originalmente rejeitados, em decorrência do provimento de recurso especial apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ofensa ao art. 535 do CPC de 1973, com a respectiva

baixa dos autos à instância *a quo* para nova análise, os declaratórios foram parcialmente acolhidos, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO: INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRODUZIDA PARA JUÍZO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. A tese de imprescritibilidade consagrada com fundamento no art. 37, § 5º, só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

Ao apreciar o recurso interposto pelo INSS, esta Corte acolheu a alegação de cerceamento de defesa, por ausência de adequada instrução probatória, e anulou a sentença, com o que restou prejudicada a análise dos demais itens da apelação (notadamente os que dizem respeito ao mérito da insurgência), inclusive a ocorrência ou não de inovação recursal. Isso porque, mais do que a produção das provas que foram preteridas, a oportunidade para contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré, que embasou o convencimento do juízo a quo, era fundamental para o julgamento da lide, tal como delineada na inicial.

O cerceamento de defesa não se configura apenas pela não produção de provas requerida, mas também pela falta de oportunidade da parte de contraditar aquelas existentes nos autos, afora a insuficiente análise da documentação apresentada pelo juízo a quo.

Inconclusas as fases probatória e de razões finais, prejudicada a apreciação da alegação de manifesta improcedência da ação ou, ainda, do próprio mérito da lide, com base nas provas já produzidas (por se tratar de “má apreciação das provas”, e não hipótese de nulidade da sentença), sob pena de afronta ao devido processo legal. A prerrogativa reconhecida ao juiz de livre apreciação das provas e a exigência de que o tribunal aprecie toda a matéria devolvida ao seu conhecimento (arts. 131 e 515, § 1º. do CPC) não autorizam o imediato enfrentamento do mérito da lide, se não restou assegurado às partes o devido processo legal e existe a possibilidade de supressão das irregularidades detectadas na tramitação do feito, com o seu retorno à origem.

9. Em face de tal decisão, a demandada interpôs recursos especial e extraordinário, aduzindo, no bojo deste, ofensa ao art. 37, §5º, do Texto Constitucional, alegando que a imprescritibilidade prevista no aludido dispositivo seria adstrita aos atos de improbidade administrativa, e não a ilícito civil, que seria a hipótese dos autos.

10. Processado o recurso especial no âmbito da Corte Cidadã, com a manutenção da decisão de origem, tramitou-se o feito a este Excelso Pretório para análise do agravo interposto em face da decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário perante o juízo *a quo*, que entendeu presentes os óbices processuais previstos nos enunciados nº 279, nº 283 e nº 286 da Súmula do STF.

11. Ao analisar originalmente a demanda, o saudoso Ministro Teori Zavascki determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aguardar o desfecho do Tema nº 666 do ementário da Repercussão Geral (que teve como *leading case* o RE nº 669.069-RG/MG).

12. Nada obstante, ao reanalisar o cabimento do recurso extraordinário, cotejando-o com a

matéria versada no âmbito do referido Tema RG nº 666, entendeu a Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que se estaria diante de demanda distinta, portanto, não sendo incidível à espécie a tese ali fixada. Ante tal conclusão, determinou-se nova subida dos autos a esta Suprema Corte.

13. Ocorre que, diante da afetação do Tema nº 897 à sistemática da Repercussão Geral, o atual relator do feito, e. Ministro Alexandre de Moraes, compreendeu ser aplicável ao caso o art. 1.036 do CPC de 2015, promovendo-se nova baixa dos autos à origem para oportuno reexame do caso à luz da tese que viesse a ser ali estabelecida.

14. Contudo, ao se debruçar mais uma vez sobre as razões do recurso extraordinário interposto, desta feita a partir das balizas fixadas no bojo do Tema RG nº 897, a Corte Regional compreendeu, também nessa assentada, não ser o caso de adequação do acórdão vergastado, atraindo assim a incidência do comando inserto no art. 1.041 do CPC de 2015, com o conseqüente reencaminhamento dos autos a este Supremo Tribunal Federal.

15. Ao promover novo exame da contenda, desta vez já em momento posterior às inovações normativas ocasionadas pela entrada em vigor da Lei nº 14.230, de 2021, por verificar que o deslinde da controvérsia dependeria da compreensão da Corte acerca da eventual (ir)retroatividade da aludida alteração legislativa, especialmente no que concerne à caracterização do elemento subjetivo do ato ímprobo e aos novos prazos prescricionais – na modalidade geral e intercorrente –, o eminente Relator entendeu ser o caso de submeter a matéria à sistemática da Repercussão Geral, dando ensejo ao Tema RG nº 1.199 do catálogo deste Supremo Tribunal Federal.

16. Por unanimidade, o plenário virtual acolheu a proposta de afetação, dando ao Tema RG nº 1.199 o seguinte título:

“Definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.”

17. Feito esse breve apanhado introdutório, passo ao exame da controvérsia, principiando pela investigação das teses a serem estabelecidas para fins de repercussão geral para, após, lançar olhos ao caso concreto.

Do princípio da irretroatividade das leis

18. Antes de adentrar na análise das duas questões específicas, afetadas à sistemática da Repercussão Geral, quanto à eventual (ir)retroatividade das alterações promovidas pelo legislador ordinário quanto i) aos contornos conformadores do elemento anímico que devem estar presentes para caracterização do ato de improbidade; e ii) aos novos prazos prescricionais estabelecidos

para fulminar a pretensão sancionatória estatal, inaugurando-se a possibilidade de incidência da denominada prescrição intercorrente; entendo necessário empreender breve esforço teórico acerca do princípio norteador do exame a ser posteriormente realizado, qual seja, o princípio da irretroatividade das leis.

19. Acerca do tema, ensina o professor Rubens Limongi França que a noção da impossibilidade de se aplicar novas prescrições normativas a fatos pretéritos à sua edição remonta ao tempo das primeiras leis da República Romana. Já *“nos textos de Ulpiano e de Paulo, encontramos a primeira formulação referente à matéria que vale como um esboço de sistema geral. O sentimento natural do princípio da irretroatividade das leis, realçado pelos arejamentos do Ius Gentium, e por isso mesmo manifesto nos primeiros diplomas republicanos e discutidos pelos mestres do período préclássico, passa a experimentar um primeiro ensaio de definição científica: os seus limites são quae iudicata, transacta finitave sunt”*. (realcei)

20. Prosseguindo na evolução histórica do tema, o professor das Arcadas observa que *“quando em 1824, a Constituição do Império do Brasil, no art. 179 n. III, consignou o princípio da irretroatividade das leis, é certo que recebeu a influência do Direito das Nações Cultas, mas, nos seus alicerces, havia mais de seiscentos anos de saber jurídico luso-brasileiro, o qual, no concernente à matéria, se abeberara diretamente na fonte limpa da Doutrina do Ius Quaesitum, conforme o Direito Canônico e os Pós-Glosadores”*, pontuando que já nas Ordenações Afonsinas, datadas de 1446, a temática era abordada.

21. Ainda segundo as lições do eminente catedrático, a Constituição Americana de 1787 *“já havia vedado não só as leis ‘ex post facto’, de modo geral, senão também, de modo particular, qualquer outra ‘impairing the Obligation of Contrats’; e, a seu turno, o Código Austríaco, de 1810, que nisto sobreleva o de Napoleão, tinha disposto no art. 5º que a lei não deveria atingir os ‘atos anteriores’ e ‘os direitos anteriormente adquiridos’”*.

22. Especificamente em relação ao tratamento dado à matéria em âmbito constitucional, defende Limongi França que, à exceção da Carta outorgada em 1937, a garantia da irretroatividade das leis é preconizada de modo perene em nossa história. Quanto ao ponto, preleciona o autor:

“As Constituições de 1824 e 1891, determinando que as leis não podem ser retroativas, não deixaram margem para a colocação do problema de saber se a regra, no silêncio da lei, é a retroatividade ou a irretroatividade.

(...)

Com as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988 a despeito de se proibir a ofensa ao Direito Adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não houve proibição alguma à irretroatividade das leis.

(...)

De nossa parte, afirmamos que, não obstante a aparente omissão do texto constitucional sobre este aspecto da matéria, a regra é a irretroatividade.

(...)

Com as Constituições de 1934, 1964 [sic] e 1988, embora diversa tenha sido a fórmula adotada no preceito sobre a matéria, sustentamos que o seu conteúdo continua o mesmo.

Os dispositivos dessas Leis Magnas, em suma, vieram atender à regra implicitamente já contida nas de 1824 e 1891, qual seja a de que *as leis não têm efeito retroativo em princípio, podendo entretanto tê-lo, por disposição expressa, se não ofenderem Direito Adquirido.*

23. E quanto ao consenso firmado no seio da doutrina nacional quanto à envergadura constitucional do aludido preceito, aduz o professor Limongi que *“tão arraigada é a noção de que o princípio da irretroatividade das leis tem natureza constitucional, que, mesmo em plena vigência da Carta de 1937, quando o Legislador, intencional e inequivocamente sonogou a esse preceito o caráter em apreço, autores como o Prof. João Franzen de Lima não tergiversaram em afirmar que ‘a irretroatividade das leis, mesmo quando não seja cânon constitucional, permanece como princípio científico do direito, princípio orientador dos legisladores e dos juízes’”*.

24. De fato, a noção de irretroatividade dos comandos normativos possui superlativa relevância ante a relação umbilical que ostenta com o princípio da **segurança jurídica** .

25. Quanto ao ponto, vale rememorar o que preleciona Canotilho, que ao abordar *“o Princípio do Estado de Direito”* elenca entre os seus *“Subprincípios concretizadores”*, além da *legalidade da administração*, da *proibição do excesso (proporcionalidade em sentido amplo)* e da *proteção jurídica* e das *garantias processuais*, a *segurança jurídica* como elemento conformador do *“Rule of Law”* .

26. Segundo o constitucionalista português, o princípio geral da segurança jurídica (que engloba dimensões de ordem objetiva e subjetiva – esta última relacionada à ideia de proteção da confiança) está indissociavelmente ligado à ideia de Estado de Direito uma vez que *“[o] homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”*.

27. Ao prescrutar a abrangência do princípio da segurança jurídica – que irradia efeitos a todo e qualquer ato estatal, seja ele legislativo, executivo ou judicial – especificamente em relação aos atos normativos, discorre Canotilho sobre os princípios: *i) da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas; ii) da proibição de pré-efeitos dos atos normativos; e iii) da proibição de normas retroativas.*

28. Quanto a esse último princípio, pontua que *“[a] mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas. O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas”* .

29. Evidente, portanto, a direta relação entre irretroatividade normativa, segurança jurídica e Estado de Direito, consubstanciando-se a referida irretroatividade em instrumento de salvaguarda da estabilização e previsibilidade dos comportamentos juridicamente aceitos, concretizando o valor maior da segurança jurídica que, por sua vez, é elemento conformador da própria noção de Estado de Direito.

30. Assim, bem contextualizado o papel desempenhado pelo princípio em destaque, não há como não concordar com o professor Limongi França: a irretroatividade das leis é a regra.

31. Contudo, há importante exceção, constitucionalmente estabelecida, em relação à norma de natureza penal que venha a ser mais benéfica ao indivíduo quando comparada ao regramento anterior, objeto de revogação.

32. Compartilhando de entendimento universalmente adotado, preconiza o art. 5º, LX, da Constituição da República, que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”.

33. A razão de ser da referida exceção é intuitiva e alicerçada, em última análise, no princípio da isonomia: se o Estado compreende não mais necessário o emprego da última *ratio* para reprimir determinado comportamento humano dali por diante, deixando determinada conduta de ostentar carga de lesividade ao bem jurídico tutelado capaz de justificar a incidência da sanção penal (especialmente, mas não exclusivamente, quando for privativa de liberdade), não há porque perpetuar o cumprimento da pena nos moldes em que anteriormente aplicada, ante o absoluto esvaziamento das finalidades da reprimenda respectiva.

34. Ora, se o comportamento antes combatido, passou a ser socialmente tolerado, não subsistem motivos para, através da pena, modificá-lo – em relação ao autor – ou desestimulá-lo – perante a coletividade.

35. Portanto, uma vez estabelecida a compreensão de que, em matéria de direito intertemporal, a irretroatividade das leis é a regra, consubstanciando-se a aplicação pretérita da norma de natureza penal mais benéfica a hipótese de exceção, para bem analisar a eventual (ir)retroatividade das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021 – atendo-nos especificamente aos pontos circunscritos pelo Tema de Repercussão Geral em questão – se deve examinar a natureza das normas modificadas.

36. Dito de forma direta: deve-se investigar se, diante da natureza do ato de improbidade administrativa, (i) as normas que o conformam devem ser tratadas de forma semelhante àquelas de natureza penal, ou, se (ii) diante das excepcionalidades que caracterizam este ramo do direito punitivo estatal por excelência, improcede a tentativa de aplicação extensiva de suas peculiaridades – tal como a retroatividade benéfica como regra – às normas que, ainda que assemelhadas, inegavelmente são dotadas de genética própria.

37. Diz-se assemelhadas, ante a inegável zona de interseção existente entre o denominado direito administrativo sancionador – ao qual pertence o instituto da improbidade administrativa – e o direito penal. Afinal, ambos são ramos do sistema de responsabilização estatal.

38. Contudo, apesar de integrarem o mesmo sistema, gozam de inafastável autonomia e independência entre si. Autonomia esta que é verdadeira *conditio sine qua non* para existência, constitucionalmente legítima, da responsabilização por ato de improbidade administrativa – tendo em vista que o pensamento em sentido contrário atrairia a incidência do princípio do “*ne bis in idem*” em desfavor desta modalidade de responsabilização específica.

39. Portanto, há que se reconhecer, em certa medida, a autonomia técnico-científica tanto do direito administrativo sancionador, enquanto gênero, quanto da responsabilização por ato de improbidade administrativa, enquanto espécie, demandando a concepção de princípios e regras que lhes sejam próprios (ou adaptados), operando como construtores de uma identidade particular e distintiva em relação aos demais ramos do direito punitivo estatal – e que devem ser construídos a partir de tal perspectiva.

40. Nessa direção, noto que o legislador reformista prescreveu no incluído §4º do art. 1º da novel Lei de Improbidade Administrativa que “[a]plicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.” Reconhecida, portanto, a existência de princípios próprios, dotados de peculiaridades em relação às garantias penais.

41. Daí porque, quanto ao ponto, compartilho da posição que me parece tenha sido externada pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação encartada aos autos, no sentido de que o exame a ser empreendido quanto à (ir)retroatividade das alterações legislativas deve ser realizado “caso a caso”, ou seja, a partir do cotejo de cada norma específica, não sendo possível estabelecer *a priori* e de forma hermética, sem cogitar a necessidade de adaptações, a simples aplicação direta dos princípios do direito penal ao ato de improbidade administrativa.

42. Acertadamente, pontua o Procurador-Geral da República que “*ainda que se admita a integração e aplicabilidade de princípios próprios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador – como a retroatividade da lei mais benéfica ao réu – há o intérprete de fazer o devido ajustamento da interpretação jurídica dos preceitos advindos daquele ramo especializado, sem desconsiderar valores de envergadura constitucional que norteiam todo o sistema jurídico pátrio*”.

43. Passo, então, à luz de tais premissas norteadoras, à análise individualizada de cada um dos aspectos do tema de repercussão geral em comento.

Da eventual (ir)retroatividade das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo conformador do ato de improbidade administrativa

44. Como é de amplo conhecimento, em sua redação original, a Lei nº 8.429, de 1992, estabeleceu, em seu Capítulo II, três espécies de atos de improbidade administrativa. Na Seção I (art. 9º), tratou dos “*Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito*”. Na Seção II (art. 10), disciplinou os “*Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário*”. Por fim, na Seção III (art. 11), capitulou os “*Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública*”.

45. Conforme se verifica do caput dos arts. 9º e 11, tanto em relação aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, quanto em relação aos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, o Legislador ordinário sempre exigiu a presença do dolo como elemento subjetivo exclusivo para caracterização da conduta como ímproba, para fins de responsabilização específica, em concretização ao comando constitucional de defesa da probidade, insculpido no art. 37, § 4º, da Constituição da República.

46. De outro bordo, para caracterização dos atos de improbidade que causassem prejuízo ao erário, a redação original do caput do art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, admitia, para além do dolo, a suficiência da culpa.

47. Por clareza, confira-se o teor da aludida disposição legal:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (grifei)

48. Com a edição da Lei nº 14.230, de 2021, não apenas o caput do aludido artigo foi alterado para suprimir a menção à culpa como elemento anímico capaz de ensejar a caracterização do ato de improbidade que cause prejuízo ao erário. Para além de tal supressão, incluiu-se dispositivo especificamente destinado à estabelecer a presença do dolo como “elementar do tipo” do ato de improbidade, além de normativo destinado à sua conceituação, bem como diversas prescrições voltadas a afastar, *a priori*, a sua caracterização. Vejamos as principais modificações legais quanto à matéria:

Art. 1º. Caput.

*§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas **dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.*

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente .

*3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem **comprovação de ato doloso com fim ilícito**, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.*

*Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra **dolosamente** para a prática do ato de improbidade.*

Art. 10. Caput.

(...)

*§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado **ato doloso praticado com essa finalidade**.*

Art. 11. Caput.

(...)

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a ***aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente***.

Art. 17-C. Caput.

(...)

§ 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade. Art. 21. Caput.

(...)

§ 2º As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente.

49. Ante a plêiade de dispositivos incluídos, destinados diretamente a estabelecer novos contornos ao elemento anímico do ato de improbidade, resplandece com clareza solar a intenção do legislador reformista em extirpar qualquer possibilidade de subsunção de condutas praticadas de forma culposa à figura da improbidade administrativa.

50. Em tal contexto, com as devidas vênias à douta Procuradoria Geral da República, não reputo adequado cogitar cenário de “*continuidade normativo-sancionadora das novas figuras típicas*”. Respeitando as opiniões em contrário, não há como equiparar a ideia da “*culpa grave*”, anteriormente capaz de ensejar a aplicação do art. 10 da LIA, ao dolo exigido pelos novos contornos estabelecidos através da Lei nº 14.230, de 2021.

51. À toda evidência, as inovações legais objetivaram romper com a normatização anteriormente estabelecida em relação ao elemento subjetivo necessário à caracterização do ato ímprobo. O que resta é examinar, à luz das balizas estabelecidas linhas atrás, notadamente quanto à necessidade de se atentar para a identificação de eventual peculiaridade distintiva entre a caracterização do elemento anímico conformador da conduta ímproba e aquele tipificador do ilícito penal, se a inovação em espeque deve ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição – considerando a necessidade de aplicação, com eventual adaptação, dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador.

52. Antecipo, desde logo, que, a meu sentir, a resposta deve ser afirmativa, ou seja, pela aplicação retroativa dos novos contornos conformadores do elemento anímico que a Lei nº 14.230, de 2021, passou a exigir para caracterização do ato ímprobo.

53. Isso porque, promovendo o aludido cotejo entre as peculiaridades do direito administrativo sancionador, de um lado, e os conceitos de culpa e dolo segundo o direito penal, de outro, não vislumbro traço distintivo suficiente para afastar a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica à espécie.

54. A ideia de distinção, de certa forma antagônica, entre a culpa e o dolo como elementos anímicos exigíveis para imputação de uma consequência jurídica pelo cometimento de um ato ilícito é uníssona em todo o sistema de responsabilidade jurídica de cunho subjetivo.

55. Não apenas no universo do direito administrativo sancionador e do direito penal, mas na teoria da responsabilidade subjetiva de forma geral – seja ela civil, administrativa ou penal –, a culpa caracteriza-se, em linhas gerais, pela conduta praticada de forma consciente, contudo, evitada pela negligência, imprudência ou imperícia. Por sua vez, a noção dolo exige, para além da consciência, a vontade livre e desembaraçada de se atingir o resultado contrário à prescrição normativa.

56. Não olvidando as gradações que particularizam um elemento anímico e outro em cada ramo do direito, como, v.g. as noções de “culpa grave”, “culpa consciente”, “dolo eventual”, “dolo direto”, trata-se de conceitos distintos – *não se admitindo em qualquer seara o conglobamento de um pelo outro, como defende a PGR* –, sendo o dolo invariavelmente digno de maior nível de reprovação jurídica em relação à culpa.

57. E, não apenas no âmbito do direito penal, mas na seara do direito punitivo como um todo, diante do seu menor grau de reprovabilidade, o comportamento culposos é punido apenas de modo excepcional, quando expressamente previsto pela legislação sancionadora. Ainda em razão dessa apontada excepcionalidade, não raras vezes, mesmo quando expressamente prevista em lei, a modalidade de responsabilização culposa tem sua constitucionalidade posta em xeque, a depender da relevância do bem jurídico tutelado e do ramo do direito punitivo incumbido da respectiva tutela.

58. Portanto, ao analisar as alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, a partir de tal conjuntura, considerando, de um lado, a manifesta intenção do Poder Legislativo, enquanto conformador do *jus puniendi* estatal em não mais tipificar como ato de improbidade administrativa a conduta praticada na modalidade culposa; e, de outro lado, o traço comum de excepcional responsabilização pela prática de ato culposos no âmbito do sistema punitivo estatal, de modo geral; não vislumbro como afastar, por unidade sistêmica, a incidência do princípio da retroatividade da norma ulterior mais benéfica à situação jurídica em análise.

59. Não mais havendo intenção do Estado em reprimir pelo sistema de combate à improbidade administrativa condutas culposas, esvazia-se por completo a teleologia da norma anterior. Esvaziamento este que, associado à aludida excepcionalidade dessa categoria de ilícito no sistema punitivo em geral, ensejaria, pela insistência na continuidade de aplicação da regra anterior, situação de inequívoca violação ao princípio constitucional da isonomia.

60. Ante o exposto, em relação ao primeiro item do Tema RG nº 1.199, entendo que deve ser fixado, para fins de aplicação da Repercussão Geral, o seguinte entendimento: *as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados.*

61. Diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, *a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15 do CPC/2015.*

Do cabimento da ação rescisória na espécie

62. Quanto ao cabimento dessa hipótese de ação rescisória, especificamente prevista nos §§ 12 a 15 do art. 525 do CPC de 2015, ao caso em análise, entendo pertinente rememorar que, no ponto, o denominado “*Código Fux*” acolheu posicionamento que já vinha sendo construído em âmbito pretoriano desde a inclusão do parágrafo único do art. 741 no Código de Processo Civil de 1973, por meio da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001.

63. O aludido dispositivo inaugurara o tratamento legislativo do tormentoso tema da coisa julgada inconstitucional, abordando inicialmente a possibilidade de a matéria ser ventilada no âmbito da defesa do executado, por meio do manejo dos embargos à execução.

64. A partir da interpretação jurisprudencial do dispositivo, estabeleceu-se linha de corte temporal-cronológica para orientar o operador do direito quanto ao instrumento jurídico adequado a veicular pretensão contrária à execução do título que se descortinara inconstitucional.

65. Nos casos em que o título venha a ser formado *antes* da decisão do Supremo Tribunal Federal que promova a análise da constitucionalidade da norma que embasou a decisão exequenda — declarando a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade — em sentido contrário àquele aplicado no caso concreto, o instrumento jurídico adequado a obstar a sua execução seria a ***ação rescisória***.

66. Por outro lado, nas situações em que o título venha a ser formado *depois* da decisão do Supremo Tribunal Federal que promova a análise da constitucionalidade da norma que embasou a decisão exequenda — declarando a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade — em sentido contrário àquele aplicado no caso concreto, a alegação de inexigibilidade do título poderia ser deduzida através dos ***embargos à execução***, que já seriam instrumento jurídico adequado e suficiente a obstar o prosseguimento da pretensão executória.

67. À propósito do tema, vale realçar que esta sistemática teve a sua constitucionalidade reconhecida por esta Excelsa Corte ao apreciar o RE nº 611.503-RG/SP (causa-piloto do Tema nº 360 do ementário da Repercussão Geral), precedente que teve como relator originário o saudoso Ministro Teori Zavascki e como redator para o acórdão o e. Ministro Edson Fachin. A título ilustrativo, colaciono a ementa do aludido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 475-L, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ARTIGO 525, PARÁGRAFO PRIMEIRO, INCISO III, PARÁGRAFOS 12 E 14, E ARTIGO 535, PARÁGRAFO 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

1. São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º.

2. Os dispositivos questionados buscam harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da

Constituição, agregando ao sistema processual brasileiro, um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado.

3. São consideradas decisões com vícios de inconstitucionalidade qualificados: (a) a sentença exequenda fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com sentido inconstitucionais; (b) a sentença exequenda que tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional.

4. Para o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade qualificado exige-se que o julgamento do STF, que declara a norma constitucional ou inconstitucional, tenha sido realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE nº 611.503-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. Do Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2018)

68. A razão distintiva empregada pela jurisprudência e aperfeiçoada pelos autores do Novo Código de Processo Civil é lógica: **(i) de um lado**, quando a decisão exequenda se forma antes da edição do precedente de eficácia vinculante que reconheça, em sentido contrário àquele aplicado no caso concreto, a (in)constitucionalidade da norma que fundamenta o título executivo, por óbvio, **não se lhe poderia imputar, à época de sua formação, qualquer mácula; e, (ii) de outro bordo**, quando a decisão exequenda se forma *depois* da edição do precedente de eficácia vinculante que, em sentido contrário àquele aplicado no caso concreto, reconheça a (in)constitucionalidade da norma que fundamenta o título executivo, a decisão vinculante já era (ou deveria ser) por todos conhecida e aplicada, razão pela qual **já se lhe poderia imputar, à época de sua formação, a pecha de inconstitucional** – já nascendo, assim, inexigível;

69. Avançando na sistemática normativa, a partir, inclusive, das balizas jurisprudenciais mencionadas, o Novo Código de Processo Civil passou a disciplinar essa modalidade de ação rescisória de modo mais pormenorizado, da seguinte forma:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

70. *In casu*, a dúvida que poderia pairar quanto à incidência da sistemática à espécie gravita em torno da qualificação, ou não, dos títulos executivos lastreados em decisões condenatórias por ato de improbidade na modalidade culposa, com base na norma anterior, como sendo “**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**”, conforme dispõe o § 12 do art. 525 do CPC de 2015.

71. **No ponto, não olvido que, à toda evidência, não estamos a declarar a inconstitucionalidade do antigo regramento**, que previa expressamente a figura da improbidade culposa na espécie prevista pelo art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, em sua redação anterior. **Entendo, contudo, que a partir da tese fixada para fins de Repercussão Geral, o título executivo alicerçado no ordenamento revogado passa a estar “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 difuso”**. (grifei)

72. **É que, ao se reconhecer que a retroatividade das novas normas, especificamente quando alteram o regramento do elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade, é solução interpretativa que se compatibiliza com o Texto Constitucional. Assim, a contrario sensu, entendo que a continuidade da “aplicação ou interpretação da lei” anterior se mostra “incompatível com a Constituição Federal”**. Pensar de modo diverso, com a devida vênia, necessariamente levaria ao reconhecimento, no ponto, da ultratividade de efeitos da lei revogada, que continua a reger o caso concreto — em perspectiva que rechaça a retroação da lei posterior mais benéfica .

73. Daí porque entendo que o título exequendo passa a estar *fundado em aplicação ou interpretação da lei tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal*. Portanto, cabível, em tese, a ação rescisória na espécie.

Da eventual (ir)retroatividade das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, em relação aos prazos de prescrição geral e intercorrente

74. De acordo com a lição sempre lembrada de Agnelo Amorim Filho, a prescrição está umbilicalmente ligada à existência de uma pretensão, cujo conceito moderno foi moldado por Windscheid, que a define como sendo “*a actio do direito romano e do direito comum desprovida*

de todo aparato processual". Diversamente do fenômeno que caracteriza a decadência, a prescrição não tem como consequência jurídica a extinção do direito material em si. Como ensina o professor paraibano, a prescrição fulmina a *pretensão*, a qual, por sua vez, nasce com a *violação do direito subjetivo* por quem, estando numa posição jurídica de sujeição em relação ao titular do direito, adota comportamento antijurídico.

75. Este entendimento foi assimilado pelo Código Civil de 2002, que prescreve em seu art. 189 que “[v]iolado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

76. Ao identificar a incidência da prescrição sobre a pretensão, ou seja, sobre o direito que fora objeto de violação, por decorrência lógica, exsurge a correlação direta entre prescrição e os denominados “*direitos a uma prestação*”, uma vez que somente estes seriam suscetíveis de resistência pela conduta do sujeito passivo, sobre quem recai o dever de satisfazer a prestação, positiva (dar ou fazer) ou negativa (abster-se).

77. Assim compreendidos os contornos do instituto em análise, chega-se à conclusão de que, diversamente do que ocorre com os “*direitos potestativos*”, apenas os direitos a uma prestação estão sujeitos à violação, portanto, são aptos a ensejar o nascimento de uma pretensão, a qual, por sua vez, sujeita-se à extinção, pela prescrição, se não exercida nos prazos legalmente estabelecidos.

78. Portanto, para que se possa cogitar da prescrição, é preciso que se tenha como eventos jurídicos temporalmente encadeados em ordem sucessiva: *i)* a aquisição de um direito subjetivo a uma prestação; *ii)* a violação daquele direito subjetivo pelo sujeito passivo; *iii)* o consequente surgimento da pretensão (*actio nata*), a demandar a atuação do titular do direito violado; e, por fim, *iv)* a inação deste titular que, consciente da violação sofrida, permanece inerte por considerável decurso de tempo legalmente estabelecido.

79. Nesse diapasão, antes de ser antijurídico – porque atentatório à previsibilidade dos comportamentos, e, portanto, à segurança jurídica e à própria noção de Estado de Direito – cogitar a aplicação retroativa de um novo prazo prescricional, fulminando pretensões, de modo anacrônico, pelo decurso de lapsos temporais que sequer eram de conhecimento do sujeito que deveria agir (mas não o sabia), a meu sentir, é ilógico, por atentar contra a própria ordem natural das coisas.

80. Atendo-nos, contudo, à análise jurídica, recorro as balizas preliminarmente estabelecidas ao tratar do princípio da irretroatividade normativa enquanto garantia constitucional dotada de superlativa relevância, na medida em que se configura em verdadeiro instrumento concretizador do princípio da segurança jurídica, em suas três dimensões, pois conforme observa o e. Ministro Roberto Barroso em âmbito doutrinário, a segurança jurídica “*envolve três planos diversos: institucional, objetivo e subjetivo*”. Estes são assim delineados pelo eminente Ministro:

“No plano *institucional*, a segurança exige a existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de direito, impondo a supremacia da lei e sujeitando-se a ela. A **estabilidade**

mínima das normas jurídicas começa pela própria Constituição, que tem vocação de permanência e é dotada de rigidez, o que dificulta sua alteração.”

(...)

“No plano *objetivo*, a segurança jurídica envolve a clareza e inteligibilidade dos enunciados normativos, para que não haja dúvida quanto às condutas exigidas; **a anterioridade das normas em relação aos fatos que pretendem reger; e sua não retroatividade, com respeito às situações já constituídas.**”

(...)

“No plano *subjetivo*, a segurança jurídica tutela a proteção da confiança das pessoas, isto é, as **expectativas legítimas e a preservação de determinados efeitos de atos praticados no passado**, ainda que venham a ser reputados inválidos.” (grifei)

81. Acerca da apontada inter-relação entre a irretroatividade normativa e a segurança jurídica, cito excerto de obra clássica dos professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que bem abordam o ponto, reportando-se a ensinados de José Afonso da Silva, *in verbis* :

“A preservação da eficácia da lei velha em relação às situações consumadas sob o regime desta é um culto ao valor, constitucionalmente assegurado, da segurança jurídica (Const., art. 5º, caput). Seria ultrajante ao princípio democrático presente no Estado-de-direito imposição de uma lei nova capaz de desalojar o sujeito de uma dessas situações, frustrando com isso sua legítima expectativa da estabilidade dessas situações. A **segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida (José Afonso da Silva).”** (grifei)

82. Na mesma trilha, rememoro a doutrina de Canotilho, que ao discorrer sobre a segurança jurídica enquanto “*Subprincípio concretizador*” do Estado de Direito, extrai do seu conteúdo os seguintes princípios conformadores da atuação legislativa: *i*) precisão ou determinabilidade das normas jurídicas; *ii*) proibição de pré-efeitos dos atos normativos; e *iii*) **proibição de normas retroativas**. Evidente, portanto, a centralidade que a irretroatividade normativa ocupa em relação à segurança jurídica para o jurista português.

83. E se a irretroatividade normativa busca concretizar o princípio da segurança jurídica, outra não é a razão de ser dos próprios institutos da prescrição e da decadência – cujas retroatividade das alterações ora se analisa.

84. Por todos, valho-me das lições do professor Humberto Theodoro Júnior, que em obra específica acerca dos institutos assevera que “*apartando-se dos aspectos éticos que o direito não pode controlar por inteiro, o fundamento principal, senão único, para sustentar o instituto da prescrição é, mesmo, o da segurança das relações jurídicas, cuja estabilidade se recomenda ainda quando não se ajuste com rigor e por inteiro ao ideal de justiça.*”

85. Há, portanto, um inegável e indissociável entrelaçamento entre a irretroatividade normativa, a observância dos prazos prescricionais e a construção de uma sociedade pacificada pela preservação da garantia de segurança jurídica – valor este conformador da própria noção de Estado de Direito.

86. Nessa linha de intelecção, a meu sentir, aplicar retroativamente um novo prazo prescricional é violar duplamente a segurança jurídica. É, portanto, situação cogitável apenas em casos excepcionalíssimos, como, v.g. eventual *abolitio criminis*. E, como toda norma de exceção, deve ter sua interpretação/aplicação adstrita ao universo mais restrito possível, não havendo espaço para extensão, neste particular, da regra admitida exclusivamente na seara penal ao campo do direito administrativo sancionador.

87. No ponto, entendo pertinente trazer à colação a compreensão do professor Humberto Theodoro Júnior, que ao examinar a questão da prescrição e do direito intertemporal no âmbito civil, historia:

“A questão mais complicada de que se tem ocupado a doutrina é como fazer a conciliação entre as parcelas do tempo prescricional que se passaram sob regimes de leis diversas.

Savigny e Windscheid, entre outros, tentaram equacionar o conflito. Para Savigny, a lei nova que aumento o prazo deve ser aplicada imediatamente; e a que o diminui faz que o prazo reduzido comece a ser contado do início da vigência da inovação, desconsiderando-se o tempo já escoado. Para Windscheid, tanto numa como outra hipótese, dever-se-ia computar o tempo já transcorrido, com certos temperamentos: a soma dos dois períodos não poderia ser maior do que o prazo anterior nem menor que o prazo atual; e de maneira alguma a lei nova poderia provocar a consumação do prazo em data anterior à sua vigência.”

88. Examinando especificamente a regra de transição prevista no art. 2.028 do novo Código Civil de 2002 e os problemas que sua aplicação retroativa poderia ensejar, o doutrinador enfatiza:

“Uma coisa é certa: não se pode de forma alguma, a pretexto de não transcorrido a metade do prazo antigo, aplicarse retroativamente o prazo menor da lei nova a contar do nascimento da pretensão. Isto acarretaria a consumação da prescrição em data até mesmo anterior à vigência do novo Código. Imagine-se uma causa de reparação de ato ilícito, cujo prazo prescricional se reduziu de vinte para três anos. Se o evento danoso se passou cinco ou seis anos antes do novo Código, a se aplicar desde o início o lapso trienal, este estaria vencido muito tempo antes da vigência da lei inovadora. É claro que não se pode aceitar uma interpretação que conduza a um resultado injurídico como esse.”

89. Prosseguindo na análise do tema, assevera em arremate:

“Mesmo não havendo ato jurídico perfeito ou direito adquirido a proteger, a lei nova não pode surpreender

o titular de situações jurídicas, operando retroativamente. Segundo antigas e consolidadas concepções de direito intertemporal, há dois grandes princípios dominando esse segmento do saber jurídico:

1º) o princípio de *não retroatividade* da lei; e

2º) o princípio do *efeito imediato* da lei.

Pelo primeiro, a lei nova não deve ser aplicada aos fatos anteriores à sua entrada em vigor. Inspira-se o princípio na necessidade de dar segurança às situações validamente estabelecidas sob império da lei velha, pois não seria justo, mas arbitrário, golpear o interessado com medidas de consequências negativas que não prevaleciam ao tempo em que o evento ocorreu.

(...)

Outrossim, pelo segundo princípio do direito intertemporal, a lei nova deve ser aplicada a todos os fatos posteriores à sua entrada em vigor. Delimitando a incidência da lei velha e assegurando a área de atuação da lei nova, o princípio garante a unidade da legislação e impõe, para o futuro, a inovação normativa, sem prejudicar os efeitos dos fatos anteriores à sua vigência.”

90. Neste sentido, realço dois importantes precedentes desta Excelsa Corte que, apesar de relacionados ao exame da aplicação de forma retroativa de novos prazos decadenciais, são de todo aplicáveis à espécie, ante a ausência de distinção, em relação ao ponto em debate, entre os institutos (da prescrição e da decadência). Trata-se do RE nº 626.489/SE, de relatoria do e. Ministro Roberto Barroso, j. 16/10/2013; e do RMS nº 25.856/DF, relatado pelo e. Ministro Eros Grau, j. 09/03/2010.

91. Apesar das peculiaridades inerentes à situação vertida no RE 626.489-RG/SE – no âmbito do qual questionava-se os limites de retroação de prazo que seria desfavorável ao administrado – chamo à atenção para o que asseverou o eminente Relator, em exame expressamente voltado, também, à contagem de novos prazos prescricionais.

“De fato, a lei nova que introduz prazo decadencial ou prescricional não tem, naturalmente, efeito retroativo. Em vez disso, deve ser aplicada de forma imediata, inclusive quanto às situações constituídas no passado. Nesse caso, o termo inicial do novo prazo há de ser o momento de vigência da nova lei ou outra data posterior nela fixada. O raciocínio é o mesmo estabelecido em precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos à aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/1999.”

92. Na ocasião, ao acompanhar o Relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki fez questão de registrar que “[e]ssa é jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direito intertemporal, em face de leis sobre decadência e prescrição. O Ministro Barroso citou alguns precedentes e poder-se-ia citar mais outros: Recurso Extraordinário nº 37.223, Ministro Luiz Gallotti, de 1958, sobre prescrição extintiva, que, na verdade, é decadência; também há a Ação Rescisória nº 905, de 1978, Ministro Moreira Alves; o Recurso Extraordinário nº 93.110, Xavier de Albuquerque, de 1980; e a Ação Rescisória nº 1.025, Ministro Xavier de Albuquerque, de 1981”.

93. Partilhando da compreensão estabelecida por esta Excelsa Corte nos precedentes citados,

penso que a questão da incidência de novos prazos prescricionais ou decadenciais a situações jurídicas anteriores deve observar o que Canotilho denomina de “*retroactividade inautentica*” ou “*retrospectividade*”. Segundo o constitucionalista português:

“[...] fala-se em **retroactividade inautêntica** quando uma norma jurídica incide sobre situações ou relações jurídicas já existentes embora a nova disciplina jurídica pretenda ter efeitos para o futuro.

Os casos de **retroactividade autêntica** em que uma norma pretende ter efeitos sobre o passado (eficácia *ex tunc*) devem distinguir-se dos casos em que uma lei, pretendendo vigorar para o futuro (eficácia *ex nunc*), acaba por <tocar> em situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidos no passado mas ainda existentes.” (grifos no original)

94. Verifico, ainda, que idêntica *ratio* foi adotada no plano legislativo por ocasião da instituição da prescrição intercorrente no âmbito das execuções em geral pelo Código de Processo Civil de 2015. É o que se conclui da leitura conjunta dos arts. 921, III, §§ 1º, 2º e 4º, 924, V, e 1.056 da nova lei adjetiva cível. In verbis:

Art. 921. *Suspende-se a execução:*

(...)

III - quando não for localizado o executado ou bens penhoráveis;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

(...)

§ 4º O termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, e será suspensa, por uma única vez, pelo prazo máximo previsto no § 1º deste artigo.

Art. 924. *Extingue-se a execução quando:*

(...) *V - ocorrer a prescrição intercorrente.*

Art. 1.056. *Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código.*

95. Quanto ao ponto, não olvidamos as discussões travadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto às hipóteses de abrangência do dispositivo, que foi objeto de interpretação jurisprudencial restritiva em sede de análise pela sistemática do Incidente de Assunção de

Competência (REsp nº 1.604.412/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Belize, j. 27/06/2018, causa-piloto do IAC nº 1).

96. Pontua-se, apenas, que a controvérsia instalada na Corte Cidadã orbitava em torno da compreensão que se tinha quanto à existência de substancial inovação normativa: aquele(a)s que compreendiam que o CPC de 2015 não trouxe alterações à temática da prescrição intercorrente se posicionaram, a rigor, pela ausência de conflito de leis no tempo; já aquele(a)s que vislumbravam substancial modificação em relação à matéria, se manifestaram pela retroatividade mitigada das novas regras. Verifica-se, portanto, a meu sentir, plena consonância de ambas as correntes com as premissas aqui propugnadas.

97. E, no que pertine especificamente aos novos prazos de prescrição intercorrente estabelecidos pelo legislador reformista, não há espaço para dúvidas: trata-se de substancial alteração, que inaugura, com irrefutável ineditismo, a possibilidade do fenômeno da prescrição intercorrente no sistema processual de defesa da probidade.

98. De outro bordo, apesar das razões que nos levam a afastar a incidência retroativa dos novos prazos prescricionais estabelecidos pelo legislador – sendo mais adequado atribuir à novel legislação a eficácia retrospectiva, acima mencionada –, não se pode olvidar a existência de situações fáticas no seio das quais a aplicação inflexível, especificamente do novo prazo de prescrição geral, ensejará excessiva dilação do lustro prescricional, quando considerada a data em que se encerraria a contagem pela regra anterior.

99. Especificamente em relação ao novo prazo de prescrição geral, entendo pertinente trazer à colação as ponderações feitas em âmbito doutrinário pelo eminente decano, o Ministro Gilmar Mendes, quanto à necessidade de estabelecimento de um regime de transição para salvaguardar a própria segurança jurídica em cenários de alterações normativas abruptas:

“A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica, tornando imperativa adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico.

Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave.”

100. Na mesma trilha, leciona Canotilho que:

“A aplicação das leis não se reconduz, de formal radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova norma, existem soluções de compromisso plasmadas em **normas ou disposições transitórias** (cfr. CRP, arts. 290.º e segs.; Código Civil, art. 12.º; Código Penal, art. 2.º).

(...)

No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento de sua entrada em vigor.”

101. Em semelhante sentido, ao analisar os reflexos de aplicação da regra estabelecida pelo art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Maria Helena Diniz elenca o seguinte cânone balizador de uma necessária regra de transição entre as normas que se sucedem no tempo em matéria de prescrição e decadência:

“A nova lei sobre prazo prescricional aplica-se desde logo se o aumentar, embora deva ser computado o lapso temporal já decorrido na vigência da norma revogada. Se o encurtar, o novo prazo de prescrição começará a correr por inteiro a partir da lei revogadora, salvo disposição legal em contrário (p. ex., arts. 2.028, 2.029 e 2.030 do novo CC). Se o prazo prescricional já se ultimou, a nova lei que o alterar não o atingirá.”

102. Na mesma direção, por conter temperamentos que reputamos mais adequados ao caso *sub oculis*, realçamos uma vez mais a posição de Humberto Theodoro Júnior, para quem a razão está com Paul Roubier, ao sintetizar em obra clássica acerca dos efeitos da lei nova sobre o prazo prescricional em curso o seguinte entendimento:

“no caso de a lei nova abreviar o prazo para prescrever, a nova disposição não poderá ser aplicada imediatamente ao prazo em curso, sem o risco de ser retroativa; com efeito, o novo prazo poderia já ter-se completado sob a lei anterior. Por isso, começa-se a contar o prazo novo (reduzido) a partir da data de vigência da lei nova. Todavia, sua fluência será adicionada ao tempo transcorrido durante a lei anterior e a soma não poderá ultrapassar o prazo maior, ou seja, aquele estipulado pela lei revogada. O prazo novo (menor) será interrompido no momento em que sua soma com o lapso anterior completar o tempo previsto na lei revogada. Somente correrá todo o prazo previsto na lei nova quando o seu termo se der antes de perfazer o tempo da lei velha.”

103. A partir de tais diretrizes interpretativas, verifica-se que o cerne da questão relacionada ao prazo de prescrição geral a ser aplicado na espécie orbita em torno da compreensão que se alcance quanto à natureza da nova regra prevista no caput do art. 23 da Lei nº 8.429, de 1999, com a redação dada pela Lei nº 14.233, de 2021: se o novo regramento enseja a redução ou ampliação dos prazos prescricionais quando comparado à norma anterior. Essa a premissa que orienta o intérprete na solução do conflito normativo intertemporal entre normas prescricionais.

104. Daí ressaí um fator de complexidade adicional para exame do novo regramento, considerando que *em função da alteração do marco inicial da contagem do prazo de prescrição*

geral – atualmente uniforme e universalmente inaugurado na data em que praticada a conduta, diversamente do ocorria no regime anterior, que protraia o dies a quo para momento futuro – *haverá hipóteses em relação as quais o novo prazo abreviará o momento em que perfectibilizada a prescrição, e haverá hipóteses em relação as quais o novo prazo dilatará a chegada do termo final.* Portanto, diante dessa alteração do termo inicial, não se consegue classificar o novo interstício, a priori, como redutor ou ampliativo do lustro prescricional geral.

105. Fato é que, atendo-se apenas aos prazos estipulados pelas sistemáticas anterior e atual – olvidando-se os respectivos termos iniciais – o lapso temporal anterior – fixado em 5 (cinco) anos – é menor do que o atual – estipulado em 8 (oito) anos.

106. Nesse contexto, penso que a interpretação que melhor adequa os cânones interpretativos ao caso em análise aponta para a aplicação imediata do novo prazo de prescrição geral, previsto no caput do artigo 23 da Lei nº 8.429, de 1992, alterado pela Lei nº 14.230, de 2021, inclusive com sua incidência aos fatos pretéritos à sua edição, quando o decurso do lapso prescricional não tiver ainda se iniciado pela sistemática anterior. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei nº 14.230, de 2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso.

107. À luz de todo o exposto, em relação ao segundo item do Tema RG nº 1.199, entendo que deve ser fixado, para fins de aplicação da Repercussão Geral, o seguinte entendimento: *i) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; ii) o novo prazo de prescrição geral, previsto no caput do artigo 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 14.230/2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso.*

Do caso concreto

108. Compulsando os autos, verifico que o presente *leading case* do Tema de Repercussão Geral ora analisado aportou neste Supremo Tribunal Federal pela via do então existente agravo de instrumento para destrancar o recurso extraordinário retido na origem, nos termos do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973.

109. Portanto, antes de adentrar na análise do mérito do apelo extremo, é mister sindicarmos o acerto da decisão que, em análise de admissibilidade recursal promovida pelo juízo *a quo*, determinou a retenção do feito na origem, fazendo incidir à espécie o teor do art. 542, §3º, do CPC de 1973.

110. Quanto ao ponto, entendo assistir razão ao recorrente. A meu sentir, obrou mal a instância inferior ao predicar a sua decisão como sendo de natureza interlocutória.

111. Como bem pontuou o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise do agravo de instrumento interposto para destrancamento do recurso especial igualmente retido na origem, a decisão do Tribunal Regional Federal que, em julgamento de apelação, conclui pela existência de *error in procedendo*, determinando o retorno do feito à primeira instância para reabertura da instrução processual é dotada de definitividade apta a ensejar o manejo dos recursos extraordinários em sentido lato (tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário em sentido estrito).

112. Assim, sendo o caso de dar provimento ao agravo, passo à análise do recurso extraordinário propriamente dito.

113. *In casu*, rememoro que em suas razões recursais o autor do apelo extremo aponta violação ao art. 37, § 5º, do Texto Constitucional. Dentre outros fundamentos, alega que:

“[...] no presente caso a ação versava unicamente *ao ressarcimento de prejuízo* supostamente sofrido pelos cofres públicos, e não à declaração de improbidade dos atos praticados pela *Recorrente*. Tanto que o único pedido elaborado pelo INSS foi o de ‘procedência do pedido, para condenar a parte exadversa ressarcir todo o prejuízo causado ao INSS em face da sua conduta omissiva’ (f. 16).

(...)

Assim, se não há improbidade, obviamente não há como se afastar a prescrição do direito perseguido pelo INSS. A presente ação foi proposta em 2006, quando já havia transcorrido mais de 5 anos da ocorrência dos fatos que constituem o seu objeto e do próprio descredenciamento da *Recorrida* no INSS, que ocorreu em 27/01/1999.

Dessa forma, seja porque a correta exegese do art. 37, §5º da CF não prevê a imprescritibilidade e, ainda que assim o fizesse, somente se aplicaria aos atos de improbidade previstos no parágrafo anterior – o que não ocorre no presente caso – o Acórdão comporta reforma.” (grifos no original)

114. Vê-se, portanto, que o ponto nodal do recurso extraordinário em análise gravita em torno da ocorrência ou não da prescrição da pretensão ressarcitória perseguida pela entidade autora da ação.

115. Por defender que não se consubstanciam em ato de improbidade administrativa, tratando-se, portanto, de mero ilícito civil, aduz a recorrente a ocorrência da prescrição (nos moldes do que decidido no âmbito do Tema nº 666 do rol da Repercussão Geral por esta Excelsa Corte). Contudo, por entender que o raciocínio em sentido contrário, ou seja, que predicasse o ato como ímprobo, ensejaria a regra da imprescritibilidade preconizada na parte final do dispositivo constitucional em tela (tal como decidido por esta Preclara Corte no bojo do Tema RG nº 897), o Tribunal Regional Federal da 4ª Região concluiu que para a definição adequada do caso seria imprescindível investigar a subsunção normativa dos fatos antijurídicos imputados à ré (se mero ilícito civil, ato de improbidade administrativa culposos, ou ainda, ato ímprobo doloso).

116. Ocorre que, diante das alterações normativas inauguradas pela Lei nº 14.230, de 2021 – especificamente no que pertine aos contornos necessários à caracterização do elemento subjetivo

do ato de improbidade – e da tese fixada em relação ao primeiro item da presente repercussão geral, a qual aponta para a incidência retroativa da nova disciplina legal, penso que, no caso em análise, está configurada a prescrição, por incidência à espécie do entendimento estabelecido no Tema nº 666 do ementário da Repercussão Geral.

117. É que, ao se promover a análise, *in status assertionis* – ou seja, ainda que se admitindo, em abstrato, plenamente provadas as alegações deduzidas na peça vestibular – dos fatos imputados à ré, não há como, à luz da nova legislação, capitular as condutas narradas nos atuais tipos de improbidade administrativa.

118. Tomando-se os fatos em juízo de asserção – portanto, independentemente do efetivo exame do real contexto fático-probatório – verifica-se da narrativa da autora da ação que se buscou imputar à exagente pública a prática de ato de improbidade “*por atuação negligente*”, sem qualquer descrição quanto a eventual presença de uma “*vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*” (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.429, de 1992, com redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).

119. Afastada a potencial aplicação do Tema RG nº 897 à espécie, independentemente do exame do conjunto fático probatório – uma vez que consideradas apenas as alegações deduzidas na petição inicial –, configurando-se os atos imputados à ré, à luz da novel legislação de regência, como ilícitos civis, forçosa é a incidência da tese estabelecida no Tema RG nº 666 (“*É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.*”).

120. Nesse diapasão, tendo transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre a data da perda da função pública (ocorrida em 27/01/1999) e o ajuizamento do feito (proposto em 31/10/2006), verifica-se prescrita a pretensão perseguida em juízo.

121. Considerando, ainda, que a prescrição é matéria de ordem pública, de imperioso reconhecimento, até mesmo de ofício (CPC, art. 487, II), em qualquer estágio processual, penso não haver como afastar a sua caracterização na presente hipótese.

122. Ante o exposto, dou provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento.

Dispositivo

123. Ante o exposto, em relação ao Tema RG nº 1.199, entendo que devem ser fixadas, para fins de aplicação da Repercussão Geral, as seguintes teses:

I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados.

II) diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a

aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15 do CPC/2015.

III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa.

IV) o novo prazo de prescrição geral, previsto no caput do artigo 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 14.230/2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso.

124. Quanto ao caso concreto, dou provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos expostos na fundamentação. É como voto, Senhor Presidente.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES (62291/DF, 35303/PR)

RECDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM

ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (221518/SP)

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP

ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/ SE, 357553/SP)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP

ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS (40726/DF, 196565/SP)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

Decisão: Após o início do voto do Relator, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrente, o Dr. Francisco Zardo; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de Goiás, a Dra. Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça do Estado ; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Municípios – ABM, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin; pelo *amicus curiae* Frente Nacional de Prefeitos – FNP, o Dr. Saul Tourinho Leal; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 3.8.2022.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, propondo a fixação da seguinte tese (tema 1.199 da repercussão geral): “1) É necessária a comprovação de

responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) Aplicam-se os princípios da não ultraatividade e *tempus regit actum* aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei 14.230/2021; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa”; e do voto do Ministro André Mendonça, que dava provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral: “I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados; II) diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral tem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, devendo ser computado, contudo, o decurso do tempo já transcorrido durante a vigência da norma anterior, estando o novo prazo limitado ao tempo restante do lustro pretérito, quando mais reduzido em relação ao novo regramento”, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 4.8.2022.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA: Muito obrigado, Senhor Presidente, minha saudação a Vossa Excelência, Ministro Fux. Permita-me saudar, na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes, cumprimentando-o não apenas pela posse, mas, também, pelas palavras e sua fala na assunção da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, que certamente trouxe parâmetros importantes para o respeito não só ao processo eleitoral em si, mas ao processo democrático de construção da nossa sociedade como um todo. Faço os mesmos votos a Sua Excelência, Ministro Ricardo Lewandowski. Tenho certeza de que serão muito exitosos na gestão que desenvolverão à frente do TSE.

Minha saudação às eminentes Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, aos Senhores Ministros, ao Senhor Procurador-Geral da República, aos Advogados e Advogadas, às servidoras e aos servidores aqui presentes.

Senhor Presidente, eu trago um breve esclarecimento sobre o quarto tópico da minha síntese de voto, que trata da prescrição geral. São quatro tópicos dessa síntese do meu voto.

A primeira se refere à retroatividade da questão da impossibilidade de caracterização de improbidade na modalidade culposa, prevista até a alteração da Lei nº 14.230, em relação aos ilícitos do art. 10. O segundo dispositivo prevendo a possibilidade de rescisória. Em terceiro lugar, trato da prescrição intercorrente, no sentido de aplicação imediata, mas a partir do advento da novel legislação. E, no quarto tópico, da prescrição em geral, prevista no art. 23, *caput*, cujo prazo passou a ser de oito anos a contar da prática do ato ilícito.

Nesse tópico, a síntese que trago e, numa tentativa de aclarar, na verdade, a posição que já havia trazido anteriormente, mas penso que traz mais clareza na sua expressão de significado do que eu considerei mais adequado à luz do texto constitucional.

Então, eu digo, o novo prazo de prescrição geral, previsto no *caput* do art. 23 da Lei nº 8.429, alterado pela Lei nº 14.230, de 2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela nova legislação, aplica-se o princípio da ultraatividade da lei anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos que já estava em curso.

Então, o fato, mesmo sendo pretérito, se não se iniciou ainda quando do advento da nova legislação o prazo prescricional, aplica-se o prazo de oito anos. Se já havia se iniciado o prazo de cinco anos, encerra-se o lapso da prescrição com a consumação no tempo de cinco anos.

É como eu queria esclarecer, agradecido pela concessão da palavra, Senhor Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: O caso dos autos teve início com ação civil pública por meio da qual o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) requereu o ressarcimento ao erário dos prejuízos sofridos pela suposta atuação negligente da ora recorrente como Procuradora da autarquia.

Imputou-se à ré a prática de atos de improbidade previstos no art. 10, *caput* e incisos I, X e XII, da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido, por entender não configurado nenhum ato ímprobo.

O INSS interpôs apelação, à qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento para anular a sentença e determinar a devolução do processo à origem para sequência da instrução. A decisão do Regional Federal foi assim resumida:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE. Considerando a insuficiência da instrução probatória carreada aos autos, nula a sentença que extinguiu processo com resolução de mérito.

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO: INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRODUZIDA PARA JUÍZO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. A tese de imprescritibilidade consagrada com fundamento no art. 37, § 5º, só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

Ao apreciar o recurso interposto pelo INSS, esta Corte acolheu a alegação de cerceamento de defesa, por ausência de adequada instrução probatória, e anulou a sentença, com o que restou prejudicada a análise dos demais itens da apelação (notadamente os que dizem respeito ao mérito da insurgência), inclusive a ocorrência ou não de inovação recursal. Isso porque, mais do que a produção das provas que foram preteridas, a oportunidade para contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré, que embasou o convencimento do juízo a quo, era fundamental para o julgamento da lide, tal como delineada na inicial.

O cerceamento de defesa não se configura apenas pela não produção de provas requerida, mas também pela falta de oportunidade da parte de contraditar aquelas existentes nos autos, afora a insuficiente análise da documentação apresentada pelo juízo a quo.

Inconclusas as fases probatória e de razões finais, prejudicada a apreciação da alegação de manifesta improcedência da ação ou, ainda, do próprio mérito da lide, com base nas provas já produzidas (por se tratar de “má apreciação das provas”, e não hipótese de nulidade da sentença), sob pena de afronta ao devido processo legal. A prerrogativa reconhecida ao juiz de livre apreciação das provas e a exigência de que o tribunal aprecie toda a matéria devolvida ao seu conhecimento (arts. 131 e 515, § 1º, do CPC) não autorizam o imediato enfrentamento do mérito da lide, se não restou assegurado às partes o devido processo legal e existe a possibilidade de supressão das irregularidades detectadas na tramitação do feito, com o seu retorno à origem.

Sobreveio, então, recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, em que Rosmery Terezinha Cordova apontou violação ao art. 37, § 5º, da Carta da República. Transcrevo trecho das razões recursais:

O Tribunal local entendeu que, muito embora “a presente ação, processada segundo o procedimento previsto no art. 17 e §§ da Lei de Improbidade Administrativa, visa somente ao ressarcimento de prejuízo alegadamente causado pela ré...”, a parte final do art. 37, § 5º, da Constituição demonstraria que “as ações de ressarcimento, fundadas em ato de improbidade, são imprescritíveis”.

É manifesto o equívoco na interpretação na aplicação do referido dispositivo constitucional. Isso porque ele não prevê qualquer imprescritibilidade.

[...]

Desta forma, não há outra interpretação possível senão a de que mesmo as ações para o ressarcimento do dano estão sujeitas à prescrição de 5 anos. Daí porque, ao dar-lhe interpretação diversa, o acórdão recorrido acabou por violar o art. 37, § 5º, da CF.

O INSS não apresentou contrarrazões.

O recurso excepcional foi inadmitido na origem. Interposto o respectivo agravo, subiram os autos.

O Supremo, em sessão plenária, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da matéria. Eis a síntese do pronunciamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR) RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.
2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

O eminente ministro Alexandre de Moraes, Relator, determinou a suspensão do processamento de recursos especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021, bem como do prazo prescricional dos processos com repercussão geral reconhecida no presente tema.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário. Confira-se a ementa do parecer, da lavra do Procurador-Geral da República, Dr. Augusto Aras:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1199. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 14.230/2021. ALTERAÇÕES. ELEMENTO SUBJETIVO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO NO TEMPO. DESPROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1199 da sistemática da Repercussão Geral: “Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

2. A Lei 14.230/2021, ao alterar disposições da LIA quanto ao elemento subjetivo, apenas explicitou o entendimento já estabelecido no sistema sancionador pátrio de rejeição da responsabilização meramente objetiva e de imprescindibilidade de demonstração de grau suficiente da consciência de improbidade para a caracterização do ilícito administrativo.

3. A nova legislação apenas reafirma a vedação de se presumir a má-fé e de se promover a responsabilização objetiva do agente, evidenciando que, uma vez presentes as elementares objetivas e subjetivas, há de se fazer o enquadramento e consequente sancionamento no tipo legal.

4. A interpretação a ser dada ao disposto na LIA, especialmente ao art. 10, há de ser feita em harmonia com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, que preveem explicitamente a punição da culpa consciente grave, associada ao erro grosseiro (art. 28 da LINDB).

5. Entender que o novo regime exige a comprovação de má-fé ou de dolo para enquadramento nos tipos da LIA consistiria em retrocesso que iria de encontro à ordem jurídicoconstitucional de preservação da probidade.

6. As mudanças decorrentes das alterações legislativas que cerceiem ou suprimam o exercício de pretensões, inclusive sancionatórias, não de ser realizadas em cenário de proporcionalidade e gradualidade.

7. A aplicação do novo regime da prescrição há de observar o princípio da segurança jurídica, de modo que os atos de persecução praticados legalmente antes da alteração legislativa sejam preservados.

8. As garantias constitucionais de segurança jurídica e de proteção dos atos jurídicos perfeitos conduzem a que os novos prazos prescricionais instituídos sejam computados, para as condutas anteriores à nova lei, apenas a partir da edição do novo diploma legal, sem prejuízo da aplicação da analogia ou da interpretação analógica à luz das demais normas do direito sancionador.

9. Proposta de teses de repercussão geral:

I – As alterações do caput do art. 10 da LIA apenas explicitam a vedação à responsabilidade objetiva do

agente, que, sistematicamente, sempre foi proibida no sistema brasileiro, o qual prossegue permitindo a punição do erro grosseiro.

II – Os novos prazos de prescrição geral e intercorrente previstos pela Lei 14.230/2021, para os atos de improbidade administrativa que tenham sido cometidos antes da referida lei, somente são computados a partir da data de sua promulgação.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, com a fixação das teses sugeridas.

Foram admitidos, na condição de *amici curiae*, o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de Goiás, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a Associação Brasileira de Municípios (ABM), a Frente Nacional de Prefeitos (FNP) e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Essa é a história essencial do feito até aqui.

Adoto, no mais, o relatório do ministro Alexandre de Moraes.

Passo ao voto.

I – Fundamentação

Preliminarmente, conheço do recurso extraordinário com agravo, porquanto satisfeitos os requisitos subjetivos e objetivos para a apreciação da controvérsia por este Tribunal. Reporto-me ao voto do Relator, neste ponto, para aderir integralmente às razões expressas por Sua Excelência.

Avançando ao mérito, anoto que o cerne da questão constitucional está em decidir sobre a possibilidade de retroação das alterações promovidas na Lei n. 8.429/1992 pela de n. 14.230/2021.

À **questão constitucional** suscitada pela autora no recurso extraordinário (**saber se a ação de ressarcimento por improbidade culposa é prescritível**), sobrepuseram-se outras, conhecidas aqui de ofício, por força da superveniência da Lei n. 14.230/2021, e consistentes em avaliar, à luz do art. 5º, XXXVI e XL, a possibilidade de retroação da Lei n. 14.230/2021, em três pontos: (i) **supressão da improbidade culposa**; (ii) **criação de novo termo inicial e novo prazo para a prescrição geral**; e (iii) **instituição da prescrição intercorrente** .

Para a exata apreciação dessas questões, é preciso contextualizar o advento da Lei n. 14.230/2021.

1. A edição da Lei n. 14.230/2021

Em 26 de outubro de 2021, foi publicada e entrou imediatamente em vigor a Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/2021 –, a qual, alterando a de n. 8.429/1992, promoveu reformas estruturais no sistema normativo referente à improbidade administrativa, vindo a eliminar o tipo culposo das improbidades e a instituir novos termo inicial e prazo de prescrição geral, assim como a prescrição intercorrente em ações que visem à aplicação de sanções por improbidade administrativa.

A redação atual da Lei n. 8.429/1992 dispõe serem atos de improbidade administrativa as **condutas dolosas** previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da norma. De acordo com a descrição contida no § 2º do art. 1º, sempre na nova redação, considera-se **dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos mencionados arts. 9º a 11**, “não bastando a voluntariedade do agente”.

Por sua vez, a nova redação do § 3º do mesmo art. 1º afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa na hipótese de mero exercício da função ou desempenho de competências públicas sem comprovação de ato doloso com fim ilícito.

No tocante à prescrição, a Lei n. 14.230/2021 estipulou o prazo geral de 8 anos, **contados da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessada a permanência** (art. 23 da Lei n. 8.429/1992, na nova redação). Também previu a **prescrição intercorrente**, após o ajuizamento da ação e antes do trânsito em julgado, hipótese em que, verificada uma das causas interruptivas, “o prazo recomeça a correr do dia da interrupção”, mas “pela metade do prazo previsto no *caput* deste artigo” (art. 23, §§ 4º e 5º, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela de n. 14.230/2021).

Por fim, a Lei n. 14.230/2021, ao instituir o art. 1º, § 4º, da Lei n. 8.429/1992, estabeleceu que passam a ser **aplicáveis ao sistema da improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador** – e esse é um ponto de grande interesse para decidir-se a questão da possível retroatividade da Lei n. 14.230/2021.

Surge, assim, a questão de ampla repercussão, a respeito da qual a causa concreta subjacente é exemplar, de saber se alterações legislativas se aplicam, total ou parcialmente, às ações de improbidade em curso na data da publicação da Lei n. 14.230/2021, ou até mesmo às transitadas em julgado anteriormente.

A questão é **tipicamente constitucional** porque, como se sabe, no Brasil, a Constituição prevê e disciplina o conflito de leis no tempo (art. 5º, XXXVI), repelindo a retroação que atinja direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Admite a Lei Fundamental, por outro lado, a retroação da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL).

Então, para a correta solução da controvérsia em análise, é preciso fixar se a Lei n. 14.230/2021 é **irretroativa dada sua natureza** ou por atingir **direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e/ou coisa julgada** (CF, art. 5º, XXXVI); ou se, ao contrário, é **retroativa** por ser assimilável à ideia de “**lei penal**” contida no art. 5º, XL, da Carta da República, segundo os *princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*.

Passo à análise desses diferentes aspectos do problema.

2. A irretroatividade das leis no sistema constitucional brasileiro

O padrão geral da eficácia temporal das normas é a irretroatividade. O direito é **prescritivo**, e sua imperatividade, como tal, volta-se naturalmente ao presente e ao futuro. Embora para a aplicação da norma seja necessário o regresso mental ao passado a fim de **reconhecer-se** qual norma **incidiu** sobre o fato, assume-se tecnicamente que as normas sempre operam prospectivamente.

Como diz Bobbio, “a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no fazer fazer”¹. As normas que intentam produzir vigência no passado deixam de ser essencialmente **prescritivas** e se tornam **expressivas** do desejo revisionista do legislador, no sentido de substituir o preceito ou a consequência jurídica adrede conjecturada por outros subseqüentemente cogitados.

A demonstração maior desse aspecto, por assim dizer, “posição” da retroação, é que não seria possível, à época dos fatos, antever a norma supervenientemente editada, donde também não seria concebível o seu cumprimento voluntário de forma contemporânea aos fatos. É por essa razão que apenas excepcionalmente – e para efeito geralmente de alguma forma de indulgência – se admite a eficácia retroativa das normas, visto que em tais casos a retroação não surpreende negativamente o destinatário da norma com nenhuma obrigação nova que ele não poderia mesmo ter cumprido, mas antes o favorece com algum benefício.

A questão da irretroatividade da lei, no Brasil, sempre teve natureza constitucional. O art. 179, n. 3, da Constituição do Império determinava que as disposições legais não teriam efeito retroativo, acrescentando o n. 11 do mesmo dispositivo que ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de **lei anterior** e na forma por ela **prescrita**. A Constituição de 1891 repetiu esses preceitos (arts. 11 e 72, § 15).

A Constituição de 1934 previu a retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 113, n. 27) e adotou a regra que se tornaria tradicional, vinda da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (art. 3º) – e, mais remotamente, do Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, art. 5º –, segundo a qual a lei nova não deve prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF/1934, art. 113, n. 3). A Constituição de 1937, no art. 122, n. 13, seguindo sua tendência autoritária, somente dispôs que as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicariam aos fatos anteriores, nada versando sobre a irretroatividade de outras leis.

A Constituição de 1946 (art. 141, § 3º) voltou a adotar a fórmula de 1934, reportando-se novamente à intangibilidade do **direito adquirido**, do **ato jurídico perfeito** e da **coisa julgada**. A Constituição de 1967 (art. 150, § 3º), inclusive depois da Emenda Constitucional n. 1/1969 (art. 153, § 3º), reiterou essa solução constitucional para o problema da irretroatividade da lei.

Finalmente, a Constituição de 1988 não apenas reeditou a clássica fórmula da proteção contra a irretroatividade (art. 5º, XXXVI), como também fixou a retroatividade da lei penal benigna (art. 5º, XL) e detalhou o caráter necessariamente prospectivo de normas tributárias gravosas (arts. 150, III, e 195, § 6º).

Desse breve histórico pode-se concluir que a garantia constitucional alusiva à irretroatividade da lei sempre se referiu à proteção do indivíduo contra a atividade legislativa do Estado. Não há, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, espaço hermenêutico para invocar-se a

1 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru/SP: Edipro, 2003. p. 22.

cláusula da irretroatividade da lei a fim de proteger a moralidade pública, ou o direito difuso à probidade na Administração, favorecendo-se o poder punitivo do Estado, tanto mais se o próprio legislador determinou a retroação da lei superveniente mais benigna – e isso me parece que ocorreu, ao expressamente dizer o legislador reformador que se aplicam ao sistema da improbidade os **princípios constitucionais do direito administrativo sancionador** (art. 1º, § 4º, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela de n. 14.230/2021).

Logo adiante voltarei a esse ponto. Por ora, quero insistir em que a retroação da lei, no sistema constitucional brasileiro, embora não seja um movimento ordinário da atividade normativa, pode, sim, ser determinada pelo legislador, desde que não implique ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada – esses são os **limites constitucionais** que o legislador não pode suplantare para instituir uma lei retroativa.

Pois bem. Verifiquemos, antes de tudo, se o legislador quis a retroação da Lei n. 14.230/2021.

2.1 A *voluntas legislatoris* na retroação da Lei n. 14.230/2021

Creio que da simples leitura do texto da Lei n. 14.230/2021 não pode remanescer nenhuma dúvida sobre ser do interesse do legislador que a norma tenha aplicação retroativa. Por todos, o art. 1º, § 4º, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela de n. 14.230/2021, é elucidativo a esse respeito. Se não, vejamos:

Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

[...]

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

O direito administrativo sancionador pode ser entendido como aquele que diz respeito ao poder que o Estado tem de punir com sanções não penais (isto é, sanções não privativas da liberdade de ir e vir), o qual é exercido pela Administração Pública contra particular ou administrado em decorrência de infrações de natureza administrativa. Na dicção de Luís Mauro Lindenmeyer Eche², trata-se de:

[...] expressão do efetivo poder punitivo do Estado, no âmbito do Direito Administrativo, direcionada à responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal, que tenha atentado contra o interesse coletivo, os princípios da administração pública e/ou a moralidade administrativa.

2 ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O direito administrativo sancionador e a falta de simetria com o direito penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luiseche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>. Acesso em: 21 jul. 2022

Como em todo o ordenamento jurídico, também o direito administrativo sancionador deve ser conformado e interpretado à luz das normas constitucionais, centro de gravitação do sistema normativo. É dizer, aos acusados precisa ser assegurado um mínimo de direitos e garantias.

Para além dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIII, LIV e LV), há outros preceitos encerrados na Constituição da República aos quais o direito administrativo sancionador deve observância, quais sejam: o da legalidade, sob a forma da tipicidade, ainda que não tão exigente quanto a tipicidade penal (CF, arts. 5º, II e XXXIX, e 37, *caput*); o da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); o da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); e o da razoabilidade e proporcionalidade da pena (CF, arts. 1º e 5º, LIV), assim como o da retroação da **lei sancionadora mais benéfica** (CF, art. 5º, XL).

Régis Fernandes de Oliveira³, ainda no regime constitucional pretérito, já afirmava que a retroação da lei mais benéfica deveria incidir no âmbito das sanções administrativas. Edilson Pereira Nobre Júnior, por seu turno, observa que a retroação da norma mais benéfica apenas não deve ocorrer quando a norma sancionadora for excepcional ou temporária, porque em tal caso, como observa o juiz e doutrinador, esta perderia “todo o seu atributo intimidativo caso o agente, de antemão, já tivesse conhecimento de que, cessada a situação anormal, ou o intervalo de sua vigência, ficaria impune em face da injunção de retroatividade da nova norma retora da competência punitiva.”⁴

No caso, não estamos tratando de norma excepcional ou temporária, nem na norma antiga, nem na atual, mas de total revisão do instituto da improbidade administrativa feita pelo legislador, com pretensão de estabilidade.

Péricles Ferreira de Almeida, que desenvolveu interessante estudo sobre o tema da retroatividade da lei benéfica no direito administrativo sancionador, também defende que “prevalece no Direito Administrativo Sancionador o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, com configuração fundamentalmente idêntica à do Direito Penal.”⁵

Há mais. Os anais do processo legislativo apontam que a matéria da retroatividade foi expressamente discutida pelo Congresso Nacional, firmando-se a orientação no sentido de que ela deveria ser obviamente aplicável, a ponto de sequer se fazer necessário mencionar expressamente isso no texto. A propósito, João Trindade Cavalcante Filho, Consultor Legislativo do Senado, anota que:

Se não bastassem os posicionamentos da doutrina amplamente majoritária e da jurisprudência dominante

3 *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 44.

4 Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru/SP, Instituição Toledo de Ensino, p. 123, abr./jul. 2001.

5 ALMEIDA, Péricles Ferreira de. O princípio da retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Org.). *Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019.

do STJ, a partir da pesquisa em relação à tramitação parlamentar do Projeto de Lei (PL) nº 2.505, de 2021, verifica-se que a própria Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal abordou especificamente a questão da retroatividade das novas normas.

Com efeito, ao rejeitar a emenda nº 40 – que visava a inserir no texto do PL referência expressa à retroatividade das normas benéficas – o Relator do PL, em manifestação acolhida pelo Colegiado, assim se manifestou:

“A Emenda nº 40, do Senador Dário Berger, propõe a inclusão de artigo, onde couber, no Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, para que as alterações dadas pela presente proposição, se apliquem desde logo em benefício dos réus. Rendendo homenagens ao Senador Dário Berger, deixo de acolher a proposta tendo em vista que já é consolidada a orientação de longa data do Superior Tribunal de Justiça, na linha de que, considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in melius* deve retroagir para favorecer o apenado (Resp nº 1.153.083/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/11/2014)”

É bem verdade que a mens legislatoris não é elemento vinculante da interpretação da norma objetivada. Todavia, nesse caso específico, é inegável reconhecer o dever do intérprete de levar em consideração a inequívoca manifestação do órgão legiferante sobre a questão específica da retroatividade – rejeitando sua previsão expressa por considerar tal disposição desnecessária, à luz da jurisprudência do próprio STJ sobre a questão⁶

Em suma, o legislador iniludivelmente quis a retroação das normas benéficas da Lei n. 14.230/2021. A retroação aqui não deve ser extraída de meras inferências e constatações indiretas. Não. Ao fazer remissão aos **princípios do direito administrativo sancionador**, o legislador intentou assimilar os postulados elementares do direito sancionador ao processo de improbidade, entre os quais está o da **retroação da lei mais benéfica**.

Além disso, como demonstrei linhas acima, os debates legislativos não deixam dúvida de que é intenção manifesta do legislador que se opere a retroação das normas benignas.

Ressalto mais uma vez: a Constituição não veda totalmente a retroação de efeito normativo; apenas não admite aquela que contrarie **direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada** (CF, art. 5º, XXXVI). A retroação é opção do legislador, mas não pode ser exercida em detrimento dessas três cláusulas de estabilidade.

Apreciemos, então, se algum desses bloqueios contra a retroação foram rompidos pela nova legislação.

2.2 Direito adquirido

Não há demonstração de que a retroatividade da Lei n. 14.230/2021 atinge algum “direito adquirido”, até porque esse conceito nem sequer se aplica adequadamente ao tipo de direito ora em debate.

Na ação de improbidade, de um lado está o autor, postulando a aplicação de certas sanções não penais a um agente ou ex-agente público, com fundamento na moralidade pública e na probidade

6 CAVALCANTE FILHO, J. T. *Retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro 2021 (Texto para Discussão nº 305). Disponível em: Textos para Discussão nº 305, de 2021: Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (senado.leg.br).

na administração; de outro, está o réu, defendendo seu patrimônio in genere, seus direitos políticos e outros direitos de participação na vida pública que podem ser atingidos por eventual sentença condenatória.

Como se vê, os direitos que estão em jogo num processo dessa natureza não são do tipo que se possa falar em ser “adquiridos” depois do cumprimento de certas exigências e “perdidos” pela aplicação retroativa da nova lei.

O direito de punir, titularizado pelo autor da ação de improbidade, é imanente ao Estado e revela-se direito difuso, constituído de vasto **regime jurídico**, passível de ser pontualmente suavizado ou agravado, sem que isso implique falar em sua perda ou destruição, conforme a pacífica jurisprudência do Tribunal.

Lembro que o Tribunal já teve ocasião de admitir, por exemplo, que a instituição de um prazo decadencial para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário poderia atingir benefícios anteriores à lei, sem que isso importasse em qualquer ofensa a direito adquirido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 626.489, Relator o ministro Roberto Barroso, julgamento em 16 de outubro de 2013)

Os direitos políticos e ao patrimônio em geral do réu também não são exatamente suscetíveis de uma “aquisição”, no sentido empregado pela Constituição no art. 5º, XXXVI.

De resto, os direitos do réu não foram prejudicados pela lei nova; ao contrário, terminaram favorecidos. Portanto, não faz o menor sentido falar de prejuízo a algum direito adquirido do réu ou do autor.

Em outras palavras, a retroatividade da Lei n. 14.230/2021 não tem aptidão para atingir nenhum direito adquirido.

2.3 Ato jurídico perfeito

Respeitando as posições diversas, creio que também a Lei n. 14.230/2021 não infringe nenhum

“ato jurídico perfeito”. É que não se discute a anulação de atos processuais em ações de improbidade em curso. Isso não está absolutamente em tela. As citações, as intimações, as audiências, as sentenças, os acórdãos referentes às ações de improbidade em tramitação no Poder Judiciário, a não ser por outro fundamento, não serão anulados pela retroatividade da lei mais benéfica aqui em exame.

Na verdade, a Lei n. 14.230/2021, tanto ao alterar a definição de improbidade (admitindo apenas a forma dolosa), como ao dispor sobre a prescrição da pretensão punitiva, é **lei de direito material** – não de direito processual.

A retroatividade da nova lei dirige-se para abrandar o poder de punir do Estado, impondo-lhe **limitações materiais e temporais** mais compatíveis com a **dignidade dos acusados** e com o **direito à duração razoável do processo**. Não se trata, portanto, nos pontos em que discutimos, de lei formal, voltada a reordenar rotinas procedimentais das ações de improbidade, mas, antes, de lei substancial, que intenta abrandar, como disse, a eficácia do poder punitivo estatal.

Disso decorre não se poder falar que a retroatividade da lei atingiria atos jurídicos processuais perfeitos e acabados. Em absoluto, não. Os atos processuais, repito, não devem ser anulados pela nova lei, nem é esse o propósito dela.

A retroatividade benéfica, aqui, alcança é o âmago da hipótese da ilicitude, para redefini-la, excluindo da sua **extensão material** a modalidade culposa; assim como abarca também a **extensão temporal da pretensão punitiva**, reduzindo-a e submetendo-a a intervalos de eficácia com contagem regressiva rumo à abolição, mesmo durante o curso da ação de improbidade (prescrição intercorrente). Para usar a linguagem própria da nossa jurisprudência, é lei que altera um **regime jurídico** de direito material.

Em que tal retroação atinge atos jurídicos perfeitos? O direito de punir só está “perfeito” quando a sentença condenatória transita em julgado. Então, sim, ele estará perfeito. Mas, aí, incide a garantia da coisa julgada, que analisarei adiante, e não a do ato jurídico perfeito.

2.4 Coisa julgada

Quanto aos processos que, na data de entrada em vigor da nova lei, já tenham sido julgados por sentença transitada em julgado, sim, parece-me que realmente a Lei n. 14.230/2021 não pode retroagir. Nessa circunstância, a retroação esbarraria no disposto no art. 5º, XXXVII, *in fine*, da Constituição Federal (“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

No campo da improbidade não existe algo semelhante à revisão criminal que permitisse rever a condenação; nem o legislador criou alguma ação revisional específica, como poderia ter feito.

Peço vênua ao eminente ministro André Mendonça, que me parece haver cogitado da aplicação da rescisória quanto a condenações transitadas em julgado por improbidades culposas, mas reputo que tal ação não seria viável, à míngua de hipótese legal de cabimento.

Diferentemente da revisão criminal, a ação rescisória não tem previsão de ser cabível pelo advento de lei superveniente mais benéfica. Na verdade, fatos supervenientes à coisa julgada, na lei processual civil, geralmente são objeto de defesa em incidentes do cumprimento da sentença, não em ação rescisória. Tudo que antecede a formação da coisa julgada sofre os efeitos de sua eficácia preclusiva, e é justamente contra esta que se volta a ação rescisória. Já o que ocorre depois da coisa julgada não pode ser objeto da rescisória, precisamente porque não se subordina à dita eficácia preclusiva. Seja como for, a lei nova benigna, no campo cível, não pode sobrepor-se à coisa julgada, dado o preceito do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Portanto, **em relação às condenações transitadas em julgado**, mesmo por improbidade culposa, **não vejo como aplicar retroativamente a lei**.

No mais, a extinção do tipo culposo e as novas regras de prescrição, no que forem mais benéficas ao réu, devem retroagir, por ter sido essa a **vontade expressa do legislador**, sem que se possa encontrar óbice na Lei Fundamental.

3. A retroatividade da lei penal mais benéfica e a natureza da improbidade

A par dos argumentos acima, não é despropositado invocar também o art. 5º, XL, da Constituição de 1988, que prevê a retroatividade da lei penal mais benéfica:

Art. 5º [...]

[...]

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Certo, pode-se argumentar que a referência à “lei penal” não foi casual e quer mesmo restringir a retroatividade benéfica apenas à nova lei que discipline o direito do Estado de aplicar sanções de privação de liberdade de ir e vir, ou seja, o **direito penal**.

Mas, sempre com a devida vênia, creio que essa não é a melhor interpretação do dispositivo constitucional. “Lei penal”, aqui, precisa ser compreendida no sentido mais profundo, de norma que prevê penalidades contra o cidadão, e não apenas como “lei de direito penal”.

No direito português, o chamado Regime Geral das Contraordenações (Decreto-Lei n. 433/1982) praticamente equipara os ilícitos administrativos e penais, em termos de garantias ao cidadão. Seu art. 3º, n. 2, manda aplicar a lei nova mais benéfica às contraordenações:

Artigo 3º Aplicação no tempo

1 – A punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.

2 – Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais

favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.

3 – Quando a lei vale para um determinado período de tempo, continua a ser punida a contraordenação praticada durante esse período.

Com isso, quero dizer que não é preciso equiparar totalmente a ação de improbidade a uma ação penal para que o art. 5º, XL, seja aplicável também no campo da improbidade.

O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de qualificar a ação de improbidade como **ação civil**, disso não há dúvida. Especialmente nas discussões sobre a competência foro das ações de improbidade, estabeleceu-se de forma mais ou menos tranquila na Corte que lei ordinária não pode criar competência por prerrogativa de foro para o julgamento de ações de improbidade, porque as regras constitucionais sobre prerrogativa de foro se referem expressamente a “crimes” (ADI 2.797, Relator ministro Sepúlveda Pertence).

Porém, como demonstra o eminente ministro Gilmar Mendes, em sede doutrinária, essa tese precisa de ajustes para não culminar em completa subversão do sistema de competências judiciais. E esses ajustes são decorrência do reconhecimento da semelhança entre os tipos que caracterizam a improbidade administrativa em comparação com os tipos dos chamados “crimes de responsabilidade”, que podem ser praticados por altos dignitários do Estado. Escreveu Sua Excelência:

[...] A análise das condutas tipificadas nas Leis 8.429/1992 e 1.079/1950, assim como das penalidades ali previstas, evidencia que tais diplomas estão a disciplinar o mesmo setor do direito punitivo, os chamados crimes de responsabilidade. Em síntese, cabe concluir que a disciplina punitiva de ambas as leis opera no mesmo espaço normativo definido pela Constituição, ou seja, no âmbito dos chamados crimes de responsabilidade.

Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem por crime comum ou de responsabilidade, perante o Supremo Tribunal Federal, entender que tais agentes devem responder a processo assemelhado ou de consequência assemelhada, perante juiz de primeiro grau, não pode ser admitido.⁷

De fato, uma interpretação que considerasse a ação de improbidade uma ação civil como qualquer outra, a despeito das graves consequências que ela é capaz de induzir para o réu (como a perda de cargo público, por exemplo), teria de admitir também que tais ações poderiam ser propostas em primeiro grau de jurisdição mesmo quando tivessem como réus ministros de Estado ou de tribunais superiores, e até do Supremo Tribunal Federal, os quais normalmente estão sujeitos a julgamento apenas pelo Senado Federal, por “crimes de responsabilidade” – cujas descrições típicas são notoriamente semelhantes às improbidades (especialmente o art. 4º, V, da Lei n. 1.079/1950) e

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 139-140.

não têm cominação de pena de privação de liberdade (Lei n. 1.079/1950, art. 2º), assim como na Lei de Improbidade.

Ora, outra não poderia ser a conclusão. O ilícito que constitui improbidade administrativa está mais próximo de um crime que de um ilícito civil. Basta ver que o Conselho Nacional de Justiça mantém um Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (cnj.jus.br), semelhante a um **Rol dos Culpados** do processo penal. Isso, por si só, demonstra o **caráter infamante** da ação por improbidade, que a aproxima muito de uma ação penal, embora se mantenha ainda no âmbito cível.

Por todas essas razões parece-me adequado estender o quanto possível, para o campo da improbidade, as garantias próprias dos direitos penal e processual penal, sobretudo quando o legislador assim o determinar. Não se trata de justapor os dois regimes, nem de afirmar que a improbidade é um ilícito criminal. Trata-se tão somente de reconhecer que a improbidade administrativa, posto seja um ilícito administrativo, tem repercussões de grande alcance sobre a paz e a dignidade dos réus que por ela respondem, devendo, assim, ser tratada com o máximo de cuidado pelo aplicador das normas.

A retroação da lei mais benigna, no campo sancionador, resulta do fato de que a sua edição, em si mesma, indica **avanço no pensamento do Estado** a respeito do fato ilícito e da respectiva punição, de modo que não faz sentido continuar caprichosamente aplicando a lei anterior, mais gravosa, quando o próprio legislador (editor tanto da lei nova como da antiga), sem qualquer ressalva expressa, tiver feito nova avaliação, menos onerosa, da sanção e dos seus acessórios.

Essa é uma conclusão que se pode extrair do sistema hermenêuticoconstitucional e que se manifesta em várias áreas do direito infraconstitucional. No campo do direito tributário, por exemplo, o Código Tributário Nacional (CTN) esclarece que leis meramente interpretativas, ou mais benéficas ao contribuinte, quanto a sanções pelo não cumprimento de obrigações tributárias, devem retroagir. Confirma-se o teor do art. 106 do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) **quando deixe de defini-lo como infração ;**
- b) **quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;**
- c) **quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (Grifei)**

A razão disso é muito simples: a garantia constitucional contra a irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) está direcionada ao cidadão, para protegê-lo contra atos estatais inovadores que atinjam situações jurídicas constituídas, não podendo ser ela interpretada como garantia do Estado contra si mesmo – o que indiretamente cristalizaria penas e procedimentos sancionatórios sempre em patamares mais altos para todos que fossem processados antes da edição de leis benéficas.

Essa tem sido a orientação do Tribunal, conforme se observa no enunciado n. 654 da Súmula:

A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.

O Estado é um só. O Ministério Público é órgão; o Congresso Nacional também. Ambos, porém, fazem parte do mesmo Estado Federal. A lei editada pelo Congresso Nacional verbaliza a vontade do Estado. Não há fundamento para que o Ministério Público ou qualquer agente público venha a juízo invocar a irretroatividade da lei que o próprio Estado editou para a sua autocontenção.

Ora, se o Estado inova legislativamente, abrindo mão de punir certos fatos, reduzindo penas ou criando mecanismos pelos quais torna mais exigente a observância de certos procedimentos pelo órgão da acusação, está claro que isso deve beneficiar a todos os cidadãos em vez de apenas àqueles que casualmente foram acusados de cometer infração antes da edição da nova lei. Pensar de outro modo, com a devida vênia, seria admitir que o Estado (representado, nas ações de improbidade, pelo Ministério Público) poderia invocar a garantia **da irretroatividade da lei a favor de si mesmo**.

A nova lei mais benéfica, sem qualquer cláusula expressa que vede a retroatividade, representa a reconsideração completa do tema pelo Estado, devendo ser aplicada a todos os feitos pendentes.

4. A improbidade culposa

No caso em exame, observa-se que a Lei n. 14.230/2021 deixou de classificar como improbidade administrativa o ato culposos que resulta em prejuízo ao erário. Tal tipo de conduta continua sendo ilícito administrativo, mas deixou de ser improbidade. Claramente essa modificação legislativa tem consequências de longo alcance, pois exclui do campo da improbidade uma vasta gama de atos que outrora poderiam sofrer sanções típicas da improbidade administrativa, tais como as condutas puramente negligentes, imprudentes ou imperitas.

O legislador reformador não fez acepção entre condutas atuais, futuras e passadas. Ele simplesmente deixou de considerar ímprobos os atos e as omissões culposas. E essa modificação legislativa veio na esteira de uma série de outras alterações que foram na mesma direção de reservar as penas por improbidade para atos intencionais, e não para condutas negligentes, imprudentes ou imperitas. Claro está que, em tal contexto, a retroação da lei para colher condenações não transitadas em julgado é de ser admitida, porque não há direito adquirido a punir de certa maneira, nem ato

de condenação perfeita sem trânsito em julgado. Consistindo a modificação, no ponto, em algo que elimina o tipo improbidade culposa, a lei em exame assemelha-se a uma *abolitio criminis* e como tal deve ser tratada.

Logo, em relação aos processos pendentes que versem sobre improbidades administrativas culposas, como aliás é justamente o caso dos autos, a meu ver, com todas as vênias aos que pensam de modo diverso, é de rigor a extinção das ações por perda superveniente de objeto.

É até discutível se aqui estamos tratando propriamente de retroação da lei mais benigna ou de aplicação imediata dela, porque, na verdade, enquanto não transitada em julgado a sentença, a prestação jurisdicional ainda não se terá aperfeiçoado.

Seja como for, ao juiz cabe aplicar ao processo pendente a lei superveniente que promove a autocontenção do poder estatal, visto que o sistema punitivo é um regime jurídico e, como tal, sofre transformações a serem levadas em conta a todo momento, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória.

Pode-se discordar do acerto e da oportunidade da modificação; pode-se considerar que a lei anterior era mais propícia para tutelar a moralidade administrativa; pode-se, enfim, considerar absolutamente inconveniente a modificação, mas essas considerações puramente subjetivas não constituem nenhum obstáculo jurídico oponível à vontade legislativa de eliminar o tipo culposo do campo da improbidade administrativa.

Não importa se estamos diante de um crime ou de um ilícito administrativo. Em face de uma pretensão punitiva, quer no âmbito penal, quer no campo administrativo, o regime jurídico aplicável é o de **direito sancionador**. Já se viu que em ambas as hipóteses o particular está sujeito à pretensão sancionatória do Estado e, por isso, deve ser tutelado, o quanto possível, pelos mesmos direitos e garantias fundamentais e constitucionalmente previstos contra a pretensão punitiva, salvo aqueles que são absolutamente peculiares ao campo penal (a exemplo da comutação de pena privativa de liberdade).

Volto a insistir que não me convence, com a devida vênia, o argumento de que da literalidade do art. 5º, XL, da Constituição – o qual menciona a expressão “lei penal” – seria possível extrair única interpretação no sentido de a garantia estar restrita ao direito criminal.

A Constituição deve ser interpretada de forma sistemática, prestigiando-se os valores positivados em todo o texto. Se compreendermos que é vontade constitucional garantir os direitos daqueles que podem sofrer sanção estatal, surge evidente a ausência de lógica na diferenciação profunda entre garantias aplicáveis ao direito penal e aquelas pertinentes ao direito administrativo sancionador – salvo, é claro, as que dizem respeito estritamente à liberdade de locomoção e à integridade física e moral do preso, porquanto essas de fato apenas podem ser aplicadas no campo criminal.

A Carta da República autoriza a exegese segundo a qual as garantias consideradas no direito penal devem ser igual e extensivamente aplicáveis ao direito administrativo sancionador, em virtude da inexistência de distinção ontológica entre ilícitos de naturezas diversas. A diferenciação entre ilícito

penal e ilícito administrativo é meramente formal. Salvo casos extremos de desproporcionalidade, o que hoje é crime amanhã pode ser ilícito administrativo, e vice-versa, a depender dos diplomas legislativos.

No ponto, cumpre evocar o trabalho de Igor Pereira Pinheiro e Henrique da Rosa Ziesemer⁸ a respeito da retroação benéfica da nova legislação aos atos culposos de improbidade administrativa:

Ontologicamente, improbidade administrativa está associada à ideia de corrupção, ou à prática de atos ilícitos imbuídos de má-fé e desonestidade (intelectual ou patrimonial), motivo pelo qual mesmo antes da Lei nº 14.230/2021, parte da doutrina já defendia a injustiça do enquadramento dado pelo artigo 10 da Lei nº 8.429/92, ao permitir condenações culposas, ainda que “graves” nos exatos termos do disposto no artigo 28 da LINDB e da própria jurisprudência do STJ (que exigia a diligência acima do normal por parte do agente público).

Com as modificações operadas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (artigo 1º, §§ 1º e 2º c/c artigo 10, caput, artigo 11, §§ 1º e 2º), não há dúvidas que a forma culposa foi abolida do sistema jurídico da improbidade administrativa, adotando-se a tese “garantista” de que culpa e desonestidade não caminham juntas. Não se pode desconsiderar as razões teóricas desse ponto de vista.

E mais: considerando que os atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 correspondem a tipos penais que, via de regra, não admitem a forma culposa, o “retrocesso” aí é somente persecutório, pois há, no nosso sentir, uma adequação e uniformização do sistema jurídico.

Não fazia muito sentido alguém ser desonesto/corrupto no campo penal somente por meio do dolo e, no campo cível da improbidade administrativa, poder ostentar aquela qualificação por meio da culpa, ainda que grave.

Essa é uma marcha legislativa clara.

Vejam os casos da dispensa indevida de licitação por descumprimento das formalidades legais. O artigo 337-E do Código Penal (inserido pela Lei nº 14.133/2021) excluiu essa modalidade delitiva que constava do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 (num típico caso de “abolitio criminis” conforme a ampla doutrina sobre o assunto) e que era enquadrável como ato de improbidade administrativa culposo (antigo artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/92). Como justificar que o réu no processo penal será absolvido pela atipicidade superveniente, mas a ação cível de improbidade decorrente daquele comportamento culposo continuaria tramitando? Ainda que a coisa julgada desse tipo de sentença penal não possua a eficácia absoluta dentro da lógica do princípio da independência das instâncias, é razoável permitir a extensão dos efeitos, ainda mais porque estamos a falar de culpa, ontologicamente dissonante da ideia de corrupção e má-fé.

Assim, nessa hipótese restrita (dos atos de improbidade administrativa culposos), há de prevalecer a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF/88) e o direito humano à retroação benéfica (previsto no artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica) daqueles que são ou foram processados/investigados por atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, pois se representam indiferentes penais na área de corrupção não é justo que prevaleçam na área cível.

(Grifos originais)

8 PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada. Leme/SP: Mizuno, 2022. p. 237-239.

Cabe observar, ainda, que a aproximação principiológica entre o regime da improbidade administrativa e o da infração penal foi consagrado expressamente pela Lei n. 14.230/2021 ao prever que a ação de improbidade é repressiva, de caráter sancionador, não civil, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas naquela norma, nos termos de seu art. 17-D:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui **ação civil**, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Então, há um vetor interpretativo na própria Lei de Improbidade que recomenda a **aproximação hermenêutica dos temas relativos às ações de improbidade aos de direito penal**. Dada essa similitude, tenho que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, constitucionalmente assegurado para o direito penal, é plenamente aplicável também à seara da improbidade administrativa, tanto mais se a lei mais benéfica não veda a retroação expressamente.

Tal entendimento pode ser extraído não apenas de mecanismos interpretativos, mas diretamente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica), que apregoa a necessidade de retroação da lei mais benéfica ao delinquente, conforme se depreende da leitura do art. 9º:

Art. 9º Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em *Tribunal Constitucional v. Peru* (2001), definiu diretrizes de incidência dos princípios penais em processos ou procedimentos não criminais, sobretudo os de caráter sancionatório, que apresentam maior grau de proximidade com a esfera penal:

O respeito aos direitos humanos constitui um limite à atividade estatal, que é válido para qualquer órgão ou funcionário que esteja em posição de poder, por sua natureza oficial, em relação a outras pessoas. Assim, é ilegal qualquer forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Isso é ainda mais importante quando o Estado exerce seu poder sancionador, pois não só pressupõe a atuação das autoridades com total observância à ordem jurídica, mas também implica a concessão das garantias mínimas do devido processo legal a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, de acordo com os requisitos estabelecidos na Convenção.

(CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*, parágrafo 68, São José da Costa Rica, 31 de janeiro de 2001)

Já em *Maldonado Ordoñez v. Guatemala* (2006)⁹, reafirmou aquela Corte o entendimento de que o princípio do art. 9º da CADH pode ser aplicado em matéria de sanção administrativa, em virtude de esta ser expressão do poder punitivo estatal e possuir natureza similar à sanção penal, visto que ambas implicam prejuízo, privação ou alteração de direitos.

Vale anotar que os precedentes oriundos do sistema regional americano de proteção dos direitos humanos referem-se a contextos nos quais há desequilíbrio de poder na relação jurídica entre Estado e particular, com imposição de sanções que denotam a aproximação do poder punitivo no âmbito penal e na esfera administrativa, o que explica haver maior necessidade de proteção do indivíduo em face do Estado.

Ainda sob a perspectiva dos direitos humanos, registre-se que a Corte Europeia, no caso *Öztürk v. Alemanha* (1984)¹⁰, por meio de um conceito amplo de direito penal, reconheceu o direito administrativo sancionador como “subsistema penal”, de tal forma que nele comungariam princípios aplicáveis tanto ao sistema quanto ao subsistema, como a irretroatividade da lei mais gravosa, por exemplo.

Havendo o sistema de combate à improbidade administrativa adotado expressamente os princípios do direito administrativo sancionador, impõe-se a observância às garantias impostas pela Constituição, entre as quais a retroatividade da lei benéfica. Por ser a Lei n. 14.230/2021 mais favorável ao acusado, é de rigor sua aplicação, pois a retroatividade insculpida no art. 5º, XL, da Carta da República alcança aquelas que disciplinam referido direito.

Os Tribunais brasileiros já têm decidido no sentido de que as novas disposições da Lei n. 8.429/1992, com as alterações da Lei n. 14.230/2021, devem ser aplicadas de forma retroativa. Nesse sentido, por exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO DAS NOVAS DISPOSIÇÕES LEGAIS AOS PROCESSOS PENDENTES. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. NOVA REDAÇÃO DO ART. 11, VI, DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ACOLHIMENTO DOS DECLARATÓRIOS.

1. A Lei 14.230/2021 trouxe diversas inovações à Lei 8.429/92, inovações essas que se aplicam aos processos pendentes, conforme entendimento que vem se consolidando no âmbito dos tribunais pátrios e que pode ser observado nos julgados proferidos nesta Corte a partir da edição desse novo diploma legal.

2. A nova disciplina legal passou a exigir a presença de dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11, VI, da Lei 8.429/92, não sendo mais suficiente a demonstração do dolo meramente genérico, consistente na voluntariedade do agente público em não prestar contas.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Maldonado Ordoñez v. Guatemala*, parágrafo 89, São José da Costa Rica, 3 de maio de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf Acesso em: 21 jul. 2022.

10 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Plenário. *Caso Örtürk v. Germany*, Application n. 8.544/79, Strasbourg, 21 de fevereiro de 1984

3. No caso, considerando que nem os fundamentos de fato e de direito expostos na conduta narrada na petição inicial nem os elementos de prova coligidos aos autos apontam no sentido de que o agente público teria deixado de prestar contas dos recursos questionados com a finalidade específica de ocultar irregularidades, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

4. Embargos de declaração acolhidos. (AC 1000889-55.2017.4.01.3304, TRF1, Terceira Turma, desembargadora federal Mônica Sifuentes, DJe de 8 de março de 2022)

APELAÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO. LEI 14.230/2021. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. RETROATIVIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

(AC 0003494-90.2008.4.02.5110, TRF2, Quinta Turma, desembargador federal Ricardo Perlingeiro, DJe de 19 de maio de 2022)

No caso em exame, ante a retroatividade das alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/2021, entre as quais a eliminação da figura do ato de improbidade culposo, e nos termos da jurisprudência do Supremo, que é pela imprescritibilidade tão só das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso previsto na Lei n. 8.429/1992 (Tema n. 897/RG), entendo que deve ser extinta a ação proposta contra a ora recorrente, tanto em relação à atipicidade de conduta culposa de improbidade administrativa, como quanto à própria prescrição, conforme exponho a seguir.

5. Prescrição

O mesmo raciocínio acima, acerca da aplicabilidade retroativa da lei mais benéfica como decorrência dos princípios do direito sancionador, se aplica à alteração do termo inicial do prazo de prescrição criado pela Lei n. 14.230/2021. Exceto quanto às ações de ressarcimento por atos de improbidade dolosos previstos na Lei n. 8.429/1992, que são imprescritíveis, conforme o fixado pelo Tribunal no Tema n. 897 da Repercussão Geral, o fato é que o legislador criou novo termo inicial para a contagem da prescrição, o qual não constava da Lei n. 8.429/1992, em sua redação original, e pode eventualmente ser mais favorável ao acusado.

Com efeito, o termo inicial do prazo prescricional, que antes podia ser o término do exercício do mandato/cargo em comissão/função de confiança ou a data da apresentação da prestação de contas (art. 23 da Lei n. 8.429/1992, na redação original), agora foi unificado e fixado na data da ocorrência do fato ou, em caso de infração permanente, no dia em que cessar a permanência. Trata-se de norma que, em alguns casos concretos, pode se revelar mais benéfica ao réu e, por sua configuração, ser aplicada a fatos anteriores sem que haja a necessidade de nenhuma contagem fictícia de prazos.

Em outras palavras, a partir da ocorrência do ato ímprobo, o Ministério Público já podia agir, de modo que a demora no ajuizamento da ação é mesmo imputável ao titular da ação. Não há surpresa legislativa, nem para a acusação, nem para a defesa, na ampliação desse prazo, em troca da

substituição do termo inicial da contagem mais favorável ao réu. É uma opção política que altera os termos da equação, mas mantém as variáveis.

Por isso parece-me, com todas as vênias aos que pensam diferente, que a aplicação retroativa (ou, caso se prefira assim denominar, “imediata aos processos pendentes”) dessa norma (art. 23, caput, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela de n. 14.230/2021), quando mais favorável ao réu, é de rigor, pelas mesmas razões que já expus acerca das garantias que devem reger o direito administrativo sancionador.

Mesmo a chamada **prescrição intercorrente** deve também retroagir, à míngua de disposição em contrário da Lei n. 14.230/2021 e pelas razões sistêmicas já referidas.

O legislador criou um arranjo prescricional inédito para as ações de improbidade. De fato, a Lei n. 14.230/2021 instituiu *ex novo* hipóteses de suspensão, interrupção e retomada do prazo prescricional, **durante a fase de inquérito civil** (Lei n. 8.429/1992, art. 23, §§ 1º a 3º, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021), que não constavam da legislação original. Igualmente **durante a tramitação da ação de improbidade**, agora podem suceder hipóteses inteiramente novas de interrupção da prescrição e – o que é mais relevante – de **prescrição intercorrente** (Lei n. 8.429/1992, art. 23, §§ 4º a 7º, na redação dada pela de n. 14.230/2021), muito semelhante à prescrição penal.

A prescrição intercorrente, em si mesma, é benéfica para o réu, porque não existia tal forma de extinção da pretensão punitiva, e considerando que ela sanciona a inércia do poder público (autor da ação e Judiciário) durante a tramitação do processo judicial. Quanto a isso não há dúvida.

O prazo prescricional intercorrente é metade do prazo geral e, conforme o art. 23, §§ 4º e 5º, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, corre entre os seguintes termos:

- a) O ajuizamento da ação de improbidade e a publicação da sentença condenatória ou do acórdão que reforma a sentença absolutória;
- b) Entre a publicação da sentença condenatória e a publicação da decisão monocrática ou colegiada de tribunal que a confirma;
- c) Entre a publicação da decisão de 2º grau condenatória ou confirmatória da condenação anterior e a publicação do acórdão confirmatório do STJ ou STF;
- d) Entre a publicação da decisão de 2º grau que reforma a condenação e a decisão do STJ ou STF que, por sua vez, reforme absolvição.

Antes da Lei n. 14.230/2021 não havia prescrição intercorrente no âmbito das ações de improbidade. Estas observavam o padrão geral das ações civis, segundo o qual a interrupção da prescrição ocorre quando a ação é proposta, ficando suspensa durante toda a tramitação processual, **por demorada que seja**, restabelecendo-se o fluxo do prazo prescricional apenas quando do trânsito em julgado da sentença proferida no processo (o “último ato do processo para a interromper”, na linguagem do Código Civil de 2002, art. 202, parágrafo único; Código Civil de 1916, art. 173).

O processo civil, em geral, segue esse padrão. A tramitação do processo de conhecimento estanca o fluxo do prazo prescricional **do ajuizamento da ação até a formação da coisa julgada**. Mas sabemos que nas ações cíveis em geral há compensações econômicas para o vencedor, em razão dessa demora, notadamente os chamados juros de mora, a correção monetária – que correm desde o ajuizamento da ação, ou, quando menos, da citação – e a retroação da condenação civil à data do fato, além da condenação do vencido no pagamento de custas e honorários advocatícios. Tudo isso vem em forma de reparação indireta para o vencedor da demanda, pela demora na definição do veredito final pelo Estado-Juiz.

As ações de improbidade, por seu turno, se demorarem muito – e elas costumeiramente se arrastam por anos – não oferecem nenhuma compensação ao **réu tardiamente absolvido**. Acresce que o *status dignitatis* do acusado é fortemente atingido pela mera tramitação do feito, em especial depois de uma condenação colegiada não transitada em julgado, de tal maneira que a **demora do julgamento não é neutra**; ela onera particularmente o réu e em nada afeta o autor da ação. Por tal motivo a criação de um sistema de prescrição intraprocessual é medida absolutamente justa, pois melhor reparte o **ônus da demora na tramitação do processo** e oferece ao acusado, quando menos, a garantia de uma resposta em **tempo razoável**.

Veja-se, a propósito, o caso concreto que deu ensejo a este julgamento. A ré, ora recorrente, responde à ação de improbidade, por um alegado ato culposos, **desde 2006**. Ou seja, está há 16 anos respondendo à ação sem jamais ter sofrido nenhuma condenação. Se, ao final, ela vier a ser absolvida, como ficam esses 16 anos de angústia por responder a uma ação de improbidade? Não há como reparar isso economicamente nos autos da própria ação de improbidade, e mesmo fora dela é difícil, porque sempre se pode dizer que faz parte do ônus de assumir *múnus público* o risco de responder a ações de improbidade. Tudo bem, isso é verdade, mas que, pelo menos, haja um tempo para que a resposta estatal sobre a culpabilidade seja oferecida.

Para que se tenha uma ideia do absurdo de um processo por improbidade culposa durar 16 anos e permanecer tramitando, mesmo sem qualquer condenação, basta pensar que em 16 anos prescreve a pretensão punitiva do Estado, pela pena em abstrato, em relação a crime com pena privativa de liberdade máxima de 12 anos (CP, art. 109, II).

Então, um indivíduo que hoje estivesse respondendo a uma ação penal há 16 anos, sem nenhuma condenação, por crime com pena máxima abstrata fixada em 12 anos veria a ação ser extinta por prescrição da pretensão punitiva. Para se ter uma ideia, comportam pena máxima de 12 anos, exemplificativamente: (i) a lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 3º); (ii) o abandono de incapaz seguido de morte (CP, art. 133, § 2º); (iii) o peculato doloso (CP, art. 312, *caput*); e (iv) a corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*).

Isto é, se um indivíduo estivesse respondendo por qualquer um dos crimes que mencionei, sem nenhuma condenação no processo, pelo tempo que a ré sem condenação alguma esperou nestes autos, a pretensão punitiva do Estado já estaria prescrita. Nesse mesmo tempo, porém, a pretensão de aplicar sanções por improbidade não estaria... Há um manifesto paradoxo nessa situação. Como penas muito mais graves podem prescrever e as menos graves não?

Antes do advento da Lei n. 14.230/2021, não importava a demora da ação de improbidade; ela não prescrevia nunca enquanto houvesse um processo se arrastando nos tribunais. É fácil ver o absurdo da solução e a falta completa de coerência entre o sistema de prescrição penal e o da ação de improbidade.

Foi por essa razão que o legislador resolveu modificar a sistemática da prescrição das ações de improbidade, equiparando-as praticamente às ações penais e criando verdadeiras “perempções” no processo judicial para a sua apuração. O arranjo criado pela Lei n. 14.230/2021 apresenta semelhanças evidentes com a prescrição da pretensão punitiva do direito penal (ver, por exemplo, o art. 117 do Código Penal), o que mais uma vez confirma a intenção do legislador de equiparar as garantias do réu da ação de improbidade àquelas dirigidas ao réu de ação penal.

Ora, sendo assim, a retroação da nova sistemática se impõe, pois no direito penal é pacífico normas sobre prescrição mais favoráveis ao réu serem aplicadas a fatos anteriores à sua edição.

Quando falo em aplicação retroativa da lei aqui, em matéria de prescrição, quero me referir ao fato de que se pode considerar os interstícios de ociosidade processual que se configuraram antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 14.230/2021, em 26 de outubro de 2021, conforme determina o art. 5º da Lei n. 14.230/2021.

Assim, por exemplo, tomando o caso ora em análise, observa-se que a ré não se beneficiaria do novo termo inicial da prescrição geral, considerado o novo prazo prescricional de 8 (oito) anos. É que as irregularidades apontadas pelo autor da ação de ressarcimento teriam ocorrido entre 1998 e 1999, ao passo que a ação foi ajuizada em 2006. Quer dizer, não se passaram os 8 (oito) anos antes do ajuizamento da ação, desde o último ato alegadamente ímprobo, para que a prescrição tenha se consumado segundo a sistemática instituída pela Lei n. 14.230/2021.

Entretanto, a prescrição intercorrente beneficia a ré. A ação de improbidade foi ajuizada em 2006, e não houve nenhuma condenação da demandada, quer em primeiro grau, quer em segundo grau, dentro do prazo de 4 (quatro) anos, conforme exige a Lei n. 14.230/2021 na nova redação que deu ao art. 23, § 5º, da Lei n. 8.429/1992. Repito: no caso em análise a recorrente está há 16 anos respondendo a um processo de improbidade sem que tenha havido condenação.

Logo, a aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021 implica a contagem de prazos transcorridos antes da sua edição para a configuração da prescrição segundo os seus termos. Essa aplicação é viável porque o caso é de uma *novatio legis in melius*, que, por razões humanitárias, deve ser estendida a todos os cidadãos que respondam a ações de improbidade, independentemente da data em que tenham praticado atos tidos pelo Ministério Público como de improbidade administrativa.

Ressalvo apenas os casos de processos cujas sentenças condenatórias hajam **transitado em julgado**. Em tais hipóteses, a aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021 mostra-se inviável, em vista do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, como consignei acima.

Em suma, os períodos que devem ser levados em conta para a contagem dos prazos de prescrição intercorrente devem ser aqueles que transcorrerem antes ou depois da vigência da Lei n. 14.230/2021.

É nisso que consiste a aplicação retroativa da nova lei.

Quero, por fim, enfatizar que o Tribunal tem precedente em Repercussão Geral (Tema n. 897) no qual consideradas **imprescritíveis as ações de ressarcimento por atos de improbidade dolosos** previstos na Lei n. 8.429/1992. Ora, se tais ações são imprescritíveis, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, está claro que as alterações no sistema de prescrição em nada afetam a situação dessas ações de ressarcimento – elas continuam imprescritíveis, independentemente de qualquer discussão sobre a retroatividade da nova lei.

As prescrições de ações de improbidade que podem decorrer da nova lei ficarão restritas às sanções de suspensão de direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos. As ações de ressarcimento, em casos de improbidade dolosa, permanecem imprescritíveis.

Não há motivo, portanto, para temer que o patrimônio público seja dilapidado impunemente com a aplicação das novas regras prescricionais. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento assegura, em todo caso, a integral reparação do erário, e a qualquer tempo.

O que a nova lei traz é o adequado equilíbrio entre o poder de punir do estado e as garantias mínimas do réu que simplesmente responde a uma ação de improbidade ou que foi condenado sem trânsito em julgado.

Em particular no caso da prescrição intercorrente, a lei vem desonerar minimamente do peso pelo tempo de tramitação do feito aquele que simplesmente responde à ação de improbidade ou é condenado por decisão não transitada em julgado – notadamente quando essas decisões geram inelegibilidade.

O ônus do tempo da tramitação do processo é, em si mesmo, um sobrepeso que o réu da ação de improbidade, no sistema original da Lei n. 8.429/1992, carregava sozinho e sem compensação alguma ao final. O acusador e o Poder Judiciário não tinham nenhum prazo próprio nessa matéria, o que indiretamente acabava, quando menos, por não tornar operacionalmente defensável a garantia da duração razoável do processo.

Com a adoção da prescrição intercorrente corrige-se essa injustiça, porque o réu terá, na pior das hipóteses, um mecanismo objetivo que lhe assegura o julgamento em tempo razoável – o que, aliás, é uma garantia constitucional expressa (CF, art. 5º, LXXVIII, incluído pela Emenda de n. 45/2002).

E, volto a insistir, tudo isso sem nenhum risco de prejuízo para o patrimônio público, dado que as ações de ressarcimento, em casos de improbidade dolosa, permanecem imprescritíveis por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, conforme a dicção do STF no Tema n. 897.

Parece-me, portanto, que estamos diante de uma opção legislativa perfeitamente legítima que aperfeiçoa o sistema processual e que deve apanhar os processos pendentes na data da entrada em vigor da Lei n. 14.230/2021, por estarmos tratando de autêntica releitura do tempo de espera pelo

veredito final na ação de improbidade, feita pelo legislador à luz das garantias constitucionais.

Tal releitura não pode restringir-se aos réus novatos, isto é, àqueles que apenas se tornaram réus depois da reforma legislativa. Antes, e até por maioria de razão, deve alcançar justamente os veteranos, aqueles que há anos, às vezes décadas, aguardam por uma resposta jurisdicional definitiva.

Finalmente, reforço que a aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021 não significará anistia geral das ações de improbidade. Serão atingidos apenas os processos pendentes em 26 de outubro de 2021 (data da entrada em vigor da Lei n. 14.230/2021), nos quais:

- a) Houver acusação da prática de improbidade culposa, sem trânsito em julgado da sentença condenatória;
- b) Tiver transcorrido 8 (oito) anos ou mais entre a conduta ímproba (dolosa) e a instauração de inquérito civil ou o ajuizamento da ação; e
- c) Houver transcorrido 4 (quatro) anos, depois de ajuizada a ação, sem a publicação de nenhum pronunciamento judicial condenatório ou confirmatório de condenação.

Estão fora do alcance da retroação:

- d) Sentenças condenatórias transitadas em julgado antes do advento da Lei n. 14.230/2021;
- e) A pretensão de ressarcimento do dano ao erário em razão de conduta dolosa descrita na Lei n. 8.429/1992; e
- f) Ações em tramitação em 26 de outubro de 2021 que não se enquadrem nas hipóteses “a”, “b” e “c” referidas acima.

II – Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário com agravo e o provejo para, subsequentemente, dar provimento ao correspondente recurso extraordinário, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado, extinguindo-se a ação formalizada contra a recorrente, por atipicidade da conduta culposa e pela prescrição intercorrente da pretensão.

Proponho, ainda, a fixação das seguintes teses:

“I – As alterações introduzidas na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) pela Lei n. 14.230/2021, quanto à eliminação da modalidade culposa das improbidades administrativas, aplicam-se de forma retroativa aos processos pendentes para beneficiar os réus, exceto em caso de a condenação ter transitado em julgado antes da entrada em vigor da Lei n. 14.230/2021;

II – As ações de ressarcimento por atos de improbidade dolosos previstos na Lei n. 8.429/1992 são imprescritíveis (Tema n. 897 da Repercussão Geral);

III – O prazo geral de prescrição de 8 (oito) anos, contado a partir da ocorrência do fato ou da cessação da permanência (art. 23, caput, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021), aplica-se a todos os processos em que não haja condenação transitada em julgado, se for mais favorável ao réu no caso concreto;

IV – A prescrição intercorrente de que trata da Lei n. 8.429/1992, art. 23, §§ 4º e 5º, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, incide sobre processos pendentes em 26 de outubro de 2021 (data da entrada em vigor da Lei n. 14.230/2021), inclusive levando em conta interstícios entre atos processuais transcorridos antes da referida data, exceto se houver sentença condenatória transitada em julgado.”

É como voto, Senhor Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

1. O presente voto, ao dispor aos eminentes pares e às partes a respectiva íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil e se contém em aproximadamente 14 páginas. A síntese e conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas:

Primeira: A ação de improbidade administrativa tem natureza cível, conforme se extrai do § 4º do art. 37 da CF, segundo o qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”

Segunda: no âmbito cível os fatos são regulados pela lei em vigor à sua época, não cabendo a retroatividade de normas.

Terceira: o texto constitucional é expreso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de *recomposição*) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

Quarta: as alterações na legislação infraconstitucional que disciplina as ações de improbidade administrativa não importam alteração constitucional quanto à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por improbidade dolosa, conforme decidido pela Corte no julgamento do tema de repercussão geral 897.

1.2. Base constitucional: artigo 37, §§ 4º e 5º, CRFB.

1.3. Base em precedentes: o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal; especificamente cita-se o seguinte: RE 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, do qual fizeti como redator do acórdão, Tribunal Pleno, julgado em 08.08.2018.

1.5. Conclusão: voto pelo provimento do recurso extraordinário para reconhecer a prescrição da pretensão de ressarcimento por não se caracterizar conduta dolosa da recorrente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Alexandre de Moraes.

Conforme consignou Sua Excelência, trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de improbidade administrativa em que a recorrente é acusada de atuação negligente nas funções de procuradora do INSS.

No Recurso Extraordinário, alega, em síntese, a prescrição da pretensão de ressarcimento por se tratar de improbidade administrativa culposa, conforme entendimento da Corte.

No acórdão submetido ao plenário virtual no qual afetou o tema à Repercussão Geral, o e. Relator pontuou as alterações destes temas na reforma da Lei de Improbidade Administrativa e o dissenso na Doutrina e Jurisprudência quanto à retroatividade dos dispositivos, sendo imperiosa a manifestação da Corte para o tratamento da matéria.

Discute-se, portanto, a constitucionalidade da retroatividade dos novos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa quanto (i) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (ii) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Era o que havia a lembrar.

Permito-me fazer remissão aos fundamentos que adotei quando do julgamento do RE 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, do qual restei redator para o acórdão, que também norteiam o exame do caso em apreço:

Trago algumas considerações que auxiliam a descortinar aquela que, em meu sentir, é a interpretação mais adequada do dispositivo previsto no art. 37, § 5º, da Constituição da República.

Consigno desde já que este último elemento – a República – constitui a moldura institucional construída pela Constituição e caracteriza nitidamente um Estado Constitucional e Democrático de Direito que tem como seus alicerces a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, II, III, e V, CRFB).

Bem por isso, não há espaço aqui para se pensar a partir de um republicanismo totalizante, em que o ideal de cidadania ativa aniquile a dimensão individual e a diversidade típica das democracias constitucionais contemporâneas.

É salutar que se levem a sério os compromissos fundamentais, especialmente - no que interessa - aqueles que materializam a proteção da coisa pública e da probidade administrativa, incorporados à narrativa constitucional pátria como virtudes republicanas.

Passo agora ao exame da questão posta de forma inédita na oportunidade deste julgamento.

1. Da irretroatividade total das novas normas da Lei de Improbidade Administrativa antes a sua natureza civil e não penal

A lei **penal** recebe especial atenção da Constituição porque as consequências previstas no preceito secundário dos tipos penais envolvem, salvo no caso do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (porte de drogas para uso pessoal), **pena privativa de liberdade**, sanção típica do Direito Penal de natureza gravíssima, mesmo que possam eventualmente ser substituídas por penas restritivas de direitos ou objeto de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, caso presentes os pressupostos e requisitos próprios previstos na legislação infraconstitucional. Noutras palavras, como o Direito Penal trabalha com punições e consequências extremas, qualquer benefício posterior retroage, por maximizar as liberdades públicas, em especial e sobremaneira a liberdade ambulatoria – o direito de ir, vir e permanecer ou ficar.

Diferente é o tratamento dado pela Constituição às violações à improbidade administrativa, quando estabelece de forma peremptória no art. 37, § 4º, em verdadeiro mandado de sanção cível e administrativa, que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*. Em que, ao meu ver, a Constituição é cirúrgica ao distinguir a natureza cível da improbidade administrativa dos princípios aplicados ao Direito Penal.

Afastada a incidência retroativa da lei mais benéfica, ante a distinção feita pelo texto constitucional da aplicação da Lei de Improbidade e da tutela penal, verifica que no âmbito civil a Constituição prevê:

Art. 5

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

A aplicação das leis não-penais no tempo, também encontra previsão na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Registro neste sentido a contribuição trazida à Corte em memoriais conjuntos dos *Amici* Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Público do Estado de Minas Gerais, Público do Estado do Estado do Rio de Janeiro e Público do Estado de São Paulo, em que explicitam a natureza civil da ação de improbidade, com principiologia distinta das ações de Direito Penal:

O sistema jurídico brasileiro é formado por múltiplas **instâncias independentes de repressão**.

Nas quase três décadas de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, **consagrou-se na jurisprudência a natureza cível da ação de improbidade**, em razão do contido na parte final do § 4º do art. 37 da CF, segundo o qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”

O art. 12 da LIA – na redação anterior e na atual – também prevê a aplicação das sanções independentemente de outras de natureza penal.

A incidência retroativa da lei mais benéfica é prevista no Art. 5º, XL, da CRFB que dispõe: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A tempo e modo, observa-se que a Constituição estabeleceu expressamente que a lei nova poderá retroagir para beneficiar o réu, desde que se trate de lei de natureza penal, silenciando quanto a leis de outra natureza.

Em uma interpretação sistêmica-teleológica, infere-se da própria Lei de Improbidade Administrativa a sua vinculação ao ramo do direito civil *latu sensu*, quando prevê o rito do procedimento comum do Código de Processo Civil para o seu processamento no seu art. 17, caput. São comentários do Professor Marçal Justen Filho ao referido artigo:

A aplicação do procedimento comum

A ação visando o sancionamento por improbidade observará o procedimento comum previsto no CPC, com alterações adotadas na lei 8.429. A regra do art. 17 é complementada pelas previsões do art. 17-D, que serão objeto de análise nos comentários pertinentes.

A eliminação da solução prática da ação civil pública (Lei 7.347/1985)

A lei 14.230/2021 previu que a ação de improbidade se configura como uma “ação típica”. Isso significa a superação de uma prática tradicionalmente adotada de veiculação da pretensão de sancionamento por improbidade por meio da ação civil pública prevista na Lei 7.347.

A relevância do sancionamento da improbidade para a coletividade

A repressão à improbidade envolve a proteção de interesses públicos e coletivos. A ação judicial pertinente é um instrumento relevante para prevenir abusos e desvios e para reprimir os agentes públicos e privados que infringem deveres inerentes ao exercício da função pública.

(FILHO, Marçal Justen. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comparada e comentada. Ed. Forense, Rio de Janeiro 2021)

É do texto constitucional que advém a legitimidade para a elaboração da legislação a regular a aplicação de sanções aos atos ímprobos, sancionamento esse que não pode ser definido como de natureza penal, nos termos do §4º do artigo 37 da Constituição da República, até mesmo porque a própria redação do dispositivo especifica as penalidades e determina sua aplicação, independentemente da aplicação de sanções em ação penal:

“§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível.**”

Esta Corte já assentou, em diversas oportunidades, o caráter civil da ação de improbidade, fundada em interpretação constitucional que não se modifica com as reformas operadas na Lei de Improbidade. A exemplificar, cite-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2729:

“EMENTA: (...)”

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. **De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.** 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. (...)”

(ADI 2797, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)

Mais recentemente, ao fixar a compreensão acerca da inexistência de foro privilegiado para o julgamento das ações de improbidade, esta Corte assim decidiu:

“Ementa: Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização políticoadministrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa

de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. **O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil.** Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Pet 3240 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 21-08- 2018 PUBLIC 22-08-2018)

E, ainda, no julgamento do Tema 576 da repercussão geral, assim restou assentado:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. “Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime” (MARCO TÚLIO CÍCERO. Manual do candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32). 2. **A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.** 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração políticoadministrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. 5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. TESE DE REPERCUSÃO GERAL: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede

sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”.

(RE 976566, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019)

2. Do ponto de divergência ao Voto do e. Relator

Peço vênia ao eminente Relator para apresentar divergência ao voto de V. Excelência em um único ponto. No voto apresentado, no que diz respeito à improbidade culposa, Vossa Excelência interpreta a irretroatividade como a preservação das condenações por improbidade administrativa culposa transitadas em julgado.

Explicito meu entendimento, com todas as vênicas para as compreensões no sentido oposto, que em um regime democrático a lei de natureza não estritamente penal não pode retroagir, ante o risco de se violar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI), cânones do conceito maior que é a segurança jurídica.

Afirma Pontes de Miranda que:

“Nas democracias, com o princípio da irretroatividade da lei, a interpretação autêntica ou é nova lei, ou não tem outro prestígio que o de seu valor intrínseco, se o tem; é interpretação como qualquer outra, sem qualquer peso a mais que lhe possa vir da procedência: o corpo legislativo somente pode, hoje, fazer lei para o futuro; não, para trás, ainda a pretexto de interpretar lei feita”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 16)

Reconhecida a natureza civil das ações de improbidade administrativa, aplica-se a este sistema o postulado *tempus regit actum*: a lei vigente à época dos fatos regulamenta sua entrada no mundo jurídico e seus efeitos nesse mundo.

Ao meu ver, reconhecer a irretroatividade da nova lei de improbidade administrativa significa reconhecer que ela não se aplica às condutas culposas praticadas antes de sua vigência, não havendo importância a existência de investigação, processo, sentença ou trânsito em julgado.

O saudoso Ministro Celso de Mello tratou desta temática da intertemporalidade da lei em decisão monocrática de sua lavra:

No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis - (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa - não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. - A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa - ato ou fato ocorrido no passado - que lhes deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de

retroatividade mínima, incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito. - **A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição, aplica-se a qualquer lei editada pelo Poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública.** Precedentes do STF. (AI 2515336, Ministro Relator: Celso de Mello, data de julgamento 25.10.99)

Ressalto a lição do eminente Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. (P. 252. Livro INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.)

Quanto à incidência da norma jurídica e sua vigência, afirma Marcos Bernardes de Mello:

A norma jurídica somente pode incidir após entrar em vigência. Não é possível pretender-se incidente norma jurídica antes de vigente, mesmo que já exista, porque a incidência é *posterius* em relação à vigência. É possível haver, nos sistemas de direito escrito, especialmente, norma jurídica que tenha sido editada por quem tenha o poder de *revelar* o direito, mas, para entrar em vigor em certo dia, muito depois de sua publicação. Durante o *vacatio legis* (= lapso que medeia entre a publicação da norma jurídica e o início da sua vigência). mesmo que se concretizem os fatos previstos em seu suporte fático hipotético, ela não incidirá, motivo pelo qual não pode ser aplicada. (TEORIA DO FATO JURÍDICO: plano da existência. Autor: MARCOS BERNARDES DE MELLO. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.P. 115.)

Assim, reconhecido a natureza civil da improbidade administrativa não vislumbro forma de aplicar a irretroatividade das suas alterações de forma parcial. A irretroatividade deve ser total.

Quanto ao exame do caso concreto aqui em julgamento, acompanho V. Excelência quanto ao provimento, ante o entendimento da Corte da prescribibilidade do ressarcimento por atos de improbidade culposa – como se verifica ante a condenação por atuação negligente da recorrente.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Pelo que entendi, Ministro Fachin, a diferença seria na questão que trato como ultra-atividade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sim.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Não trato como retroatividade da lei porque os atos jurídicos seriam perfeitos. Faço essa diferença, principalmente, pela possibilidade de aproveitamento da prova produzida, inclusive na esfera penal, da prova emprestada, no caso de improbidade.

Vou pegar o exemplo concreto para entender exatamente a divergência de Vossa Excelência com o meu posicionamento. Se alguém estava sendo processado um dia antes de a lei entrar em vigor por ato de improbidade culposo, hoje o juiz poderia condená-lo por ato de improbidade culposo, apesar da revogação da lei?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - O que estou propondo é precisamente essa dissonância, porque Vossa Excelência, na sua tese, se me permite o aparte, diz que: "(...) 3) Aplicam-se os princípios da não ultra-atividade e tempus regit actum aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado (...)" Portanto, o que Vossa Excelência sustenta é que a nova lei, ainda que com nome de ultra-atividade, tenha incidência nos feitos em curso. É disso que estou a divergir.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Essa é a diferença. Entendo que, na hora em que o juiz hoje analisa e vai aplicar a sanção condenatória, ele não tem mais a lei que prevê... O fato é atípico, por isso, falo na não ultra-atividade. Então, essa é a divergência?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Essa é a divergência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Fachin, se Vossa Excelência me permitir contribuir para essa temática, o que me pareceu, no momento em que o Ministro Alexandre extinguiu o processo, é que se chegou à conclusão de que não é uma ação penal, é uma ação civil.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - As condições da ação têm de perdurar até o final da sentença.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Exato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Quantas vezes se julga extinto o processo por superveniência na falta de interesse de agir? O que entendi do voto do Ministro Alexandre é que, tendo sido conjurado o elemento culpa da causa de pedir da ação de improbidade, surgiu, supervenientemente, uma impossibilidade jurídica do pedido. Não se pode mais condenar por culpa, porque não há mais improbidade por culpa. Vossa Excelência entende que, se à data da propositura da ação a culpa era passível de figurar como *causa petendi*, a lei não retroage e essa ação pendente pode gerar uma sentença condenatória por culpa. Essa é a diferença.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida, porque eu me coloco contra esse tipo de anistia aos atos de improbidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Essa é a diferença.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Boa tarde, Presidente, Ministra Cármen Lúcia, Senhores Ministros, ilustres Advogados que estiveram na tribuna.

A hipótese já foi suficientemente debatida, apesar da multiplicidade de posições a que o Tribunal chegou até agora, e, apenas resumindo, nós estamos diante de uma lei que alterou a sistemática da improbidade administrativa em muitos pontos. Dois deles estão sendo discutidos nesta ação; outros aspectos são debatidos em outras ações. Nesta ação, o primeiro deles é o fato de que a nova lei eliminou a possibilidade de condenação por improbidade apenas pela existência de culpa, portanto, restringe a ação de improbidade e a sua procedência às hipóteses de dolo. O segundo alterou os prazos de prescrição e previu uma hipótese específica de prescrição intercorrente. É disso que se trata aqui.

Apenas para fazer uma brevíssima reflexão, eu acho que esse caso e essa discussão colocam, em centralidade do debate, dois pontos importantes de se assinalar no Direito brasileiro: nós temos - infelizmente ainda temos - um problema grave no país, na administração pública, de corrupção, que eu diria estrutural e sistêmica, e esse é um problema que continuaremos a ter de enfrentar. Houve um arrefecimento, mas o problema não desapareceu.

Por outro lado, nós temos - foi lembrado da tribuna e é um fato - o chamado “apagão das canetas”, o administrador que tem medo de resolver o que precisa decidir pelo temor das sucessivas camadas de fiscalização, que, por vezes, exacerbam a responsabilização do administrador.

Lembro-me, quando presidia o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) - até muito recentemente presidido por Vossa Excelência com grande brilho e competência, e eu o cumprimento, aqui, por essa trajetória, agora assumida pelo Ministro Alexandre de Moraes, a quem igualmente cumprimento, aliás, a posse de Sua Excelência, ontem, foi um momento institucionalmente memorável -, de ter recebido do então Presidente do Tribunal de Contas, o Ministro José Múcio, um relatório, no qual sete mil pessoas eram inelegíveis, a maior parte em âmbito municipal, por problemas de prestação de contas. E boa parte desses problemas, me disse ele, não são casos nem de improbidade, nem de corrupção; são casos de dificuldades ou de limitações cognitivas para fazer a coisa certa, e o sujeito não acerta a prestação de contas e, muitas vezes, acaba sendo condenado, às vezes até por improbidade, quando, no fundo, é uma incapacidade de compreender a legislação e de fazer a coisa certa nos seis mil municípios brasileiros com nível de escolaridade diferente.

Precisamos achar - e não é fácil - um delicado ponto de equilíbrio entre o enfrentamento à corrupção sem atemorizar o administrador competente que, pelas dúvidas, não faz o que tem que fazer, ou não compra o que tem que comprar para não ter a chateação. Acho que esse é um ponto muito importante para nós destacarmos. Somos um país em busca desse equilíbrio que ainda

não encontramos: enfrentar a corrupção, que é um problema dramático, mas não imobilizar os administradores que passam a ter medo. As camadas de fiscalização se multiplicam também, e precisamos levar isso em conta.

Feitas essas observações, também gostaria de dizer que, por essas razões que acabo de aduzir, não acho que haja inconstitucionalidade em só haver condenação por improbidade em caso de dolo. Portanto, a culpa, sobretudo a culpa proveniente da insciência da coisa certa, é preciso que nós a superemos não com a repressão, mas com a melhor capacitação dos administradores públicos ao longo do tempo. Ouvi muitas críticas à legislação, mas eu não tenho um problema de constitucionalidade, pelo menos com o fato de o elemento subjetivo dolo passar a ser exigido em todas as três hipóteses de improbidade que a legislação prevê.

De modo que concordo com 95% da posição do Ministro Alexandre, salvo o aspecto que foi destacado pelo Ministro Edson Fachin, a quem vou acompanhar no particular. Então gostaria de dizer, desde logo, que, no tocante à prescrição e à não retroatividade da prescrição, estou acompanhando integralmente a posição do Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, pelas razões óbvias que já foram aduzidas aqui.

Prescrição significa inércia, significa o não exercício de uma pretensão pelo prazo previsto em lei. E evidentemente, não pode retroagir nem para a prescrição intercorrente, nem para a prescrição em caráter geral. De modo que estou acompanhando a posição do Ministro Alexandre nesse particular.

A minha divergência é uma divergência menor, mas penso que de alguma importância. É a questão da retroatividade - e a intensidade da retroatividade - e da ultra-atividade. Aqui temos um problema terminológico que vou procurar conciliar. Quer dizer, a retroatividade significa uma lei nova se aplicar a situações pretéritas. A ultra-atividade significa uma lei antiga, revogada, se aplicar a situações presentes residualmente. Esses são os conceitos em discussão aqui. Assim, o ponto de divergência menor diz respeito à intensidade da retroatividade.

O Ministro Nunes Marques abordou esse assunto analiticamente no seu voto. Eu vou pedir todas as vênias a Sua Excelência para discordar nesse ponto.

A Constituição Federal brasileira, no art. 5º - capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais -, prevê o seguinte, no inciso XL: “XL - a Lei Penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

A grande regra em Direito é que as leis só se aplicam prospectivamente. As leis se aplicam do momento em que entram em vigor para frente. Por via de consequência, a aplicação retroativa de uma lei é a exceção. A única exceção prevista constitucionalmente é essa que acabo de ler: uma lei nova deve retroagir para beneficiar o réu, o sujeito passivo de uma ação penal. Essa é a regra constitucional. É bem verdade que, em muitas situações, analogicamente, se aplica a retroatividade benéfica aos casos do chamado Direito Administrativo sancionador, ou seja, às situações que não são de natureza penal, são de natureza administrativa, mas que envolvem a aplicação e a incidência

de penas. E eu acho que, em muitas situações da vida, não é irrazoável, e em algumas é até desejável, a retroação benéfica em caso de Direito Administrativo sancionador.

Nesse caso específico, no entanto, não havendo um mandamento constitucional, eu acho que não é o caso de se dar a retroatividade benéfica plena. E passo aqui a explicar a razão brevemente: na legislação anterior, punia-se a improbidade fosse por culpa, fosse por dolo - por culpa em alguns casos, por dolo em outros casos.

Acontecia que, muitas vezes, os inquéritos civis e a propositura das ações não distinguiam entre dolo ou culpa pelo simples fato de que isso não fazia diferença, porque você poderia condenar por dolo ou por culpa. Portanto, a apuração não cuidava de distinguir, e a ação ajuizada também não imputava nem dolo nem culpa, imputava apenas a improbidade.

E nós, no TSE, em muitas hipóteses, tínhamos que dizer se tinha havido dolo ou culpa, porque a legislação funciona assim: no caso de condenação e improbidade transitada em julgado, o condenado perde os direitos políticos e, conseqüentemente, fica inelegível. Portanto, não faria nenhuma diferença se era dolo ou culpa. Mas, antes do trânsito em julgado, quando era condenação apenas em segundo grau, o TSE tinha - e tem - uma jurisprudência, com base na Lei da Ficha Limpa, no sentido de que só fica inelegível se tiver havido dolo. E em muitos casos que chegavam no TSE, a decisão condenatória não dizia se havia dolo ou culpa e, portanto, nós tínhamos que estudar o caso para dizer se era dolo e, conseqüentemente, estava inelegível, ou se era culpa e, conseqüentemente, podia ser registrada a candidatura.

Desse modo, a razão pela qual eu estou votando pela não retroatividade é que, nos casos pretéritos, em muitas situações, não se fazia essa distinção. De modo que penso que se deve seguir, no caso específico, não a retroatividade benéfica, mas o *tempus regit actum*. Eu nem acho que seja propriamente uma ultra-atividade - embora se alguém preferir pode chamar assim -, eu acho que é *tempus regit actum*: este fato vai ser julgado à luz da lei vigente naquele momento, porque pela lei vigente naquele momento os juízes, com muita frequência, não distinguiam o dolo ou a culpa. Imagino que possa continuar não sendo assim propriamente uma anistia geral, como observou o Ministro Edson Fachin.

Do ponto de vista prático, e levando em conta o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que, na sua conclusão relativa a esse tópico diz que a norma benéfica é irretroativa - e ele pontua as situações em que ele considera irretroativa, que são do ato jurídico perfeito e da coisa julgada -, a minha posição é que não retroage em nenhuma hipótese, que é a posição que foi defendida pelo Ministro Fachin. O que significa que eu estou acompanhando o Ministro Alexandre de Moraes em todas as quatro proposições que ele formulou como tese de julgamento, salvo numa das teses, que já vou dizer qual é. Eu paro a frase antes da cláusula final que ele acrescentou. Dessa forma, estou acompanhando no:

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;”

Estou de pleno acordo, não considero inconstitucional a inovação trazida pela lei. A outra conclusão do Ministro Alexandre:

“3) Aplicam-se os princípios da não ultra-atividade e *tempus regit actum* aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa (...)”

E Sua Excelência diz que o novo regime prescricional não retroage. A minha divergência recai no item 2, em que Sua Excelência diz:

“2) A norma benéfica da Lei nº 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA,” - prossegue Sua Excelência, mas eu não endosso - “em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal,” - que é o ato jurídico perfeito e a coisa julgada - “não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;”

Pedindo vênia ao Ministro Alexandre por essa divergência pontual, entendo que a lei simplesmente não retroage; ela se aplica, tanto no caso da culpa quanto no caso da prescrição, daqui para frente. Considero-a válida, considero-a constitucional, mas sem dar efeitos retroativos.

Porém, tal como o Relator, tal como o Ministro Fachin e outros que o acompanharam, aqui entendo que ocorreu a prescrição e, por isso, estou dando provimento ao recurso extraordinário. Acho que, até aqui, todos estamos de acordo no desfecho do caso concreto - dar provimento ao recurso -, acho que até aqui como unanimidade.

A única divergência, minha, em relação ao Relator, acompanhando o Ministro Fachin, é que eu não dou retroatividade a nenhuma situação criada pela lei nova seja na questão que envolve culpa, seja na questão que envolve a prescrição. É como [ininteligível].

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Só para nós nos entendermos aqui: Vossa Excelência entende que a lei é irretroativa, então, aquelas ações que foram propostas consoante os incisos IX, X e XI da lei anterior continuam sendo regidas por aquela lei e serão julgadas de acordo com aquela lei, com seus prazos de prescrição e com as suas tipificações?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - É essa a diferença?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - O Ministro Alexandre entendeu que realmente não se poderia surpreender retroativamente o Estado, que não poderia imaginar que se excluiria a culpa, mas, tendo em vista o surgimento dessa lei nova, que exclui a culpa, não há possibilidade, então, nos processos pendentes, de se condenar por um ato que não é mais tipificado na Lei de Improbidade. É isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Ministro Alexandre abre exceção para coisa julgada já formada.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, vai ser a última vez que me manifestarei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Não, pode se manifestar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Eu faço questão de separar porque não é - e isso dá diferença juridicamente - retroatividade parcial que eu estou votando. A lei é irretroativa. O que ocorre é que não há ultra-atividade da lei revogada. Só existe uma hipótese, no campo sancionatório, de ultra-atividade de uma lei revogada, que é o art. 3º do Código Penal, que não trata de retroatividade ou não, trata de ultra-atividade, como é o caso que estamos julgando, a meu ver.

O que diz o art. 3º do Código Penal?

“Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.”

A regra de qualquer direito sancionatório é: a lei só se aplica ao fato praticado durante a sua vigência se a lei não for revogada, porque ela não tem ultra-atividade. Excepcionalmente (aqui diz o Código), a lei excepcional ou temporária, mesmo revogada, então não existe mais o tipo penal, mas era uma lei excepcional, isso ocorre no caso do Código Penal Militar, por exemplo, tem hipóteses. Não existe mais a lei, mas aqui, sim, é uma exceção.

Nesse caso, a minha dificuldade é exatamente esta, a hora que o juiz chegar para condenar e vai condenar com base numa lei revogada, sem a previsão de ultra-atividade.

Mas eu acho que ficou bem pontuado aqui a única divergência entre mim, o Ministro Fachin e o Ministro Luís Roberto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A diferença pontuada pelo Ministro Alexandre é porque os princípios que ele acaba de anunciar, com os quais eu estou de acordo, aplicam-se indubitavelmente ao Direito Penal. No Direito Penal é assim. Mas a improbidade é tratada como uma questão cível. Portanto, nós estamos no plano do Direito Administrativo sancionador - Administrativo, não Penal. Eu reconheço que existem analogias legítimas entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal. Mas a retroatividade benéfica só é imposta pela Constituição em matéria penal. Em matéria administrativa, não decorre da Constituição.

Em outros contextos, eu não teria dúvida de aplicar a retroatividade benéfica. A razão pela qual optei por não aplicar neste caso é porque, como as decisões anteriores muitas vezes não faziam essa distinção, a gente cria uma situação em que se estaria cobrando, das decisões ou das investigações que tenham sido feitas, que tivessem atuado, no passado, de acordo com a lei futura, o que eu acho que seria uma imposição irrazoável.

Essa é a razão.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, Senhoras e Senhores Advogadas e Advogados, Servidoras e Servidores e Imprensa. Cumprimento também os eminentes Ministros **Alexandre de Moraes** e **Ricardo Lewandowski** pela magnífica cerimônia e pela merecida posse tão concorrida e prestigiada no dia de ontem, na qual também estive presente - merecidas homenagens e belíssimas orações.

Senhor Ministro, eu faço primeiro um breve resumo do tema, e, evidentemente, diante dos debates aqui realizados e agora com os esclarecimentos do eminente Relator, eu omito a leitura do texto. Faço, em meu voto por escrito, de cuja íntegra farei a juntada posteriormente, um esboço histórico e conceitual do tema probidade administrativa.

Analiso aqui as alterações da Lei nº 14.230, de 2021, e aqui as estamos a debater, a partir do voto do Relator, em razão da amplitude da repercussão geral, que vai além do caso individual colocado aqui em julgamento. Isso nós já debatemos, e já faz parte do instituto da repercussão geral sua amplitude.

Nós temos aqui que a lei aboliu a improbidade culposa. E é nesse ponto que há uma divergência dos Ministros **Fachin** e **Barroso** em relação à extra-atividade, que é a expressão que Sua Excelência o Ministro **Alexandre** utiliza. Ou seja, se ela foi culposa, e ainda não há trânsito em julgado, não tem como o Judiciário sancioná-la, porque foi revogada. Sua Excelência, no entanto, para aqueles em que já houve o trânsito em julgado, entende que está sancionado o ato, e não há a retroatividade. Então, Sua Excelência vota exatamente pela irretroatividade da nova lei.

O Ministro **André Mendonça**, por sua vez, entendeu pela possibilidade de uma ação rescisória nos casos de já haver coisa julgada.

Ministro **Nunes Marques** (se me permite, só para clarear um pouco), pelo que eu entendi, Vossa Excelência dá um caráter penal à norma e, portanto, aplica... O voto de Vossa Excelência é um pouco mais amplo do que o voto do Ministro **André Mendonça**. Seria isso? Só para esclarecimento?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - O voto do eminente Relator se limita apenas a esse reconhecimento do dolo, mais próximo de uma aplicação imediata, que Sua Excelência denominou de não ultraatividade, pelo que vi, e nega a retroatividade tanto da prescrição geral quanto da intercorrente.

O Ministro André o acompanhou em relação ao dolo, mas, por outros fundamentos, admitindo a retroatividade. Eu também acompanhei o Relator, mas pelos fundamentos do Ministro

André Mendonça, pela irretroatividade. Em relação à prescrição geral intercorrente, eu admito a retroatividade, mas Sua Excelência o Ministro André Mendonça diverge na prescrição geral da forma como colocou, fazendo aquele esclarecimento do recálculo para três anos após o advento da nova norma.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas Vossa Excelência então...

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - Retroatividade...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Retroatividade total.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Se me permite? Só para colaborar. O Ministro Nunes Marques, com relação a essa questão da ação rescisória, como ele não tratou o tema sob o ângulo penal, o que o Ministro Nunes Marques afirmou é que o Código de Processo não traz, como causa de ação rescisória, portanto, não reabre o *iudicium rescindens*, o subsurgimento da nova lei. Não foi isso que Vossa Excelência falou?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - Foi uma outra divergência que fiz pontual do Ministro André Mendonça.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Essa foi a divergência.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - Mas eu acompanho o Relator quanto à questão do dolo, por fundamento diverso, ou seja, foi um fundamento trazido pelo Ministro André. E, quanto às prescrições, eu votei divergindo do Relator, pela retroatividade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois bem, compreendido, Senhor Presidente. Só para ter aqui em mente se o meu posicionamento vai ser concorrente com algum voto já anteriormente proferido, haja vista que o voto que eu trago por escrito foi evidentemente realizado antes da sessão de hoje, e, portanto, precisava dos esclarecimentos dos eminentes colegas. Muito obrigado pela atenção.

Senhor Presidente, eu aqui entendo que a questão da probidade administrativa está no âmbito do direito público, evidentemente. A própria legislação atual alterou a lei de defesa da probidade - eu não gosto de falar "lei da improbidade", porque fica uma assertiva a favor do incorreto, do ilegal, do ilícito: é a lei de defesa da probidade administrativa, que sanciona a improbidade administrativa. Eu não chamo de LIA, Lei da Improbidade Administrativa; para mim, é a lei de defesa da probidade.

Pois bem, a alteração ocorrida em 2021 deixou claro, e foi citado agora há pouco no voto do próprio Ministro **Nunes Marques**, exatamente que ela separa quais são os atos que são objeto de eventuais ações civis públicas. Aí sim, na ação civil pública, vai-se ter um âmbito próximo ao do direito civil administrativo. Mas o caráter sancionatório, com penas similares às de condenação

criminal, inclusive com perda de emprego público e de mandato, evidentemente que, sendo direito público, está próximo exatamente do processo administrativo sancionatório, com duras sanções similares às que ocorrem no sistema penal. E, no sistema penal, que é aquele que protege os principais bens jurídicos, a **abolitio criminis** retroage. Eu não tenho como imaginar que aqui, num sistema de direito público sancionatório, com as mesmas sanções do ponto de vista político-administrativo, que são a perda de emprego e perda de cargo público, não há paralelo com a **abolitio criminis** do Direito Penal. Senão, teríamos a seguinte situação: por um mesmo fato, que depois deixa de ser crime e deixa de ser improbidade, a pessoa já estaria condenada com trânsito em julgado. No criminal, o juízo da execução, por um único despacho, declarará a **abolitio criminis** e absolverá o condenado.

Já na ação de improbidade, isso não poderia ser feito. O condenado continuaria com a perda, por exemplo, de um cargo público, ou com a impossibilidade, num período, de se candidatar, de contratar com o Poder Público, que são sanções estabelecidas para vários tipos penais e tipos de improbidade administrativa.

Por isso, Senhor Presidente, eu, em meu voto, faço essa distinção, a partir do **locus** que entendo e da natureza jurídica da Lei de Proibição Administrativa, que é uma lei evidentemente de direito público sancionatório, sendo sancionatório com aspecto, sem dúvida nenhuma, de natureza penal, dada a similaridade a que eu me referi.

Não farei a leitura completa do voto, diante do horário e da solenidade que temos, muito bem organizada por Vossa Excelência e sua equipe em homenagem ao Ministro **Teori Zavascki**, saudoso amigo e excepcional magistrado e pessoa humana. Mas não posso me furtar de fazer algumas citações que trago, até também em homenagem àquele que foi talvez um dos melhores amigos de **Teori** aqui em Brasília, o Ministro **Mauro Campbell**, do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Senhor Presidente, senhoras Ministras, senhores Ministros, procurarei ser breve e objetivo diante dos substanciosos votos apresentados até o presente momento.

Com efeito, nesta repercussão geral, discute-se, em síntese, se as normas inseridas na Lei de Proibição Administrativa devem retroagir para beneficiar aqueles que tenham cometido atos de improbidade na modalidade culposa, bem como quanto aos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Assim, no presente recurso extraordinário com agravo interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, debate-se o Tema nº 1.199 da Repercussão Geral, assim enunciado:

“Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.”

Tal como referido pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, Relator do feito, aceitando-se a premissa de que tais normas são mais benéficas ao réu, se comparadas com as da Lei nº 8.429/92, deve-se definir se as regras da Lei nº 14.230/21 atinentes ao dolo e à prescrição incidem quanto a fatos e a ações a ela anteriores.

Ao final de seu percuciente voto, o Ministro Relator sugeriu a adoção da seguinte tese, subdividida em quatro tópicos:

- “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA a presença do elemento subjetivo do tipo DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) Aplicam-se os princípios da não extra-atividade e tempus regit actum aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei 14.230/2021;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.”

Feito esse brevíssimo registro, inicio meu voto tecendo algumas considerações acerca do instituto da probidade administrativa para melhor identificarmos sua essência.

A palavra “probidade”, que provém do vocábulo latino **probitas**, significa retidão, honestidade, pudor, honradez. Seu antônimo, improbidade, significa a inobservância desses valores. Em latim, **improbate** ou **improbitas** significa desonestidade, falsidade, imoralidade, deslealdade, corrupção.

Ímprobo é aquele que não procede bem ou procede com malícia. E, como alerta José dos Santos Carvalho Filho,

“[n]ão há propriamente graus de improbidade; a avaliação desta é feita mais em razão dos efeitos que produz. Contudo, é indiscutível a gravidade da improbidade administrativa: de uma lado, atinge a sociedade, cujos interesses são geridos pela Administração, de outro, sua execução é imputada, na maioria das vezes, ao próprio administrador público (...). Pelos reflexos danosos que provoca na Administração Pública, a improbidade administrativa é regulada por um microsistema normativo no qual também se inclui a Constituição, a esta somada legislação específica disciplinadora” (**Improbidade administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 98).

Sob o aspecto histórico, o ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se em reprimir condutas ímprobas desde o ano de 1941, por meio do DL nº 3.240/41, o qual sujeitava a sequestro os bens de pessoas indicadas por crimes de que resultassem prejuízos para a Fazenda Pública.

O tema ganhou fisionomia constitucional em 1946, quando a Constituição de então tratou de proteger a moralidade administrativa em seu art. 141, § 31, 2ª parte, que dispunha o seguinte:

“A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica.”

No âmbito infraconstitucional, ainda que de forma tímida, alguns diplomas legais trataram a matéria. A Lei Pitombo Godói Ilha (Lei nº 3.164/57), em seu art. 1º, especificou que

“[s]ão sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido”.

Em 1958, a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), em seu art. 1º, veio a tratar de forma similar que

“o servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito, ficará sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores”.

Avançando para a Constituição Federal de 1988, registre-se, desde logo, que nela estão previstas sanções severas – contudo, necessárias – àqueles que tenham violado esse bem jurídico, consoante dispõe o art. 37, § 4º, da nossa Carta Magna, **in verbis**:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Nesse panorama, insere-se a Lei nº 8.429/92, a qual versa sobre a improbidade administrativa, e que foi recentemente modificada pela Lei nº 14.230/21.

Entre as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, duas ganham relevo, em razão do recorte proposto pelo Ministro **Alexandre de Moraes** diante do caso concreto, para fins de se fixar uma tese em sede de repercussão geral.

A primeira diz respeito aos efeitos da abolição, por parte do legislador, de atos de improbidade administrativa culposos, não havendo dúvida, a meu ver, quanto à aplicação desse enunciado aos processos futuros e para aqueles ainda em curso, residindo a causa da querela em sua aplicação aos processos de execução das penas e a seus incidentes.

A segunda questão, também de direito intertemporal, refere-se à aplicação dos novos prazos da prescrição da pretensão sancionatória geral e da prescrição intercorrente.

Assim, na prática, esta Suprema Corte tem, fundamentalmente, a tarefa de definir se as normas referidas acima, inseridas na Lei nº 14.230/21, devem retroagir e, em caso afirmativo, quais seriam as balizas legais a serem observadas.

Nesse sentido, penso que o primeiro passo para a resolução do problema seria definir a natureza jurídica das normas em questão, para, em seguida, aplicar as regras de direito intertemporal cristalizadas em nosso ordenamento jurídico.

Como é de conhecimento geral, a definição da natureza jurídica do instituto a ser estudado pelo operador do direito é de vital importância para a aplicação da lei, constituindo-se o primeiro passo do processo interpretativo.

Dessa maneira, assento, inicialmente, que a Lei de Proibição Administrativa, na forma originária e após a sua recente alteração, segue nitidamente o regime jurídico de direito público, uma vez que as relações jurídicas de que trata envolvem, necessariamente, a presença do Estado em um dos polos da relação.

Tal fato pode ser objetivamente constatado a partir do exame da competência dos tribunais para apreciar as demandas oriundas da aplicação das normas da Lei de Proibição Administrativa.

Na justiça estadual, são competentes as varas da fazenda pública, o que também ocorre nos tribunais regionais federais, que contam com varas especializadas nos grandes centros do país para processar ações de improbidade que envolvam a União, suas autarquias e assim por diante.

Pois bem, dentro da seara do direito público, ajustando-se o foco para o regime de responsabilização por atos de improbidade administrativa, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter sancionador desse microssistema no julgamento da Pet nº 3.240/DF, ocasião em que o querido e saudoso Ministro **Teori Zavascki** asseverou o seguinte: “embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies”.

De fato, penso que o direito penal e o direito administrativo sancionador, que ganha contornos nítidos na Lei de Proibidade Administrativa, se correlacionam por ambos exteriorizarem a manifestação penalizadora do Estado, subtraindo do cidadão direitos públicos individuais.

Assentada essa premissa, que me parece fundamental, afastado, desde logo, toda construção jurídica que remeta às normas de direito privado, as quais, como sabemos, permanecem em vigor - mesmo após a alteração da lei de regência - para regular as relações jurídicas travadas entre particulares, o que, repita-se, não ocorre com a Lei de Proibidade Administrativa.

De fato, a regra hermenêutica que preside as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e o cidadão é a de aplicação da norma mais benéfica ao particular, sobretudo quando se ampliam direitos de um lado e se reduz o poder punitivo estatal de outro.

Como bem ponderado pelo Ministro Mauro Campbell em brilhante manifestação que vou reproduzir na íntegra mais adiante, é regra de boa hermenêutica que a aplicação das normas de direito civil só poderia se dar no caso concreto se nele houvesse a mesma **ratio iuris**, mas não há. Repisando o que sustentei antes: o objetivo da LAP, da LACP e da LIA e também a gravidade das sanções impostas em razão dos atos de improbidade administrativa não autorizam a sistematização desse microssistema com a lógica do direito civil.

Nesse diapasão, devemos nos valer novamente dos ensinamentos deixados pelo Ministro **Teori Zavascki**, segundo os quais

“o ponto de referência não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade, (...) trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 107).

Já da perspectiva dos problemas de direito intertemporal, cumpre recordar que tais questões se regem por três hipóteses de eficácia das normas, segundo as antigas (e sempre atuais) lições de Paul Roubier (**Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)**). 2. ed. Paris: Dalloz, 1960. p. 9 et seq.):

- “a) imediatidade: cada norma deve estabelecer todas as consequências decorrentes de pressupostos que ocorrerem durante sua vigência, o que abrange até mesmo aqueles que se completarem no desenvolvimento de fatos ou situações jurídicas advindas de tempo anterior;
- b) retroatividade: é possível que a norma em vigor seja aplicável, ainda, a pressupostos completados anteriormente, o que implica a modificação de consequências jurídicas que a norma revogada já havia atribuído;
- c) pós-atividade ou ultra-atividade: é possível que a norma revogada permaneça aplicável a pressupostos que venham a se completar depois de sua substituição por uma nova norma.”

Estabelecidas essas balizas para avançar especificamente sobre os atos de improbidade em geral, e não apenas aos culposos, penso que se deve aplicar a retroatividade da lei mais benéfica à espécie, não apenas em razão do fato de a relação jurídica subjacente ser de direito público, mas também por exteriorizar a manifestação penalizadora do Estado, subtraindo da esfera jurídica do cidadão direitos públicos individuais.

Inicialmente, deve-se ressaltar que são evidentes as semelhanças entre os tipos penais em geral e aqueles atos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, condutas que foram ainda mais individualizadas pelo implemento da Lei nº 14.230/21.

Não foi por outro motivo que o Ministro **André Mendonça** deixou consignado em seu magnífico voto o seguinte:

“51. À toda evidência, as inovações legais objetivaram romper com a normatização anteriormente estabelecida em relação ao elemento subjetivo necessário à caracterização do ato ímprobo. O que resta é examinar, à luz das balizas estabelecidas linhas atrás, notadamente quanto à necessidade de se atentar para a identificação de eventual peculiaridade distintiva entre a caracterização do elemento anímico conformador da conduta ímproba e aquele tipificador do ilícito penal, se a inovação em espeque deve ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição considerando a necessidade de aplicação, com eventual adaptação, dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador.

52. Antecipo, desde logo, que, a meu sentir, a resposta deve ser afirmativa, ou seja, pela aplicação retroativa dos novos contornos conformadores do elemento anímico que a Lei 14.230/2021 passou a exigir para caracterização do ato ímprobo.

53. Isso porque, promovendo o aludido cotejo entre as peculiaridades do direito administrativo sancionador, de um lado, e os conceitos de culpa e dolo segundo o direito penal, de outro, não vislumbro traço distintivo suficiente para afastar a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica à espécie.

54. A ideia de distinção, de certa forma antagônica, entre a culpa e o dolo como elementos anímicos exigíveis para imputação de uma consequência jurídica pelo cometimento de um ato ilícito é uníssona em todo o sistema de responsabilidade jurídica de cunho subjetivo.

55. Não apenas no universo do direito administrativo sancionador e do direito penal, mas na teoria da responsabilidade subjetiva de forma geral seja ela civil, administrativa ou penal, a culpa caracteriza-se, em linhas gerais, pela conduta praticada de forma consciente, contudo, eivada pela negligência, imprudência ou imperícia. Por sua vez a noção dolo exige, para além da consciência, a vontade livre e desembaraçada de se atingir o resultado contrário à prescrição normativa.

56. Não olvidando as gradações que particularizam um elemento anímico e outro em cada ramo do direito, como, v.g. as noções de culpa grave, culpa consciente, dolo eventual, dolo direto, trata-se de conceitos distintos não se admitindo em qualquer seara o conglobamento de um pelo outro, como defende a PGR, sendo o dolo invariavelmente digno de maior nível de reprovação jurídica em relação à culpa.

57. E, não apenas no âmbito do direito penal, mas na seara do direito punitivo como um todo, diante do seu menor grau de reprovabilidade, o comportamento culposo é punido apenas de modo excepcional, quando expressamente previsto pela legislação sancionadora. Ainda em razão dessa apontada excepcionalidade, não raras vezes, mesmo quando expressamente prevista em lei, a modalidade de responsabilização culposa tem sua constitucionalidade posta em xeque, a depender da relevância do bem jurídico tutelado e do ramo do direito punitivo incumbido da respectiva tutela.

58. Portanto, ao analisar as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 a partir de tal conjuntura, considerando, de um lado, a manifesta intenção do Poder Legislativo, enquanto conformador do **jus puniendi** estatal em não mais tipificar como ato de improbidade administrativa a conduta praticada na modalidade culposa; e, de outro lado, o traço comum de excepcional responsabilização pela prática de ato culposo no âmbito do sistema punitivo estatal, de modo geral; não vislumbro como afastar, por unidade sistêmica, a incidência do princípio da retroatividade da norma ulterior mais benéfica à situação jurídica em análise.

59. Não mais havendo intenção do Estado em reprimir pelo sistema de combate à improbidade administrativa condutas culposas, esvazia-se por completo a teleologia da norma anterior. Esvaziamento este que, associado à aludida excepcionalidade dessa categoria de ilícito no sistema punitivo em geral, ensejaria, pela insistência na continuidade de aplicação da regra anterior, situação de inequívoca violação ao princípio constitucional da isonomia.”

A corroborar essa linha de raciocínio tão bem desenvolvida pelo Ministro **André Mendonça** relativa ao ângulo das consequências previstas em razão da prática de atos de improbidade administrativa, que muito superam as consequências civis dos atos ilícitos em geral, Fernando Gaspar Neisser, em tese sobre a imputação subjetiva da improbidade administrativa, esclareceu o seguinte:

“(…) a gravidade das sanções previstas no art. 12 da referida lei escapa em muito às costumeiras previstas para ilícitos em geral. Ao tradicional ressarcimento do dano, tida pela doutrina e jurisprudência como mera recomposição do **status quo ante**, somam-se a perda de cargo, função ou mandato; a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais e creditícios; multas que atingem muitas vezes o valor do dano apurado e, a mais grave; suspensão de direitos políticos por prazos que chegam a oito anos” (**Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. p. 28).

Talvez por esse motivo o art. 17-D da Lei nº 14.230/21 tenha deixado expresso que o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos – inclusive políticos, entes públicos e governamentais – por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho

de 1985, sepultando definitivamente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa seria espécie do gênero ação civil pública e divisando compartimentos estanques entre o direito público e o direito privado.

Note-se, a propósito desse entendimento, que a nova lei não alterou o título do Capítulo III da Lei nº 8.429/91, mantendo-se intacta a referência às penas, as quais são aplicadas em decorrência da prática de condutas previamente tipificadas, não havendo dúvida da sua antijuridicidade e da culpabilidade, que persiste agora apenas na modalidade dolosa.

Mais: a nova lei deixou expressamente consignado, no art. 1º, § 4º, o seguinte: aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

A respeito do tema, são preciosas as reflexões expostas pelo Ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 765.212/AC:

“Há uma realidade inegável no ordenamento jurídico brasileiro, por cima da qual não podemos passar: existe um microsistema de proteção à moralidade administrativa, iniciado já antes da promulgação da Constituição da República de 1988 e por ela perpetuado e reforçado.

Esse microsistema é formado basicamente pelas Leis n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular - LAP), 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública - LACP), pela Constituição da República de 1988 (CR/88) e 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA).

Esse microsistema normativo traz sanções de especial gravidade para os agentes públicos que eventualmente incidirem nas condutas tipificadas em suas prescrições. Em razão dessa peculiaridade, penso que há uma aproximação inegável deste conjunto de normas com o Direito Penal, formando o que se denomina usualmente de direito administrativo sancionador.

(...)

É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório.

(..)

Há mais: esses princípios acauteladores de direitos fundamentais são, eles próprios, garantias fundamentais e, assim, tornam-se aplicáveis a todos os indivíduos, em qualquer esfera em que se encontrem (seja penal, seja cível, seja administrativa).”

A Primeira Turma desta Corte Superior já teve a oportunidade de se manifestar sobre tal aproximação entre direito penal e direito administrativo. Veja-se a ementa abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUCTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO. 1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito,

não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração. 2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido” (REsp 513.576/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 6/3/06).

Não é diferente a opinião de Mauro Roberto Gomes de Mattos, para quem

“o **caput** do art. 11 é bem amplo e perigoso, pois como norma punitiva que estipula graves sanções, com conotações penais, não se afigura como razoável deixar a cargo do subjetivismo do Poder Judiciário a aplicação da norma, sob pena do seu próprio esvaziamento” (Improbidade administrativa e atos judiciais. **Revista Fórum Administrativo n. 10**, 2002, p. 1.291).

O que se expôs até aqui não é meramente formal, como pode ter parecido no início deste tópico, quando se fez alusão à questão do sistema. Ao contrário, esse entendimento guarda fundamento na lógica da relevância dos bens protegidos pela ordem jurídica, os quais, como já exposto, são verdadeiros direitos fundamentais (entre eles os direitos políticos, por exemplo), passíveis de serem restringidos como forma de sanção por uma conduta ofensiva a outros valores importantes (legalidade, moralidade, imparcialidade etc.).

De acordo com essa linha de argumentação, um princípio norteador do direito penal que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do direito administrativo sancionador é o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa.

Na esteira dos ensinamentos de Luiz Regis Prado,

“[c]ostuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena. Neste último sentido, refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há delito ou pena sem dolo ou culpa - arts. 18 e 19, CP)” (**Curso de direito penal**, v. 1, 2008, p. 135).

Sobre o ponto, é importante citar o que sustenta Emerson Garcia (**Improbidade administrativa**, 2008, p. 266/267):

“No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a imputatio juris de um resultado danoso sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente. Ressalvados os casos

em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar ‘o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (malum passionis ob malum actionis).’”

Essa necessidade de tratamento unitário do direito punitivo e as consequências que daí advêm já seriam suficientes para rechaçar a tese segundo a qual a norma do art. 11 da Lei nº 8.429/92 traz hipótese de responsabilidade objetiva.

No entanto, creio que há uma linha teórica a mais, ainda não muito bem explorada doutrinária e jurisprudencialmente.

Note-se: quando se prestigia a inexigibilidade de elemento subjetivo (dolo ou culpa) para os casos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, há atração inarredável da lógica do direito civil para a situação.

Explico. É que, salvo raras exceções (tal como no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 – obrigação de indenizar e de reparar o dano do poluidor-pagador), somente no âmbito do direito civil há o reconhecimento da responsabilização objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CR/88 (para a esfera pública) e do art. 927, parágrafo único, do Código Civil vigente (para a esfera privada), entre tantos outros artigos.

Ocorre que o foco desse ramo do Direito não é a punição do ato ilícito, mas a indenização pelos danos dele advindos (seja a título patrimonial, moral ou estético) – inclusive, esse também é o foco do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. E, mesmo assim, a responsabilidade civil subjetiva (que exige dolo ou culpa) ainda é regra.

Ora, a sistemática indenizatória em nada se assemelha à sistemática punitiva do microsistema de proteção à moralidade administrativa. O ilícito civil é o de gradação mais branda entre os três tipos possíveis (penal, civil e administrativo).

É regra de boa hermenêutica que a aplicação das normas de direito civil só poderia se dar no caso concreto se nele houvesse a mesma **ratio iuris**, mas não há. Repisando o que sustentei antes: o objetivo da LAP, da LACP e da LIA e também a gravidade das sanções impostas em razão dos atos de improbidade administrativa não autorizam a sistematização desse microsistema com a lógica do direito civil.

Em relação a esse argumento em específico, poder-se-ia sustentar que o art. 11 da Lei nº 4.717/65 (LAP), por exemplo, impõe apenas a penalidade pecuniária, a qual não é tão grave e em muito se assemelha à indenização cível.

Não é possível, contudo, trabalharmos esse microsistema pensando nos casos de menor gravidade da sanção, porque, se assim for, não seremos capazes de universalizar uma decisão sobre o art. 11 da Lei nº 4.717/65 para as hipóteses de incidência do art. 11 da Lei nº 8.429/92 (do qual pode resultar perda de direitos políticos).

Todas essas evidências e razões tão bem explicitadas pelo Ministro **Mauro Campbell** levam à conclusão de que o direito penal e o direito administrativo sancionador se correlacionam por ambos exteriorizarem a manifestação penalizadora do Estado, subtraindo do cidadão direitos públicos individuais.

Se é assim, penso que, na hipótese dos autos, deve-se aplicar a retroatividade benigna, porquanto as penas – como estabelece a própria lei – aplicadas ao sujeito ativo da improbidade administrativa são gravíssimas, importando, entre outras consequências, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, o que as afastam definitivamente da seara civil.

Sobre o ponto, ganha relevância a transcrição literal das lições de Fábio Medina Osório:

“O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. Essa caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas conseqüências, e, paradoxalmente, parcela das situações que lhe servem de premissa são extremamente problemáticas.

A mais importante e fundamental conseqüência da suposta unidade do *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo as garantias individuais. (...)

Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos.

Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais.

Pode haver, claro, tendências, em termos de política do Direito Punitivo. Isto não significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, onde se torna possível discriminar situações obrigatórias tipificação penal, ou, ao revés, de tipificação penal interdita” (Fábio Medina Osório. Direito administrativo sancionador, 2005. p. 120).

Diante desse cenário, ao lado do princípio da retroatividade benigna, exige-se do hermeneuta a aplicação de técnica de interpretação restritiva, jamais ampliativa na seara do direito sancionador.

E não é apenas o ato administrativo sancionador, mas também o processo administrativo sancionador que deve respeito ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica e da aplicação restritiva, corolários do princípio da legalidade administrativa.

Mas não é só: há que se respeitar o princípio da reserva legal, previsto não só no art. 5º, inciso II, mas também no **caput** do art. 37 da Constituição Federal, o qual impede que a Administração Pública venha a se utilizar de uma norma que ela mesma reconheceu desnecessária para a proteção de seu interesse jurídico, não se mostrando adequado, portanto, manterem-se os efeitos de uma condenação cujo fundamento foi deliberadamente retirado do ordenamento jurídica pela própria Administração Pública, sob pena de se realizar a aplicação de penas graves, injustas e não isonômicas.

Penso que é precisamente esse o importante papel desta Corte Suprema: garantir que os critérios de integração dos dispositivos da Lei nº 8.429/92 e da Lei nº 14.230/21 estejam suficientemente delineados e de acordo com a Constituição Federal.

Nesse sentido, são relevantes os ensinamentos de Fábio Medina Osório em sua obra **Direito administrativo sancionador**: São Paulo, RT, p. 206:

“Os regulamentos, os atos administrativos costumam integrar o núcleo dessas proibições, de tal sorte que resulta comum falar-se em normas em branco no campo do Direito Administrativo Sancionador. Uma norma remete o intérprete a outras de categoria inferior, inclusive normas administrativas, atos administrativos, permitindo-se uma dinâmica própria e altamente veloz no interior do próprio sistema repressivo. Necessário, sem embargo, observar o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, de modo a não ser possível que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade.”

Talvez esse tenha sido um dos méritos da Lei nº 14.230/21 ao estabelecer de maneira mais objetiva as condutas consideradas ímprobas, excluindo de seu rol as culposas. Alguns sustentarão que a prova do elemento subjetivo é muito difícil de se produzir, ou praticamente impossível, dirão outros.

Entretanto, não há que se olvidar que jamais se deve presumir a má-fé, muito menos quando se está a tratar de atos praticados por agentes da Administração Pública, ou por quem esteja vinculado às finalidades públicas, em situações eleitas pela própria legislação infraconstitucional.

Conforme escólio de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na verdade, a idoneidade jurídica do ato administrativo - seja ele ato de gestão **jus gestionis**), de império (**jus imperii**), vinculado ou discricionário -, para que seja exigível, deve defluir da presunção, que ele tem, de verdade, salvo prova em contrário, com referência a terceiros, órgãos da Administração ou particulares, sem necessidade do juízo probatório preventivo de sua validade. É o denominado **previlége du préalable** (**Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. v. I. p. 615).

A presunção, portanto, como se verifica, é inversa, uma vez que há boa-fé na prática de atos comissivos e até mesmo quando a administração se omite, desde que haja razões discricionárias, fundadas e legítimas para isso.

Assim, no caso de haver acusação da prática de ato de improbidade administrativa, para que se obtenha a condenação, é preciso que exista prova concreta de que houve o ato ímprobo por dolo. Portanto, há que se exigir, nas ações de improbidade administrativa, a prova do elemento subjetivo.

Também não foi por outro motivo que a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.446/91, que originou a Lei de Proibição Administrativa, elaborada pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, enfocava que a principal finalidade do pretendido diploma era servir de importante instrumento para o combate à corrupção, uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País (BRASIL, 1991. p. 14124).

Há de se destacar que, mesmo ultrapassadas mais de três décadas de vigência dessa lei e da própria Constituição Federal, a Lei de Proibição Administrativa não foi suficiente para extirpar o mal da corrupção da Administração Pública. A despeito disso, sua importância como instrumento de combate à improbidade é relevante, conforme já salientado pelo jurista e saudoso Ministro desta Corte **Teori Zavascki**:

“O ponto de referência, aqui, já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei 8.429, de 02.06.1992. Segundo a ementa, é Lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Entre as outras providências, há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. Todavia, há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior [de] tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 107).

Não há dúvida de que a Lei de Proibição Administrativa é um importante marco na luta contra a prática de atos de corrupção por agentes públicos.

Vale sublinhar, no entanto, não ser esse o único instrumento a possibilitar a punição aos corruptos. É de fundamental importância para o País discutir as estratégias de combate à corrupção, revisar os programas e projetos existentes, reaparelhar as estruturas estatais pertinentes e qualificar os agentes destinados ao combate à corrupção na Administração Pública, sem, contudo, violar os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive daqueles que trabalham de boa-fé, mantendo determinadas vinculações jurídicas com a Administração Pública.

O que não se pode admitir, sob a óptica constitucional, é que, após a edição da Lei nº 14.230/21, promovendo verdadeira **abolitio criminis**, ainda tenham curso aqueles processos de execução de penas relacionadas a condutas meramente culposas.

No que se refere à prescrição geral e intercorrente, o mesmo raciocínio deve ser aplicado, seja porque, conforme demonstrado, as penas impostas pela Lei de Proibição Administrativa não têm natureza civil, aproximando-se ontologicamente do direito penal, seja porque a prescrição é norma de direito material, que, na hipótese vertente, tem natureza jurídica de causa de extinção de punibilidade, consoante o disposto no art. 107 do Código Penal.

Ao adotar essa perspectiva, as normas em apreço assumem **status** de garantia do cidadão, trazendo à baila novamente a premissa fixada no início de meu voto de que a relação entre o cidadão

e o Estado obedece à lógica da retroatividade benéfica, sobretudo quando se ampliam os direitos e se reduz o poder punitivo estatal.

Nesse sentido, deve-se trazer à colação trecho de magnífico artigo publicado no **site Consultor Jurídico** e escrito por Filipe Maia Broeto sobre a aplicação das normas em questão:

“Com efeito, é o caráter quase-penal, trabalhado há anos por Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald, que confere à LIA, nos pontos em que mais benéfica aos cidadãos, a incontornável retroatividade, ressalvadas as disposições exclusivamente processuais. Quanto à ressalva relacionada às questões processuais, a propósito, é necessário assumir uma posição clara: prescrição nunca será matéria processual, independentemente do momento em que ocorra, uma vez que tem, por um lado, repercussão direta na esfera de liberdades públicas dos cidadãos, assim como ostenta, por outro, inegável contenção ao poder punitivo estatal.

Dessa forma, não há de se fazer cisão alguma entre prescrição ordinária, instituto de Direito material, e prescrição intercorrente, de índole processual, como defende Tiago do Carmo Martins, ao sustentar que, em se tratando de prescrição intercorrente, tendo em vista sua natureza processual, é de ser reconhecida sua aplicação imediata aos processos em curso (artigo 14 do CPC), no que tange a atos processuais não concluídos.

Na visão do autor, para processos em curso em 26 de outubro, é inviável aplicação retroativa da Lei 14.230/2021, pelo que não se há de exigir que esses processos sejam julgados em quatro anos a contar do ajuizamento, ao passo que estando o processo em curso, e sendo a prescrição intercorrente norma de direito processual, aplica-se desde logo, a contar da entrada em vigor da alteração legal, naquilo que ele chama aplicação prospectiva, não retroativa, da nova norma de processo.

O problema da perspectiva de Tiago do Carmo Martins, nos parece, é a divisão que faz incidir sobre o tema prescrição, o qual não deve(ria) comportar grandes controvérsias. As premissas que defendemos são claras e nos permitem chegar a conclusões validadas pela lógica: 1) normas penais mais benéficas retroagem, por força de disposição constitucional e convencional; 2) prescrição é norma penal que sempre deve retroagir em benefício do réu; 3) normas de Direito Administrativo Sancionador, inclusive as relacionadas ao instituto da prescrição, possuem similitude ontológica com normas penais. Logo, normas de Direito Administrativo Sancionador, inclusive as relacionadas ao instituto da prescrição, quando mais benéficas, devem retroagir.”

Por todas essas razões, entendo aplicáveis os dispositivos previstos na Lei nº 14.230/21 aos processos futuros, aos que ainda estão em curso e às execuções das penas, assim como aos demais incidentes dos atos de improbidade culposos, adotando as mesmas premissas e a mesma lógica com relação aos prazos de prescrição geral e intercorrente mais benéficos ao réu.

No caso concreto, penso que as diversas perspectivas apresentadas pelos Ministros que me antecederam, acrescidas das razões que trago em meu voto, conduzem, inevitavelmente, à absolvição da ré.

É como voto, aguardando o momento oportuno para me manifestar sobre a tese que deverá refletir a posição colegiada desta Suprema Corte.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**APARTE**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Ministro, permita-me um aparte?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Apenas uma observação: o Ministro Mauro Campbell presidiu a comissão. Em relação à questão da prescrição, expressamente a comissão estabelecia que a prescrição só valeria para os casos dali para frente, a partir da promulgação da lei. E isso acabou não sendo aprovado na Câmara dos Deputados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Na tramitação, acabou sendo superada essa proposta sugerida por Sua Excelência. De toda forma, está claro aqui que Sua Excelência tem a concepção de que todas essas leis têm natureza punitiva, próxima ao penal e não ao Direito administrativo ou civil.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não, Ministro Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Uma pequena observação.

Ministro Alexandre, segundo o entendimento que está sendo posto aqui, ora de uma maneira, ora de outra, quer dizer, o Estado não poderia ter sido surpreendido por uma lei nova para fulminar uma ação antiga proposta segundo a lei vigente. Entretanto, tendo em vista o advento de uma nova lei, que, segundo estou entendendo, terá eficácia imediata e geral e será aplicada aos processos pendentes, não se aplicando àqueles que já transitaram em julgado. É isso?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Na questão da prescrição?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - É.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - O meu posicionamento, que acredito ter sido seguido pelos Ministros Fachin e Barroso, é no sentido de que a lei nova, no tocante à prescrição, aplica-se a partir da sua promulgação, iniciando o prazo a partir dela. Ou seja, hoje, para os processos em andamento. Existe a prescrição intercorrente? Sim. Qual o primeiro dia da prescrição intercorrente? Da publicação da lei. Quer dizer, não retroage para pegar o prazo anterior.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sim, claro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O que pode confundir é que, no dispositivo, não há discordância. Não é isso, Ministro Relator? Porque, no caso concreto, mesmo com as premissas de Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - No caso concreto, não há problema, porque todos concordam que os cinco anos já se passaram. Exatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Isso ficará para discussão da tese, de acordo com a corrente que formará a maioria. Por isso que não coloco uma tese, na conclusão de meu voto, porque dependerá das correntes nos dois temas colocados aqui.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Ministro Dias Toffoli, apenas para fazer um reparo no que disse o Presidente, Ministro Luiz Fux.

Senhor Presidente, em relação ao que Vossa Excelência indagou, apresento uma tese divergente. Só para que fique claro o meu ponto de divergência, em que pese...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu não vou discutir tese agora.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Não, não. É só para colocá-la. Não é nenhuma discussão. É só para posicionar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Em relação aos processos pendentes.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Em relação a essa surpresa que Vossa Excelência mencionou, de que o Estado foi surpreendido com lei nova que traz um prazo prescricional de processos em curso, que se aplica anteriormente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Não, o primeiro aspecto é assim: a lei nova retira a tipicidade de um fato que, à data da propositura, existia. Então ela não pode apagar o passado.

Agora, há feitos pendentes. Com relação aos feitos pendentes, o Ministro Alexandre já colocou a posição dele: não há mais possibilidade, segundo o seu posicionamento, de condenação por culpa porque a figura desapareceu.

E com relação à prescrição intercorrente, quer dizer, entrou uma lei em vigor que estabeleceu novos marcos e novos prazos de prescrição intercorrente. É essa nova lei que se aplica aos processos pendentes.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Certo. Apenas para pontuar que o meu posicionamento em relação a isso foi bem antagônico. Trago uma tese, que parte do enunciado n.

654 da nossa Súmula, dizendo que essa garantia constitucional da irretroatividade é uma garantia construída pela Constituição para o indivíduo em face das construções legiferantes do Estado e não pode ser invocada pelo Estado em favor de si mesmo. Então é uma tese diferente. Só para posicionar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Permite, Ministro Nunes Marques? Se bem entendi, Presidente, para auxiliar, vamos dizer que haja um caso em que entre o recebimento da ação da inicial por improbidade e a decisão de primeiro grau, antes da lei, tenha corrido o prazo de quatro anos e meio, e hoje está em prazo recursal. Para mim, posicionamento que foi seguido pelo Ministro Fachin e pelo Ministro Barroso, não há prescrição, porque não vai retroagir para pegar o prazo que não existia naquela época.

Para o Ministro Nunes Marques, a retroatividade pega inclusive esse prazo em que haveria a prescrição. Essa é a nossa divergência.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Exatamente, a divergência é essa.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Nesse ponto eu concordo com o Relator.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Nesse ponto o Ministro André Mendonça concorda; só diverge na prescrição geral.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Nesse ponto o Ministro André concorda comigo. Exato.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Posso seguir, Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Desculpe-me, Ministro. Era apenas para dizer da minha posição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Imagine! Eu que agradeço. Isso tudo vai clareando as posições.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES (62291/DF, 35303/PR)

RECDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM
ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (221518/SP)
AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP
ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/ SE, 357553/SP)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP
ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS (40726/DF, 196565/SP)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

Decisão: Após o início do voto do Relator, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrente, o Dr. Francisco Zardo; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Ministério Público

do Estado de Goiás, a Dra. Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça do Estado ; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Municípios – ABM, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin; pelo *amicus curiae* Frente Nacional de Prefeitos – FNP, o Dr. Saul Tourinho Leal; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 3.8.2022.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, propondo a fixação da seguinte tese (tema 1.199 da repercussão geral): “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) Aplicam-se os princípios da não ultraatividade e *tempus regit actum* aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei 14.230/2021; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa”; e do voto do Ministro André Mendonça, que dava provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral: “I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados; II) diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral tem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, devendo ser computado, contudo, o decurso do tempo já transcorrido durante a vigência da norma anterior, estando o novo prazo limitado ao tempo restante do lustro pretérito, quando mais reduzido em relação ao novo regramento”, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 4.8.2022.

Decisão: Após o Ministro André Mendonça ter feito esclarecimentos sobre o quarto tópico constante da parte final de seu voto, concluindo sua parte dispositiva no sentido de dar provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral (tema 1.199): “I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados; II) diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral, previsto no caput do artigo 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 14.230/2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso”; do voto do Ministro Nunes Marques, que conhecia do recurso extraordinário com agravo e dava-lhe provimento, para subseqüentemente dar provimento ao correspondente recurso extraordinário, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado, extinguindo-se a ação formalizada contra a recorrente, por atipicidade da conduta culposa e pela prescrição intercorrente da pretensão; do voto do Ministro Edson Fachin, que, reconhecida a natureza civil da improbidade administrativa, não depreendia forma de aplicar a irretroatividade das suas alterações de forma parcial, entendendo, assim, que a irretroatividade deve ser total, e, quanto ao exame do caso concreto, pela incidência do Enunciado 897, dava provimento ao recurso extraordinário, divergindo do Ministro Alexandre de Moraes (Relator) apenas quanto a um trecho do item 3 da tese proposta; do voto do Ministro Roberto Barroso, que dava provimento ao recurso extraordinário e acompanhava a tese de repercussão geral proposta pelo Relator apenas no tocante aos itens 1, 3 e 4, mas, quanto ao item 2, acompanhava o voto do Ministro Edson Fachin, entendendo que a lei nova não retroage, seja na questão que envolve culpa, seja na situação que envolve prescrição; e do voto do Ministro Dias Toffoli, entendendo aplicáveis os dispositivos previstos na Lei nº 14.230/21 aos processos futuros, aos que ainda estão em curso e às execuções das penas, assim como aos demais incidentes dos atos de improbidade culposos, adotando as mesmas premissas e a mesma lógica com relação aos prazos de prescrição geral e intercorrente mais benéficos ao réu, e, no caso concreto, dava provimento ao recurso extraordinário, absolvendo a ré, deixando de se manifestar, por ora, sobre a tese de repercussão geral, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.8.2022.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**RELATOR:** MIN. ALEXANDRE DE MORAES**RECTE.(S):** ROSMERY TEREZINHA CORDOVA**ADV.(A/S):** FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES **RECDO.(A/S):** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL FEDERAL**AM. CURIAE.:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**AM. CURIAE.:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**AM. CURIAE.:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**AM. CURIAE.:** ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP**ADV.(A/S):** ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA**AM. CURIAE.:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**AM. CURIAE.:** ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM**ADV.(A/S):** GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN**AM. CURIAE.:** FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP**ADV.(A/S):** MARCELO MONTALVAO MACHADO**AM. CURIAE.:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**AM. CURIAE.:** INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP**ADV.(A/S):** THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS**AM. CURIAE.:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**ADV.(A/S):** PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**A M. CURIAE.:** CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**ADV.(A/S):** MANUELA ELIAS BATISTA

VOTO VOGAL

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os eminentes colegas, em especial o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, que mais uma vez nos brindou com proficiente voto. Saúdo também o Procurador-Geral da República, Dr. Augusto Aras, e os Senhores advogados, que produziram competentes sustentações orais. Cumprimento ainda os Senhores Servidores e todos que nos assistem.

Como já exaustivamente visto nos votos que me antecederam, a começar pelo voto do eminente Relator – e por isso faço breve síntese do meu entendimento, especialmente no que resta de matéria controvertida –, no presente recurso extraordinário com agravo, paradigma do tema nº 1.199 da repercussão geral, há que definir basicamente se o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, consagrado no art. 5º, XL, da Magna Carta, aplica-se à Lei nº 8.429/1992, a dita Lei de Improbidade Administrativa, no que alterada pela Lei nº 14.230/2021, especificamente quanto a dois pontos: exigência do dolo como elemento subjetivo do tipo e a prescrição – novos prazos prescricionais fixados e a introduzida prescrição intercorrente –, quanto aos fatos ocorridos antes da alteração legislativa. Outros aspectos a suscitarem exame da higidez constitucional são objeto de outras ações de controle de constitucionalidade, como bem salientou o Ministro Alexandre.

Sabemos que, mesmo antes da reforma de 2021, abalizada doutrina já se manifestava no sentido da inserção do microsistema de tutela da probidade administrativa, sob o ângulo material, na seara do direito administrativo sancionador, o que veio a ser positivado no art. 1º, § 4º, da Lei nº 8.429/1992, com a redação da Lei nº 14.230/2021, ao estatuir, *verbis*:

“§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.”

Como inquestionável, a meu juízo, a congruência constitucional desta submissão do microsistema da tutela da probidade aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, surge a indagação: dentre esses princípios está o da retroatividade da norma mais benéfica aplicável no direito penal, por força do art. 5º, XL, da Constituição da República? Relembro o dispositivo:

XL – a lei **penal** não retroagirá, **salvo para beneficiar o réu;**”

Os que defendem a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica há de ser aplicado à seara do direito administrativo sancionador articulam com a proximidade dos ordenamentos públicos sancionadores, na medida em que direito penal e direito administrativo

sancionador, enquanto espécies do gênero direito punitivo estatal, devem partilhar a mesma raiz principiológica. Conquanto seja ponderável esse argumento, entendo, com a devida vênia das compreensões contrárias, que, consideradas inclusive as singularidades de tais ramos do direito, não se justifica transposição automática e linear de princípios. Colho, nesse sentido, expressivas lições doutrinárias, adiante transcritas, na fração de interesse:

“(...) o Direito Administrativo Sancionador não está submetido ao Direito Penal. O Direito Penal pode contribuir na elaboração de um ferramental próprio para o Direito Administrativo Sancionador. Mas, aqui, a diretriz é contribuir para integrar, e não desnaturar a índole administrativista dos sistemas sancionadores administrativos. Neste contexto, atribui ao Direito Administrativo Sancionador o objetivo de institucionalizar modelos dinâmicos, especializados, sensíveis às demandas e mudanças econômicas, sociais, factuais e tecnológicas cada vez mais comuns. **Modelos que promovam o atendimento aos valores de coerência, racionalidade e segurança jurídica na tutela dos objetivos de interesse público.**” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público-IP. Belo Horizonte, v. 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020)

“(...) não há dúvidas que o DAS [direito administrativo sancionador] se cuida de uma disciplina própria, com predicados particulares e inserido no âmbito do Direito Administrativo. E, ainda que o Direito Penal possa fornecer instrumentos para o desenvolvimento da disciplina, é absolutamente incongruente defender a tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do Direito. Isso porque, na órbita administrativa propriamente dita, o DAS visa a preservação do interesse coletivo e dos princípios da administração pública; já, na órbita judicial, a essas finalidades se agrega principalmente a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, finalidades essas não tuteladas pelo Direito Penal com a mesma profundidade.” (ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. *O Direito Administrativo Sancionador e a irretroatividade da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade Administrativa*. Artigo disponível em jus.com.br. Acesso em 28.7.2022)

“(...) é necessário entender qual foi o objetivo do constituinte ao inserir a garantia fundamental do artigo 5º, inciso XL, da CRFB/1988. Utiliza-se, então, a linha norte- americana do *legislative history*, ainda pouco explorada no Brasil, para investigar os debates ocorridos na Subcomissão de Direitos e Garantias Fundamentais da Assembleia Constituinte de 1987-1988.

Ao analisá-los, vê-se que o objetivo foi constitucionalizar o dispositivo do Código Penal (CP) que indicava a retroatividade da lei ao abolir algum crime, assim como quando favorecesse de alguma maneira o réu (artigo 2º, *caput* e parágrafo único, do CP). A redação adotada pelos constituintes foi mais simples do que a prevista no artigo 2º do CP, qual seja, *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

A primeira parte dessa garantia incorpora a teoria geral da irretroatividade da lei, que, aliás, compõe o sistema jurídico desde a CRFB/1891 (artigo 11, item 3º). A irretroatividade tem relação direta com o princípio fundamental da segurança jurídica, em específico a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/1988. Pois, através dela, busca-se promover a segurança nas relações jurídicas travadas entre particulares, entre esses e o Estado e entre entidades públicas diversas.

A exceção criada pelos constituintes — que, na verdade, é adotada no Brasil há tempos, como se percebe da CRFB/1934 (artigo 113, item 27) e da CRFB/1946 (artigo 141, §29) — circunscreve-se à lei penal. A razão parece ser simples: a liberdade é um dos valores inerentes à condição humana. Não há como manter a privação da liberdade dos cidadãos quando o Estado não deseja mais tolhê-la.

Essa pretensão de não limitar mais a liberdade acontece ao deixar de criminalizar determinada conduta, reduzir a pena aplicável e, até mesmo, prever alguma circunstância penal mais favorável. Em todos os casos, a norma penal deve retroagir para desconstituir total ou parcialmente a situação jurídica.

A pretensão dos constituintes foi, desse modo, permitir tão somente a retroatividade legal mais benéfica na esfera penal. Nada obstante, poder-se-ia sustentar que a conclusão nessa direção para impedir a extensão da garantia fundamental da retroatividade da lei mais benéfica a outras hipóteses derivaria apenas de uma interpretação originalista da Constituição, o que violaria a técnica da máxima efetividade das normas constitucionais.

Sucedendo o impedimento para a adoção da tese vai além de vontade constitucional originária, pois, ao adotá-la, deseja-se dar emprego apenas à máxima efetividade em prejuízo aos princípios da unidade e da concordância prática componentes também da hermenêutica constitucional, que exigem uma visão sistêmica e harmônica dos dispositivos constitucionais. Explicase melhor.

Como visto, **a primeira parte do artigo 5º, inciso XL, da CRFB/1988 incorpora a teoria da irretroatividade da norma jurídica derivada do princípio da segurança jurídica, em especial do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/1988).**

Essa última garantia fundamental somente pode ser excepcionada por outra norma constitucional, como é o caso da retroatividade máxima da lei penal mais benéfica. A redação do artigo 5º, inciso XL, da CRFB/1988 restringe o âmbito normativo da garantia à norma penal, já que a ressalva (*salvo para beneficiar o réu*) se relaciona com a parte anterior (*a lei penal não retroagirá*).

Segundo as técnicas gerais de hermenêutica jurídica, a norma de exceção deve ser interpretada restritiva e estritamente. A ampliação dessa norma de exceção para toda e qualquer norma sancionadora mais benéfica, como a do Direito Administrativo Sancionador, cria hipóteses não desejadas e não compatíveis com o próprio texto legal.

Trata-se de tese criadora de nova hipótese de exceção à garantia fundamental do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, que não poderia ocorrer por meio de lei e, muito menos, por interpretação, porquanto somente poderia ser excepcionada por outra norma constitucional.” (MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. *Crítica sobre a retroatividade da norma administrativa sancionadora mais benéfica*. Consultor Jurídico. 22.02.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-22/mariano-retroatividadenorma-sancionadora-benefica>. Acesso em 28.7.2022.)

Todos sabemos que a regra, no texto constitucional, a se refletir na legislação infra, é a irretroatividade das leis, dando prevalência à tutela da segurança jurídica, no resguardo às garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). A exceção, no texto constitucional, como visto, é a retroatividade benéfica da lei penal, amparada em razões que dizem com o bem maior que é a liberdade humana, a envolver a liberdade de locomoção.

Na minha compreensão, a norma do art. 5º, XL, da retroatividade benéfica, merece interpretação restritiva, circunscrita ao direito penal, na sua expressa dicção (“lei penal”), não alcançando, portanto, o direito administrativo sancionador, este dotado de maior dinamismo e voltado, em caráter precípua, à construção de modelos prospectivos de tutela do interesse público.

Pontuo que a *ratio legis* da exceção, na área penal, a liberdade humana, não tem paralelo no âmbito do direito administrativo sancionador.

Inequívoca, por outro lado, na minha visão, a natureza cível, ou **não penal**, do microsistema de tutela da probidade administrativa, este não abarcado, portanto, nos lindes do direito penal. É o que deflui inclusive do art. 37, § 4º, da Lei Maior (§ 4º *Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*).

Tenho, por outro lado, que o art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, ao prescrever que, “*se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado*”, ainda que internalizado no ordenamento jurídico pátrio com status supralegal, em absoluto conduz à imposição da exceção às garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada fora do âmbito do direito penal.

Observadas essas balizas, reputo prevalecente, quanto aos dois pontos objeto de análise, o princípio da irretroatividade da lei e, por conseguinte, inaplicáveis aos atos de improbidade ocorridos anteriormente à vigência da alteração legislativa as novas regras estatuídas, o que me leva, com a devida vênia, a discordar do eminente Relator, exclusivamente no ponto já objeto da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e seguida pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Entendo que a aplicação da lei revogadora mais benéfica a fatos ocorridos antes de sua vigência implica, sim, retroatividade que não prescinde de norma expressa a autorizá-la, como existe no direito penal e não há na seara do direito administrativo sancionador. Endosso o fundamento externado pelo Ministro Luís Roberto no sentido de que, ao tempo em que vigoravam os dispositivos revogados, muitas vezes as decisões judiciais sequer explicitavam a presença do elemento subjetivo, se dolo ou culpa, e acresço o fundamento da isonomia, a clamar por tratamento igual para as mesmas condutas.

Assim, quer na aferição do elemento subjetivo necessário à configuração de ato de improbidade administrativa decorrente de suposta lesão ao erário, quer no tocante à prescrição geral ou ordinária, devem ser observadas as disposições da Lei nº 8.429/1992 vigentes à época dos atos acoimados de ímprobos. Quanto à prescrição intercorrente, anoto, só introduzida no microsistema da tutela da probidade a partir da Lei nº 14.230/2021, sua contagem deve ter início apenas com a entrada em vigor deste diploma legal.

No caso em exame, como todos os votos que me antecederam reconhecem, não há como deixar de prover o recurso extraordinário para pronunciar a prescrição, com extinção do processo, à luz da tese fixada por esta Casa, ao exame do recurso extraordinário nº 852.475, paradigma do tema nº 897 da repercussão geral (pertinente à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa), qual seja, a de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

É que a a conduta imputada à recorrente se conforma à modalidade culposa, estabelecida na antiga redação do caput do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, a ela imputados atos de “incúria” e “negligência” na condução de processos sob seu patrocínio, enquanto advogada credenciada pelo

Instituto Nacional do Seguro Social. E seu descredenciamento para atuar como advogada do INSS ocorreu em 27 de janeiro de 1999, tendo sido ajuizada a ação de improbidade pela autarquia previdenciária somente em 2006, fora, portanto, do prazo previsto na então vigente redação do art. 23 da Lei 8429/1992. Como a recorrente era advogada particular credenciada para representar o INSS, não exercendo cargo efetivo nem emprego público, o prazo é o quinquenal.

PROVEJO, dessa maneira, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, ACOMPANHANDO O RELATOR, embora por outros fundamentos, para extinguir o processo pela pronúncia da prescrição ressarcitória, à luz da tese firmada por esta Suprema Corte ao julgamento do tema nº 897 da repercussão geral, uma vez não imputado à recorrente, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, ato doloso tipificado na lei de improbidade administrativa, mas mera conduta culposa na condução de processos sob a sua responsabilidade.

É o voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente deste Supremo Tribunal, em nome de quem cumprimento também os Senhores Ministros.

Não quero deixar de fazer um cumprimento especial, nesta oportunidade, que é a primeira em que falo neste Plenário, após a posse dos Senhores Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, como Presidente e Vice do Tribunal Superior Eleitoral, desejando e tendo certeza de que será um período de muito trabalho, porém, também, de enormes serviços à democracia brasileira, que tanto precisa de uma direção, como a que é apresentada por Vossas Excelências.

Também queria, Senhor Presidente, cumprimentar o Ministro Edson Fachin pelo enorme, gigantesco e tão sério trabalho realizado, como os que vêm sendo realizados pelos presidentes do Tribunal Superior Eleitoral, mas nessa fase tão mais difícil e que fez com que o Ministro Alexandre de Moraes também possa assumir com a estrada um pouco aplainada, pelo menos em termos administrativos, já que os políticos são, a cada dia, a sua agonia e a sua alegria. Também cumprimento o Senhor Procurador-Geral da República, os senhores advogados e os senhores servidores, na pessoa da doutora Carmen Lilian.

Quanto ao caso posto em exame para julgamento, Senhor Presidente, como já foi dito hoje pela eminente Ministra Rosa Weber, já se tem um quadro perfeitamente delineado do que temos para exame e julgamento.

Em primeiro lugar, no caso concreto, a partir do qual reconhecida a repercussão geral, no

qual se há de discutir a questão referente à retroatividade, ou não, da lei que modificou a chamada Lei de Improbidade Administrativa. E o enquadramento dessa circunstância e os seus reflexos sobre a prescrição nos casos que tenham sido julgados por improbidade administrativa, por atos de improbidade.

Eu farei juntada de um voto alongado, Senhor Presidente, mas, de pronto, digo que, quanto ao provimento, ponho-me em consonância com todos os votos dados até aqui, uma vez que não se têm condições de afastamento da prescrição. E não é caso mesmo, pelo que eu estou acompanhando, do provimento do recurso especificamente.

Quanto ao tema que se pôs como de repercussão geral, relativamente à retroatividade, tenho para mim que, ao afirmar, no inciso XL do art. 5º da Constituição, que a lei penal não retroagirá, e a jurisprudência, incluída a deste Supremo Tribunal Federal, e a doutrina não têm qualquer dúvida - ou nunca pôs dúvida - de que os casos de improbidade não são de Direito Penal - e aqui não é uma lei penal - não retroagirá, fazendo prevalecer, portanto, o princípio segundo o qual, no Direito Brasileiro, a lei não retroage, ela se põe para o futuro.

A circunstância de o Ministro-Relator ter, num ponto - que o Ministro Barroso chamou de 5% do total dos 100% do voto dele - ser divergente, também eu acompanho nessa divergência, porque considero que a irretroatividade se deve à circunstância de que estamos aplicando aqui Direito Administrativo que, mesmo em termos de sanções, não se confunde com a matéria penal, como reiterado na jurisprudência desta Casa.

Pelo que, nesse ponto específico, e apenas nesse, eu peço vênias ao Ministro Alexandre de Moraes para acompanhar a divergência na forma aberta pelo Ministro Edson Fachin e acompanhada pelo Ministro Roberto Barroso, também pela Ministra Rosa Weber, acompanhando, no mais, tudo o que foi estabelecido no voto do Ministro-Relator, Senhor Presidente.

Portanto, tenho que é irretroativo, como afirma o Ministro Alexandre de Moraes, apenas não o acompanho naquilo que ele chama de ultraatividade. Estou votando no sentido, pois, nesse ponto específico, e só nesse, no voto com a divergência.

É como voto, Senhor Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (VOGAL):

1. Agravo em Recurso Extraordinário interposto por Rosmery Terezinha Cordova contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Vol. 7, fl. 68), com a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE.

Considerando a insuficiência da instrução probatória carreada aos autos, nula a sentença que extinguiu processo com resolução de mérito.”

Opostos Embargos de Declaração pela ora recorrente, foram parcialmente acolhidos, nos termos da seguinte ementa (Vol. 6, fl. 70):

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO: INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRODUZIDA PARA JUÍZO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. A tese de imprescritibilidade consagrada com fundamento no art. 37, § 5º, só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

Ao apreciar o recurso interposto pelo INSS, esta Corte acolheu a alegação de cerceamento de defesa, por ausência de adequada instrução probatória, e anulou a sentença, com o que restou prejudicada a análise dos demais itens da apelação (notadamente os que dizem respeito ao mérito da insurgência), inclusive a ocorrência ou não de inovação recursal. Isso porque, mais do que a produção das provas que foram preteridas, a oportunidade para contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré, que embasou o convencimento do juízo a quo, era fundamental para o julgamento da lide, tal como delineada na inicial.

O cerceamento de defesa não se configura apenas pela não produção de provas requerida, mas também pela falta de oportunidade da parte de contraditar aquelas existentes nos autos, afora a insuficiente análise da documentação apresentada pelo juízo a quo.

Inconclusas as fases probatória e de razões finais, prejudicada a apreciação da alegação de manifesta improcedência da ação ou, ainda, do próprio mérito da lide, com base nas provas já produzidas (por se tratar de “má apreciação das provas”, e não hipótese de nulidade da sentença), sob pena de afronta ao devido processo legal. A prerrogativa reconhecida ao juiz de livre apreciação das provas e a exigência de que o tribunal aprecie toda a matéria devolvida ao seu conhecimento (arts. 131 e 515, § 1º. do CPC) não autorizam o imediato enfrentamento do mérito da lide, se não restou assegurado às partes o devido processo legal e existe a possibilidade de supressão das irregularidades detectadas na tramitação do feito, com o seu retorno à origem.”

2. No recurso extraordinário, a recorrente sustenta contrariedade ao § 5º do art. 37 da Constituição da República. Alega a prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, pois a presente ação foi proposta em 2006, quando já tinha transcorrido mais de 5 anos da ocorrência dos fatos que constituem o seu objeto e do descredenciamento da recorrida do INSS, que ocorreu em 27.1.1999.

Argumenta que a imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição da República refere-se a danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, e não a ilícito civil.

3. O Tribunal de origem negou seguimento ao recurso extraordinário, ao fundamento de incidirem as Súmulas 279, 283 e 286 do Supremo Tribunal Federal (Vol. 7, fl. 39). Essa decisão foi objeto de agravo.

Recebido o processo neste Supremo Tribunal, o Ministro Teori Zavascki determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para observação do Tema 666 (RE 669.069-RG) da repercussão geral (Vol. 11).

Em nova análise da matéria, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso, ao entendimento de que o acórdão recorrido estaria em conformidade com o Tema 666 da repercussão geral (Vol. 15, fl. 2).

Interposto agravo (Vol. 15, fl. 6), o Tribunal acolheu o recurso e determinou a remessa dos autos a este Supremo Tribunal Federal, considerando que *“o precedente fixado pelo STF no julgamento do RE nº 669.069/MG (Tema STF nº 666) diz respeito à prescritibilidade das ações de indenização pela prática de ilícito civil. A matéria de fundo discutida no precedente vinculativo refere-se a pretensão do INSS de condenação da ré ao ressarcimento de alegados prejuízos causados “em face de sua conduta omissiva”, conforme alegado na inicial, quando de sua atuação como advogada da autarquia, no exercício dos correlatos serviços.*

Deste modo, a hipótese dos presentes autos é diversa da que trata o RE nº 669.069/MG, já que o ressarcimento ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa restou não abrangido pelo precedente vinculativo do Tema STF nº 666, a caracterizar razão bastante para que se efetue o necessário ‘distinguishing’ e subsequente devolução dos autos ao Supremo Tribunal Federal para análise do agravo interposto contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário”. Interpostos embargos de declaração pela parte ré contra essa decisão, foram rejeitados.

A recorrente pediu o provimento do Agravo em Recurso Extraordinário para que fosse determinada a aplicação do Tema 666 e remessa dos autos à Turma julgadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para retratação e reconhecimento da prescrição (Vol. 16).

Em 14.11.2018, na análise do presente agravo, o Ministro Alexandre de Moraes determinou a devolução dos autos ao Juízo de origem para aguardar o julgamento do Tema 897 da repercussão geral (Vol. 19).

Retornando os autos ao Tribunal Regional Federal da Quarta Região, o Tribunal considerou inaplicável a tese fixada no Tema 897 *“enquanto pendente a ordem de reabertura da instrução processual”, afirmando que “a devida produção de provas é elemento essencial para a definição da conta ímproba como dolosa ou culposa”.* Com essas considerações, determinou a remessa dos autos a este Supremo Tribunal Federal.

4. Em 24.2.2022, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, em acórdão assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR) RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.” (e-doc. 49).

5. O Ministro Relator decretou a suspensão do processamento dos Recurso Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021 e determinou a suspensão do prazo prescricional nos processos com repercussão geral reconhecida no presente tema.

6. Foram admitidos na condição de *amici curiae* a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP; a Frente Nacional de Prefeitos - FNP; o Ministério Público do Estado de São Paulo; o Ministério Público do Estado de Goiás; o Ministério Público do Estado de Minas Gerais; o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; a ABM - Associação Brasileira de Municípios; e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

7. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário e pela fixação das seguintes teses:

“I – As alterações do caput do art. 10 da LIA apenas explicitam a vedação à responsabilidade objetiva do agente, que, sistematicamente, sempre foi proibida no sistema brasileiro, o qual prossegue permitindo a punição a punição do erro grosseiro.

II – Os novos prazos de prescrição geral e intercorrente previstos pela Lei 14.230/2021, para atos de improbidade administrativa cometidos antes da referida lei, somente são computados a partir da data de sua promulgação”.

É a ementa do parecer:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1199. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 14.230/2021. ALTERAÇÕES. ELEMENTO SUBJETIVO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO NO TEMPO. DESPROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1199 da sistemática da Repercussão Geral: “Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

2. A Lei 14.230/2021, ao alterar disposições da LIA quanto ao elemento subjetivo, apenas explicitou o entendimento já estabelecido no sistema sancionador pátrio de rejeição da responsabilização meramente

objetiva e de imprescindibilidade de demonstração de grau suficiente da consciência de improbidade para a caracterização do ilícito administrativo.

3. A nova legislação apenas reafirma a vedação de se presumir a má-fé e de se promover a responsabilização objetiva do agente, evidenciando que, uma vez presentes as elementares objetivas e subjetivas, há de se fazer o enquadramento e consequente sancionamento no tipo legal.

4. A interpretação a ser dada ao disposto na LIA, especialmente ao art. 10, há de ser feita em harmonia com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, que preveem explicitamente a punição da culpa consciente grave, associada ao erro grosseiro (art. 28 da LINDB).

5. Entender que o novo regime exige a comprovação de má-fé ou de dolo para enquadramento nos tipos da LIA consistiria em retrocesso que iria de encontro à ordem jurídico-constitucional de preservação da probidade.

6. As mudanças decorrentes das alterações legislativas que cerceiem ou suprimam o exercício de pretensões, inclusive sancionatórias, não de ser realizadas em cenário de proporcionalidade e gradualidade.

7. A aplicação do novo regime da prescrição há de observar o princípio da segurança jurídica, de modo que os atos de persecução praticados legalmente antes da alteração legislativa sejam preservados.

8. As garantias constitucionais de segurança jurídica e de proteção dos atos jurídicos perfeitos conduzem a que os novos prazos prescricionais instituídos sejam computados, para as condutas anteriores à nova lei, apenas a partir da edição do novo diploma legal, sem prejuízo da aplicação da analogia ou da interpretação analógica à luz das demais normas do direito sancionador.

9. Proposta de teses de repercussão geral:

I – As alterações do caput do art. 10 da LIA apenas explicitam a vedação à responsabilidade objetiva do agente, que, sistematicamente, sempre foi proibida no sistema brasileiro, o qual prossegue permitindo a punição do erro grosseiro.

II – Os novos prazos de prescrição geral e intercorrente previstos pela Lei 14.230/2021, para os atos de improbidade administrativa que tenham sido cometidos antes da referida lei, somente são computados a partir da data de sua promulgação.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, com a fixação das teses sugeridas” (e-doc. 147).

Do elemento subjetivo nos atos de improbidade

8. Discute-se, no presente recurso extraordinário, a retroatividade ou não das normas modificadas na Lei n. 8.429, de 1992 (apelada “lei de improbidade administrativa”), pela Lei n. 14.230, de 25.11.2021, mais precisamente no ponto em que se estabeleceu a exigência do elemento subjetivo dolo para caracterização dos atos de improbidade.

São as alterações promovidas, neste ponto, pela nova Lei:

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.</p> <p>§ 1º <u>Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.</u></p> <p>§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.</p> <p>§ 3º <u>O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.</u></p> <p>§ 4º <u>Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.</u></p> <p>§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.</p> <p>§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo.</p> <p>§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.</p> <p>§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevacente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.</p>	<p>Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.</p> <p>Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
CAPÍTULO I Das Disposições Gerais	CAPÍTULO I Das Disposições Gerais
Art. 5°. (Revogado pela Lei n. 14.230/2021)	Art. 5° Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano
Art. 6°. (Revogado pela Lei n. 14.230/2021)	Art. 6° No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.
Art. 7°. Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias	<p>Art. 7° Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.</p> <p>Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito</p>
<p>Art. 8°. O sucessor ou o herdeiro daquele que causar dano ao erário ou que se enriquecer ilicitamente estão sujeitos apenas à obrigação de repará-lo até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido</p> <p>Art. 8°-A. A responsabilidade sucessória de que trata o art. 8° desta Lei aplica-se também na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária.</p> <p>Parágrafo único. Nas hipóteses de fusão e de incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e de fatos ocorridos antes da data da fusão ou da incorporação, exceto no caso de simulação ou de evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.</p>	<p>Art. 8° O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>CAPÍTULO II - Dos Atos de Improbidade Administrativa</p> <p>Seção I - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito.</p> <p>Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:</p> <p>IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades;</p> <p>VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei;</p> <p>VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;</p>	<p>CAPÍTULO II - Dos Atos de Improbidade Administrativa</p> <p>Seção I - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito.</p> <p>Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:</p> <p>IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;</p> <p>VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;</p> <p>VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Seção II - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário</p> <p><u>Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:</u></p> <p>I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;</p> <p>VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;</p> <p>X - agir illicitamente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;</p> <p>XIX - agir illicitamente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;</p> <p>XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.</p> <p>XXI - (Revogado)</p> <p>XXII - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.</p> <p>§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.</p> <p>§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.</p>	<p>Seção II - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário</p> <p>Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:</p> <p>I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;</p> <p>VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)</p> <p>X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;</p> <p>XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)</p> <p>XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)</p> <p>XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)</p>
<p>Art. 10-A (Revogado)</p>	<p>Seção II-A (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)</p> <p>Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário.</p> <p>Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Seção III - Dos Atos de Improbidade</p> <p>Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.</p> <p>Art. 11. <u>Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão dolosa, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:</u></p> <p>I - Revogado</p> <p>II - Revogado</p> <p>III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei</p> <p>V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros</p> <p>VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;</p> <p>XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.</p>	<p>Seção III -Dos Atos de Improbidade</p> <p>Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.</p> <p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:</p> <p>I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;</p> <p>II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;</p> <p>IV - negar publicidade aos atos oficiais;</p> <p>V - frustrar a licitude de concurso público;</p> <p>VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;</p> <p>IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015).</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.</p> <p>§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.</p> <p>§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.</p> <p>§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.</p> <p>§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte.</p>	
<p>CAPÍTULO III – DAS PENAS</p> <p>Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:</p> <p>I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p>	<p>CAPÍTULO III – DAS PENAS</p> <p>Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).</p> <p>I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;</p> <p>IV - (revogado).</p> <p>Parágrafo único. (Revogado). § 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.</p> <p>§ 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade.</p> <p>§ 3º Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades.</p> <p>§ 4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo.</p>	<p>II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;</p> <p>III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.</p> <p>III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.</p> <p>IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).</p> <p>Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>§ 5º No caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do caput deste artigo.</p> <p>§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos.</p> <p>§ 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem.</p> <p>§ 8º A sanção de proibição de contratação com o poder público deverá constar do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, observadas as limitações territoriais contidas em decisão judicial, conforme disposto no § 4º deste artigo.</p> <p>§ 9º As sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.</p> <p>§ 10. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.</p>	
<p>Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.</p> <p>§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente.</p>	<p>Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.</p> <p>§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.</p> <p>§ 1º (Revogado).</p> <p>§1º-A O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo poderá ser formulado independentemente da representação de que trata o art. 7º desta Lei.</p> <p>§ 2º Quando for o caso, o pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.</p> <p>§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.</p> <p>§ 4º A indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida.</p> <p>§ 5º Se houver mais de um réu na ação, a somatória dos valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito.</p> <p>§ 6º O valor da indisponibilidade considerará a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitida a sua substituição por caução idônea, por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo.</p> <p>§ 7º A indisponibilidade de bens de terceiro dependerá da demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual.</p> <p>§ 8º Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</p>	<p>Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.</p> <p>§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.</p> <p>§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
CAPÍTULO I Das Disposições Gerais	CAPÍTULO I Das Disposições Gerais
<p>§ 9º Da decisão que deferir ou indeferir a medida relativa à indisponibilidade de bens caberá agravo de instrumento, nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</p> <p>§ 10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita.</p> <p>§ 11. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo.</p> <p>§ 12. O juiz, ao apreciar o pedido de indisponibilidade de bens do réu a que se refere o caput deste artigo, observará os efeitos práticos da decisão, vedada a adoção de medida capaz de acarretar prejuízo à prestação de serviços públicos.</p> <p>§ 13. É vedada a decretação de indisponibilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta-corrente.</p> <p>§ 14. É vedada a decretação de indisponibilidade do bem de família do réu, salvo se comprovado que o imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida, conforme descrito no art. 9º desta Lei.</p>	

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.</p> <p>§ 1º (Revogado).</p> <p>§ 2º (Revogado).</p> <p>§ 3º (Revogado).</p> <p>§ 4º (Revogado).</p> <p>§ 4º-A A ação a que se refere o caput deste artigo deverá ser proposta perante o foro do local onde ocorrer o dano ou da pessoa jurídica prejudicada.</p> <p>§ 5º A propositura da ação a que se refere o caput deste artigo prevenirá a competência do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>§ 6º A petição inicial observará o seguinte:</p> <p>I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</p> <p>§ 6º-A O Ministério Público poderá requerer as tutelas provisórias adequadas e necessárias, nos termos dos arts. 294 a 310 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</p> <p>§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.</p>	<p>Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.</p> <p>§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.</p> <p>§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.</p> <p>§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)</p> <p>§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.</p> <p>§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.</p> <p>§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000)</p> <p>§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000)</p> <p>§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.</p> <p>§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.</p> <p>§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>§ 7º Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</p> <p>§ 8º (Revogado).</p> <p>§ 9º (Revogado).</p> <p>§ 9º-A Da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação caberá agravo de instrumento.</p> <p>§ 10. (Revogado).</p> <p>§ 10-B. Oferecida a contestação e, se for o caso, ouvido o autor, o juiz:</p> <p>I - procederá ao julgamento conforme o estado do processo, observada a eventual inexistência manifesta do ato de improbidade;</p> <p>II - poderá desmembrar o litisconsórcio, com vistas a otimizar a instrução processual</p> <p>§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.</p> <p>§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.</p> <p>§ 10-E. Proferida a decisão referida no § 10-C deste artigo, as partes serão intimadas a especificar as provas que pretendem produzir.</p> <p>§ 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que:</p> <p>I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial;</p> <p>II - condenar o requerido sem a produção das provas por ele tempestivamente especificadas.</p> <p>§ 11. Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente.</p> <p>§ 12. (Revogado).</p> <p>§ 13. (Revogado).</p>	<p>§11º. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.</p> <p>§ 12º. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do Código de Processo Penal.</p> <p>§ 13º. Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e o art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>§ 14. Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>§ 15. Se a imputação envolver a desconsideração de pessoa jurídica, serão observadas as regras previstas nos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).</p> <p>§ 16. A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.</p> <p>§ 17. Da decisão que converter a ação de improbidade em ação civil pública caberá agravo de instrumento.</p> <p>§ 18. Ao réu será assegurado o direito de ser interrogado sobre os fatos de que trata a ação, e a sua recusa ou o seu silêncio não implicarão confissão.</p> <p>§ 19. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:</p> <p>I - a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia;</p> <p>II - a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);</p> <p>III - o ajuizamento de mais de uma ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato, competindo ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre membros de Ministérios Públicos distintos;</p> <p>IV - o reexame obrigatório da sentença de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito.</p> <p>§ 20. A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.</p> <p>§ 21. Das decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento, inclusive da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação.</p>	

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:</p> <p>I - o integral ressarcimento do dano;</p> <p>II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.</p> <p>§ 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente:</p> <p>I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;</p> <p>II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;</p> <p>III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.</p> <p>§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.</p> <p>§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.</p> <p>§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.</p> <p>§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§ 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.</p>	

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento. Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):</p> <p>I - indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos;</p> <p>II - considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos;</p> <p>III - considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;</p> <p>IV - considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa: a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;</p> <p>b) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida;</p> <p>c) a extensão do dano causado;</p> <p>d) o proveito patrimonial obtido pelo agente;</p> <p>e) as circunstâncias agravantes ou atenuantes;</p> <p>f) a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva;</p> <p>g) os antecedentes do agente;</p> <p>V - considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente;</p> <p>VI - considerar, na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas;</p> <p>VII - indicar, na apuração da ofensa a princípios, critérios objetivos que justifiquem a imposição da sanção.</p> <p>§ 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.</p> <p>§ 2º Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.</p> <p>§ 3º Não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata esta Lei.</p>	

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.</p> <p>Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.</p>	
<p>Art. 18. A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 desta Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.</p> <p>§ 1º Se houver necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada procederá a essa determinação e ao ulterior procedimento para cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens.</p> <p>§ 2º Caso a pessoa jurídica prejudicada não adote as providências a que se refere o § 1º deste artigo no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação, caberá ao Ministério Público proceder à respectiva liquidação do dano e ao cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão verificada.</p> <p>§ 3º Para fins de apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados.</p> <p>§ 4º O juiz poderá autorizar o parcelamento, em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais corrigidas monetariamente, do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato.</p>	<p>Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p align="center">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p align="center">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 18-A. A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, observado o seguinte:</p> <p>I - no caso de continuidade de ilícito, o juiz promoverá a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, o que for mais benéfico ao réu;</p> <p>II - no caso de prática de novos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, o juiz somará as sanções. Parágrafo único. As sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos fiscais ou creditícios do poder público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos.</p>	
<p>Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.</p> <p>§ 1º A autoridade judicial competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, do emprego ou da função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida for necessária à instrução processual ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos.</p> <p>§ 2º O afastamento previsto no § 1º deste artigo será de até 90 (noventa) dias, prorrogáveis uma única vez por igual prazo, mediante decisão motivada.</p>	<p>Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.</p> <p>Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.</p>
<p>Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:</p> <p>I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei;</p> <p>II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.</p> <p>§ 1º Os atos do órgão de controle interno ou externo serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público.</p> <p>§ 2º As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente.</p> <p>§ 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.</p> <p>§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).</p> <p>§ 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.</p>	<p>Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:</p> <p>I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).</p> <p>II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO I Das Disposições Gerais</p>
<p>Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14 desta Lei, poderá instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado e requisitar a instauração de inquérito policial.</p> <p>Parágrafo único. Na apuração dos ilícitos previstos nesta Lei, será garantido ao investigado a oportunidade de manifestação por escrito e de juntada de documentos que comprovem suas alegações e auxiliem na elucidação dos fatos.</p>	<p>Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.</p>
<p>CAPÍTULO VII - Da Prescrição</p> <p>Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.</p> <p>I - (revogado); II - (revogado); III - (revogado).</p> <p>§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.</p> <p>§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.</p> <p>§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:</p> <p>I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; II - pela publicação da sentença condenatória; III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;</p>	<p>CAPÍTULO VII - Da Prescrição</p> <p>Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:</p> <p>I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1o desta Lei</p>

LEI N. 14.230/2021	LEI 8.429/1992
CAPÍTULO I Das Disposições Gerais	CAPÍTULO I Das Disposições Gerais
<p>V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.</p> <p>§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo .</p> <p>§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.</p> <p>§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendemse aos demais.</p> <p>§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.</p> <p>Art. 23-A. É dever do poder público oferecer contínua capacitação aos agentes públicos e políticos que atuem com prevenção ou repressão de atos de improbidade administrativa.</p> <p>Art. 23-B. Nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas</p> <p>§ 1º No caso de procedência da ação, as custas e as demais despesas processuais serão pagas ao final.</p> <p>§ 2º Haverá condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência da ação de improbidade se comprovada má-fé.</p> <p>Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.</p>	

O que se põe em discussão no processo agora examinado é, especificamente, a novidade de beneficiar a retroação da lei – se admitida fosse – àquele que, em momentos pretéritos, foram processados e condenados por improbidade administrativa, nos termos da legislação vigente ao tempo dos fatos pelos quais respondeu judicialmente.

Tendo a nova lei estabelecido que a improbidade condiciona o processamento e condenação pelo ato nos casos em que comprovado dolo, quem antes atingido por condenação em caso de culpa teria desfeito o que antes julgado, na argumentação dos defensores da tese da retroação da lei.

Alega-se que a improbidade importaria condenação, logo teria natureza equivalente à pena por ilícito criminal e, nesse sentido, seria de se aplicar o princípio constitucional da excepcional retroatividade para beneficiar o condenado.

9. A respeito das modificações pela Lei n. 14.230/2021 quanto ao elemento subjetivo para caracterização dos atos de improbidade administrativa, explica, por exemplo, Marçal Justen Filho, a abolição da figura culposa, prevista na norma originária do art. 10 da Lei n. 8.429/2021:

“13.2 A exigência do dolo

Um dos núcleos da reforma promovida pela Lei 14.230/2021 consistiu em afirmar que a improbidade somente se configura nos casos de conduta dolosa. O elemento subjetivo do tipo da improbidade é o dolo. Isso significa a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou a omissão necessária à consumação da infração.

13.3 A intencionalidade da prática do ato reprovável

Apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado. Ou seja, a improbidade é uma conduta necessariamente dolosa. Assim se impõe porque a configuração da desonestidade depende da consciência e da vontade de violar um dever moral.

13.4 A questão da conduta reprovável de cunho culposos

A redação anterior do art. 10 admitia a improbidade em hipótese de conduta culposa. O dispositivo trata de infrações aptas a gerar dano ao erário. Essa solução foi eliminada na reforma de 2021, que eliminou a improbidade quando inexistir consciência quanto à ilicitude e à vontade de produzir o resultado danoso.

A eliminação da improbidade culposa é a solução mais acertada e não implica transigência com condutas danosas ao patrimônio público, nem configura admissão quanto à prática da corrupção.

Toda ilicitude que acarretar dano ao erário sujeita-se a repressão. Existem normas sancionatórias no âmbito civil e administrativo. Em alguns casos, há inclusive tipificação penal. Mas a improbidade, como instituto jurídico diferenciado, é reservada para infrações dolosas.

Ou seja, inexistente cabimento de reconhecer a corrupção em condutas eivadas simplesmente de imprudência, imperícia ou negligência. A exigência do dolo como elemento subjetivo da improbidade reflete o reconhecimento da distinção entre ilegalidade e improbidade. (...)” (Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Comparada e comentada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 25-26).

A modalidade culposa de improbidade administrativa, originariamente prevista na Lei n. 8.429/1992, foi objeto de temperamento pela doutrina e jurisprudência pátrias. Antes das alterações promovidas pela 14.230/2021, admitia-se a caracterização de ato de improbidade culposos nas situações descritas no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, sendo a norma interpretada de forma a se exigir “culpa qualificada” ou “grave”, constatável por erro grosseiro. Sobre esse ponto, por exemplo, tem-se com Emerson Garcia:

“Tratando-se de culpa leve, em muitas situações será possível identificar uma correlação entre a reduzida previsibilidade e o descumprimento dos deveres do cargo em índices por demais insignificantes, o que, em alguns casos, poderá afastar a própria incidência da tipologia legal. Esse aspecto do elemento subjetivo será especialmente relevante no enquadramento legal da inabilidade funcional ou do erro profissional, permitindo verificar, a partir dos padrões subjacentes à estrutura administrativa (informatização da estrutura administrativa, grau de qualificação dos profissionais, etc.), em que medida o agente público se afastou da juridicidade, bem como se comportamento diverso exigiria a presença de um grau de previsibilidade em muito superior àquela que estava apto a oferecer. Em outras palavras: a conduta era escusável ou inescusável?” (*Improbidade Administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 330).

A exegese conferida às normas anteriormente vigentes, contudo, não importa ausência de modificação do tratamento normativo dado ao elemento subjetivo, como sustentado na manifestação da Procuradoria Geral da República (e-doc. 147). A culpa qualificada não se confunde com dolo, admitindo a responsabilização do agente ainda que ausente demonstração de vontade deliberada na prática do ato ilícito.

Conclui-se, assim, que as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, trouxeram tratamento mais benéfico aos réus acusados pela prática de atos de improbidade administrativa, ao exigir expressamente o dolo para caracterização dos ilícitos, especificando que “*considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*”.

As normas aumentaram o nível de exigência para caracterização dos atos de improbidade, não admitindo a modalidade culposa, nem mesmo quando caracterizada culpa grave do agente. Ampliou-se o ônus probatório do órgão autor da denúncia da prática.

Dos prazos prescricionais modificados pela Lei n. 14.230/2021.

10. A norma vigente antes da modificação introduzida pela Lei n. 14.230/2021 previa:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)”.

O dispositivo passou a estabelecer, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021:

“Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir

da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - pela publicação da sentença condenatória; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)”.

Das alterações legislativas, verifica-se que o prazo prescricional ampliou-se de cinco para oito anos. Entretanto, os marcos iniciais de contagem foram alterados para a data da ocorrência do fato ou cessação da permanência, além de ter sido expressamente introduzida a prescrição intercorrente, estabelecendo que “o prazo recomeça a correr do dia da interrupção”, mas “pela metade do prazo previsto no caput deste artigo” (artigo 23, § 5º)”, pontos favoráveis aos réus de improbidade administrativa.

Da irretroatividade das normas introduzidas pela Lei n. 14.230/2021

11. Assentadas essas premissas, põe-se a questão da retroatividade – ou não – das modificações benéficas aos denunciados introduzidas pela Lei n. 14.230/2021, quanto aos atos praticados antes de sua entrada em vigor, ocorrida em 25.10.2021.

Como destacado pelo Ministro Alexandre de Moraes no voto em que reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional tratada, há divergência doutrinária sobre o tema. Há respeitáveis administrativistas que defendem a aplicação dos princípios protetivos do direito penal ao direito administrativo sancionador, afirmando não haver diferença ontológica entre os ilícitos penais e administrativos.

Essa extensão genérica e irrestrita dos princípios próprios do direito penal para a esfera administrativa, contudo, não leva em consideração as finalidades e a autonomia do direito administrativo, que exige uma incursão mais aprofundada no tema.

12. Alice Voronoff, em sua obra *Direito administrativo sancionador no Brasil*, traça um panorama histórico em que se verifica “ora a ‘administrativização’ de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, e ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas”, o que gerou “essa espécie de promiscuidade entre os dois ramos do direito”, levando à “conclusões equivocadas no que tange ao papel e à função desempenhada pelo direito administrativo sancionador e suas ferramentas” (*Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 32).

O direito penal é usualmente apontado como *ultima ratio*, instância mais gravosa e protetora dos bens jurídicos mais caros à sociedade, incidente quando não se mostram suficientes as repressões dos outros ramos do direito. A sanção penal atinge a liberdade individual e possui um caráter inegavelmente retributivista, de “pagar com mal o mal causado”. Ainda que se afirme não haver diferença ontológica entre os ilícitos penais e administrativos, ficando essa definição a cargo do legislador, inegável a existência de uma gradação de gravidade entre as sanções penais e administrativas.

O direito sancionatório administrativo possui finalidade distinta da atribuída ao direito penal. José Cretella Júnior afirma que “não são as penas disciplinares castigos, no sentido do direito penal, mas meios que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos” (*Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 131). No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello reconhece que o direito administrativo sancionador visa punir atos contrários ao interesse da administração pública, ao passo que a pena se voltaria a atos contrários aos interesses sociais (*Princípios gerais do direito administrativo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 501).

Alice Voronoff conclui que “no campo penal, o monopólio do Poder Judiciário tem fundamento na proteção da liberdade humana. Já no direito administrativo sancionador, a reserva jurisdicional para a demissão de servidores ocupantes de cargos de provimento vitalício não se justifica como garantia

do indivíduo, mas como prerrogativa do cargo público. Ela atua como instrumento de proteção de funções que, ao ver do constituinte, são essenciais ao funcionamento saudável do Estado Democrático de Direito. Também aqui, o foco imediato não é o indivíduo nem a proteção de suas liberdades, mas a preservação da função pública e das condições institucionais para que ela seja exercida adequadamente” (Op. Cit. p. 127).

13. As sanções pela prática de atos de improbidade administrativa encontram previsão constitucional no capítulo que trata das disposições gerais sobre a Administração Pública:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (grifos nossos).

A moralidade administrativa é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo sua proteção a finalidade sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa. Em artigo doutrinário, defendi:

“4. O advento da Constituição da República brasileira de 1988 veio dar expressão ao princípio constitucional da moralidade administrativa, que é hoje considerado, em todo o mundo, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Não se pode considerar a existência de democracia sem ética, bem como não se pode considerá-la tão-somente existente por ausência de violência física; e, afinal, a falta de ética no exercício do desempenho dos cargos públicos significa uma violência moral contra os cidadãos, contra os administrados, sendo, portanto, absolutamente inaceitável. A expressão do princípio da moralidade administrativa no texto constitucional de 1988 não pode significar, pois, que antes não houvesse a preocupação e inclusive a introdução e a garantia jurídica da moralidade administrativa nos sistemas vigentes no País.

O que se põe como grande e alvissareira mudança com o advento da Constituição da República de 1988 é a convicção de que a moralidade administrativa passa, a partir de então, a ser considerada princípio constitucional expresso e autônomo. Significa dizer que se poderia, e se pode, com base em norma fundamental específica, direta e expressa, inclusive, acionar judicialmente autoridades e servidores de uma maneira geral pela prática de atos contrários à moralidade administrativa no exercício dos seus respectivos cargos.

(...)

5. A Lei nº 8.429, promulgada em 1992, veio exatamente na seqüência do quanto disposto sobre a matéria pela Constituição de 1988. Tendo por base exatamente o quanto posto como princípio naquele diploma maior, essa lei veio dar densidade e eficácia ao princípio da moralidade administrativa, a qual, em seu art. 4º, reitera a obrigação de todos os agentes públicos velarem pela estrita observância dos princípios da legalidade,

impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos inerentes aos seus respectivos ofícios, o que já se contém, igualmente expresso, no art. 37 da Constituição da República” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas. Boletim de Direito Administrativo: BDA, São Paulo, v. 16, n. 12, p. 919- 920, dez. 2000).

O agente público – entendido na Lei de Improbidade Administrativa como “o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” (art. 2º) - integra os órgãos que compõem a Administração Pública, submetendo-se a regras e critérios legais para o seu desempenho e o controle a ser exercido sobre suas atividades.

Segundo Hely Lopes de Meirelles:

“O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do *probus e do improbus administrator público* está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais, nos seguintes termos: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, § 4º)” (Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 118)

14. A finalidade de proteção da coisa pública, da probidade administrativa e da eficiência na administração pública não pode ser afastada quando se abordam os atos de improbidade administrativa. Tratam-se de valores constitucionais fundamentais à ordem jurídica, essenciais para se traçar a diferenciação entre as sanções político-civis previstas no §4º do art. 37 da Constituição da República e as sanções penais.

Maria Sylvia Zanella di Pietro explica:

“A primeira observação a fazer é no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um ilícito penal, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar. É o que decorre da própria redação do dispositivo constitucional, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que a lei estabelecerá a forma e gradação ‘sem prejuízo da ação penal cabível’. Por outras palavras, pode ocorrer que algum dos ilícitos definidos em lei como ato de improbidade corresponda a um crime definido em lei, por exemplo, a um dos crimes contra a Administração Pública previstos no capítulo pertinente do Código Penal ou a um dos crimes de responsabilidade definidos na legislação específica sobre a matéria, já referida no item anterior.

Isso permite concluir que: (a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no artigo 37, §4º, da Constituição não têm a natureza de

sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas 'sem prejuízo da ação penal cabível'; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.

(...) A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário” (Direito Administrativo. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1047- 1048, grifos nossos).

15. A norma constitucional que prevê a retroatividade da norma penal mais benéfica é expressa ao restringir sua incidência à esfera criminal: “Art. 5º. (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Trata-se de uma exceção à irretroatividade das leis. A máxima “*tempus regit actum*” é a regra do sistema jurídico e funda-se no princípio da segurança jurídica, estabilizando as relações segundo as normas vigentes à época em que estabelecidas.

Ainda que haja princípios comuns aplicáveis ao direito penal e ao direito administrativo sancionador – como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, a que os incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição da República fazem referência - a extensão automática de normas de exceção e de incidência restrita ao direito penal não se justifica diante da finalidade protetiva distinta desses dois ramos do direito e da diversidade da gravidade das sanções por eles instituída.

Cito as observações Vladimir da Rocha de França e Giulliana Niederauer Flores Severo de Moraes:

“De modo geral, qualquer pretensão punitiva estatal esbarra em um núcleo de regras e princípios que derivam do direito constitucional, de modo que a imposição de sanções, de qualquer natureza, ao indivíduo, pelo Estado, adquire contornos jurídicos próprios em cada ramo do direito.

Significa dizer que, apesar de o direito penal e o direito administrativo sancionador compartilharem do mesmo núcleo de regras e princípios constitucionais relativos à aplicação de sanções pelo Estado, isso, por si só, não é capaz de conferir unidade ao ius puniedi, já que a aplicabilidade de cada uma das cláusulas constitucionais adquire formas diferenciadas diante da natureza da relação estabelecida entre o administrado e o Estado.

Há uma diferença substancial entre os regimes jurídicos penal e administrativo, especialmente quando à finalidade de cada um deles. Basta observarmos que o direito administrativo sancionador não compartilha do mesmo ideal penalista de proteção aos direitos humanos e às liberdades individuais, diferentemente do direito administrativo, que não se desvincula da persecução ao interesse público.

A título de exemplificação, verificamos que, com relação ao ilícito administrativo, não incide a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. No direito penal, o legislador adotou um sistema de rígida tipicidade, estabelecendo para cada conduta ilícita uma sanção específica, enquanto que no direito administrativo sancionador, especialmente o disciplinar, os regulamentos apenas preveem um rol de deveres e obrigações funcionais dos servidores públicos, mas não instituem, de forma determinada e vinculada, as sanções que devem ser aplicadas em cada caso, sendo, portanto, um sistema de tipicidade pouco rígida e que abre margem de apreciação do Administrador na aplicação da sanção” (O processo administrativo disciplinar à luz da teoria

do processo sancionador. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 19. ano 5. p. 73-99. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021, grifos nossos).

As penalidades impostas aos atos de improbidade administrativa, conquanto severas, restringem-se ao aspecto político (suspensão dos direitos políticos), funcional (perda da função pública) e patrimonial (ressarcimento ao erário e multa), não atingindo a esfera da liberdade do indivíduo como ocorre com as penas criminais. As finalidades precípua das sanções por ato de improbidade administrativa são: afastar o agente desonesto da administração pública e recompor o patrimônio público, assegurando a probidade administrativa. Já na esfera criminal o condenado é alijado da convivência social com a privação da liberdade. Alice Voronoff observa:

“Com efeito, há subjacente ao direito penal uma percepção de maior gravidade ético-social que justifica a privação da liberdade individual. Lida-se com os bens jurídicos mais caros à sociedade como a vida e a integridade física. Ao mesmo tempo, privar a liberdade de ir e vir dos indivíduos exige maiores garantias e controle da atuação estatal.

Já no direito administrativo, lida-se com esquemas sancionatórios que precisam ser dinâmicos. (...)” (Ob. cit. p. 218).

Rafael Munhoz de Mello, realçando a diferença entre o direito administrativo sancionador e o direito criminal, afasta a extensão do inc. XL do art. 5º da Constituição da República:

“A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador.

Com efeito, a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. Como ensinam Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, é o princípio do favor libertatis que justifica a retroatividade da lei penal mais benéfica, considerando-se a gravidade da pena de prisão e os efeitos que tal medida produz sobre o condenado, só superados pelos efeitos da pena de morte. No direito administrativo sancionador não há espaço para o argumento, sendo certo que a sanção administrativa não pode consistir em pena de prisão.

Acrescentam, ainda, os referidos autores, como fundamento da retroatividade da lei penal mais benéfica, o ‘giudizio di massimo disvalore etico-sociale’ que acompanha a pena criminal, ‘che rende intollerabile l’idea di continuare a punire tale giudizio sia stato revocato’. De fato, o direito penal tem por objeto normas que tipificam como criminosas condutas consideradas pelo legislador como gravemente contrárias à ‘consciência ético-jurídica do povo’. No direito administrativo sancionador ocorre algo diferente, como já foi ressaltado: as normas jurídicas disciplinam o exercício da função administrativa, estabelecendo, em alguns casos, deveres e obrigações particulares” (Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 154-155).

Fábio Medina Osório igualmente afasta a retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador, afirmando que este “*não se equipara ao criminal, dado seu maior dinamismo*” (*Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2015. p. 201).

É de se destacar que, mesmo no âmbito criminal, a retroatividade da lei penal mais benéfica não desconstitui completamente a sentença condenatória, restringindo-se aos efeitos penais atuais e futuros dela decorrentes, não repercutindo sobre os efeitos extrapenais da condenação, como a obrigação de reparar o dano e a perda da função, cargo público ou mandato eletivo (art. 2º do Código Penal c/c arts. 91 e 92 do mesmo diploma).

16. Este Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.019.161 AgR, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.5.2017, consignou que “*a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade da pessoa, admitindo, até mesmo, o ajuizamento de revisão criminal após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há qualquer tempo*”. É a ementa do acórdão:

“ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS PARTIDÁRIAS DO EXERCÍCIO DE 2009. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (LEI 13.165/2015) NA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONTAS REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DA NORMA CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O processo de análise de contas partidárias está contido no conjunto da jurisdição cível, na qual impera o princípio do tempus regit actum. Ou seja, na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época. II - O caráter jurisdicional do julgamento da prestação de contas não atrai, por si só, princípios específicos do Direito Penal para a aplicação das sanções, tais como o da retroatividade da lei penal mais benéfica. III - Questão que se interpreta com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), sendo esta a norma que trata da aplicação e da vigência das leis, uma vez que não há violação frontal e direta a nenhum princípio constitucional, notadamente ao princípio da não retroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/1988). IV - Eventual violação ao texto constitucional, que no presente caso entendo inexistente, se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. V - Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE n. 1.019.161- AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 12.5.2017)

No mesmo sentido, cito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ELEITORAL. PESSOA JURÍDICA. MULTA APLICADA EM DECORRÊNCIA DE DOAÇÃO ACIMA DOS LIMITES LEGAIS. ART. 81, §2º, DA LEI 9.504/1997 REVOGADO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. OFENSA REFLEXA. VALOR DA SANÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E AO ART. 14, § 9º, CF. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E REEXAME DE FATOS E PROVAS INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. DESPROVIMENTO. 1. As regras para aplicação da lei no tempo e retroatividade da norma mais

benéfica estão previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Hipótese em que a violação ao Texto Constitucional, se houvesse, seria reflexa ou indireta. 2. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o TSE, quanto ao valor da multa aplicada, seria necessário o reexame da legislação aplicável à espécie, bem como de fatos e provas (Súmula 279 do STF), providência inviável em sede de apelo extremo. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC” (ARE n. 1.212.133-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 5.2.2020).

17. A retroatividade da lei mais benéfica restringe-se às normas penais, não admitindo interpretação extensiva, seja por ausência de previsão expressa no texto constitucional, seja pela divergência existente entre a natureza das sanções penais e das penalidades civis/administrativas, seja pela autonomia e finalidade diversas dos ramos jurídicos distintos.

18. Pelo exposto, **voto pela fixação da tese de que “não retroagem as disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.**

Do caso concreto

19. Consta do relatório do Ministro Relator no acórdão em que se reconheceu a repercussão geral:

“Na origem, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou ação civil pública, com o objetivo de condenar a ré, ROSMERY TEREZINHA CORDOVA, ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da atuação como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS.

Narra que, em 21 de março de 1994, a requerida celebrou contrato de prestação de serviços advocatícios com a Autarquia previdenciária para a defesa dos interesses do Instituto nas causas que lhe forem encaminhadas, incluindo, a propositura, o acompanhamento de ações e a interposição de recursos cabíveis, salvo orientação expressa em contrário da respectiva Procuradoria.

Aduz o INSS que (Vol. 1, fls. 5-6):

“a requerida descumpriu o contrato ajustado, adotando uma conduta negligente em várias atuações processuais na condição de representante do requerente causando, destarte prejuízo ao erário, conforme demonstrativo a seguir.

A conduta lesiva praticada pela requerida, decorreu da perda de prazos para contestar, embargar, apelar e promover andamento de execuções fiscais e etc., tudo isto conforme se vê no MEMORANDO Nº 04/98, de autoria do Dr. Wanderley do Carmo (fls. 98/99).

[...]

Na sequência, far-se-á um breve relato das ações em que houve atuação negligente da requerida, sendo que serão indicadas nas folhas do Processo Administrativo (PA) cuja cópia segue anexa a presente, em que constam as informações de forma mais completa, inclusive com a indicação de documentos comprobatórios dos fatos alegados: (...)”

Ressalta que, dos fatos narrados acima, foram apurados, mediante o processo administrativo instaurado no âmbito do INSS, prejuízos ao INSS no valor de R\$ 391.458,69, atualizados até maio de 1999, e que a defesa apresentada pela requerida não logrou excluir a responsabilidade da contratada. Mencionou que no parecer final da Procuradoria ficou clara a incúria da requerida no desempenho de sua atividade contratual, contudo, concluiu-se por atribuir à requerida a responsabilidade pelo ressarcimento à Autarquia do montante de R\$ 123.2777,00, até maio de 1999, haja vista a recuperação de parte das perdas por meio da atuação da Procuradoria local, que interpôs os recursos ainda viáveis nos processos, e a dedução dos honorários que a requerida tinha por receber.

Por fim, pleiteia a condenação da ré ao ressarcimento do prejuízo causado ao INSS “em face de sua conduta omissiva”, pois “deixou de observar suas obrigações contratuais, com atuação relapsa, descumprindo seus deveres no desempenho da função pública, e com isso causando prejuízos ao erário” (Vol. 1, fl. 17).

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar não ter havido ato de improbidade administrativa. Condenou, assim, o INSS ao pagamento de multa por litigância de má-fé, custas processuais e honorários advocatícios.

Vejamos os trechos da sentença de interesse para o presente (Vol. 3, fls. 24-33):

“O INSS imputou à ré a prática de atos de improbidade previstos no art. 10, caput e incisos I, X e XII da Lei de Improbidade Administrativa, enumerando 15 (quinze) processos nos quais, segundo a tese inicial, a ré, na qualidade de advogada credenciada do INSS, teria atuado negligentemente, deixando de promover de modo regular a defesa da autarquia e causando prejuízo ao erário. Ao final, esclareceu que apenas de quatro ações decorreram efetivamente condenações em desfavor do INSS.

[...]

De início, tenho que a conduta imputada à requerida não se enquadra nos incisos I e XII do art. 10 da LIA, pois não se pode desconsiderar que a condenação do INSS proveio de decisões judiciais em que se reconheceu o direito dos particulares em face do INSS. Friso que contra a autarquia não ocorrem os efeitos da revelia, e por isso as condenações foram objeto de prévia análise de provas produzidas pelas partes litigantes, de modo que não se pode concluir, de foma alguma, que houve enriquecimento ilícito dos segurados/beneficiários da Previdência Social, por culpa da requerida.

Poder-se-ia dizer que a conduta se amolda ao disposto no art. 10, inciso X da LIA. Contudo, como se verá a seguir, nem mesmo este ato de improbidade a requerida cometeu.

A lei nº 8.429/92 contém três espécies de atos de improbidade administrativa: os que importam em enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), os que importam em lesão ao erário (art. 10) e os que ferem os princípios da administração pública (art. 11).

O art. 11 da LIA prevê expressamente a modalidade culposa:

[...]

Portanto para a responsabilização da ré, deve estar presente o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e o elemento objetivo (prejuízo ao erário).

A autarquia autora atribuiu (...) ato de improbidade em razão da negligência na atuação como advogada credenciada do INSS. De plano, exclui-se o dolo (direto ou eventual), porque a negligência provém do elemento subjetivo culpa:

[...]

A requerida informou que teve sob sua responsabilidade entre os anos de 1994 a 1999 cerca de 6.000 (seis mil)

processos judiciais nos quais trabalhou. O autor aponta na petição inicial 15 (quinze) processos em que houve perda de prazo para a prática de ato processual que competia à requerida.

É notória a situação de precariedade de recursos, tanto humanos quanto de material e de equipamentos que as procuradorias federais enfrentam nos dias atuais. Tal situação era ainda mais grave na época em que ocorreram os fatos mencionados na petição inicial. Na época, tal como noticiou a requerida não havia qualquer meio eletrônico de controle dos prazos processuais a ela submetidos. Não havia um procurador autárquico em Guarapuava até a chegada do Dr. Wanderley do Carmo, daí a necessidade de contratação de advogados autônomos (f. 02 do apenso I).

Não há notícias de que houvesse assessores aos advogadas credenciados, mas apenas um funcionário responsável por extrair os dados do Diário de Justiça. A requerida atendia as comarcas de Guarapuava, Laranjeiras do Sul e Quedas do Iguaçu e, posteriormente, também as comarcas de Francisco Beltrão, Dois Vizinhos, Capanema, Realeza, Barracão, Salto do Lontra e Santo Antônio do Sudoeste, conforme f. 38 e 60 do apenso I.

Não descuido que o fato de não lhe serem fornecidos os cálculos dos julgados que demandavam a apresentação de embargos não impediria a requerida de apresentar em juízo as petições cabíveis, mesmo não instruídas. Porém, o número de atos processuais não praticados em razão da suposta negligência da ré (em quinze processos) é um número absolutamente aceitável ao se considerar que a requerida atuava em cerca de 6.000 processos.

Se por um lado, tem-se que a requerida é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa (art. 32 da Lei nº 8.906/94), por outro, não se pode alçar à categoria de ato de improbidade os deslizes que, no exercício da profissão de advogada de autarquia previdenciária, com acúmulo de serviço, a requerida cometeu.

Outrossim, as declarações da ré no sentido de que se dedicava integralmente à advocacia em prol do INSS são comprovadas pelos documentos das f. 134-159 do apenso I, que demonstram que a ré se fez presente na Procuradoria do INSS em várias oportunidades durante a noite ou mesmo de madrugada.

Somem-se a isso os documentos juntados às f. 99-103, que demonstram que a ré não teve qualquer oportunidade de defesa no ato de descredenciamento. É certo que a Ordem de Serviço/INSS/PG/Nº 14, de 03 de novembro de 1993, no item 28 (f. 09 do apenso I) prevê a possibilidade de rescisão do contrato de prestação de serviços a qualquer tempo no caso de prática de atos ou omissão, lesivos aos interesses da instituição, na condução da defesa judicial ou conduta contrária à ética profissional (letra c). Tal regramento não previu expressamente a possibilidade de apresentação de defesa pelos advogados credenciados.

Contudo, a Constituição Federal assegura a ampla defesa e o contraditório no art. 5º, inciso LV. Não se olvide que a rescisão do contrato de prestação de serviços da requerida (f. 102-103 do apenso I) constitui-se em ato administrativo resultante de um procedimento em que a requerida não teve qualquer direito a apresentar defesa ou especificar provas, o que se revela em flagrante ofensa ao texto constitucional e à lei nº 9.784/99, que dispõe:

[...]

E, se não fosse isso, houve autorização ara compensação de prejuízos com os honorários advocatícios, medida que está prevista na Ordem de Serviço acima citada apenas para os casos de rescisão com fundamento nas alíneas c e d do item 28.

Destarte, estas circunstâncias revelam, cada vez mais nitidamente, que a requerida foi alvo de decisão sumária e arbitrária, sem apuração dos fatos, em razão da imputação à requerida dos fatos mencionados no memorando das f. 99-100 do apenso I.

Tolerar a tramitação destes autos, até a presente data, é prestigiar a inquisição, a tomada de decisões arbitrárias e a violação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Por essas razões, invoco o disposto no art. 17, § 8º da Lei nº 8.429/92, que dispõe que, recebida a manifestação,

o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita e, por estar convencido da improcedência dos pedidos contidos nesta ação de improbidade e da ausência de dolo ou culpa da requerida, julgo-os improcedentes.” (destaques no original; grifos nossos).

Irresignado, apelou o INSS, requerendo, em preliminar, a declaração de nulidade da sentença em face da ausência da adequada instrução probatória, uma vez que o Juízo a quo não teria valorado as provas testemunhais carreadas aos autos, que demonstram a conduta ímproba da parte ré.

O TRF 4ª Região deu provimento à apelação do INSS, determinando a devolução dos autos ao Juízo de origem para que proceda à devida instrução processual. Eis a ementa do acórdão (Vol. 5, fl. 85):

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. NULIDADE. Considerando a insuficiência da instrução probatória carreada aos autos, nula a sentença que extinguiu processo com resolução de mérito.”

Opostos Embargos de Declaração pela ora recorrente, foram parcialmente acolhidos, nos termos da seguinte ementa (Vol. 6, fl. 70):

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO: INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRODUZIDA PARA JUÍZO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa. A tese de imprescritibilidade consagrada com fundamento no art. 37, § 5º, só é rechaçada para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, ante a irretroatividade do texto constitucional.

Ao apreciar o recurso interposto pelo INSS, esta Corte acolheu a alegação de cerceamento de defesa, por ausência de adequada instrução probatória, e anulou a sentença, com o que restou prejudicada a análise dos demais itens da apelação (notadamente os que dizem respeito ao mérito da insurgência), inclusive a ocorrência ou não de inovação recursal. Isso porque, mais do que a produção das provas que foram preteridas, a oportunidade para contrapor, em razões finais, o depoimento pessoal da ré, que embasou o convencimento do juízo a quo, era fundamental para o julgamento da lide, tal como delineada na inicial.

O cerceamento de defesa não se configura apenas pela não produção de provas requerida, mas também pela falta de oportunidade da parte de contraditar aquelas existentes nos autos, afora a insuficiente análise da documentação apresentada pelo juízo a quo .

Inconclusas as fases probatória e de razões finais, prejudicada a apreciação da alegação de manifesta improcedência da ação ou, ainda, do próprio mérito da lide, com base nas provas já produzidas (por se tratar de “má apreciação das provas”, e não hipótese de nulidade da sentença), sob pena de afronta ao devido processo legal. A prerrogativa reconhecida ao juiz de livre apreciação das provas e a exigência de que o tribunal aprecie toda a matéria devolvida ao seu conhecimento (arts. 131 e 515, § 1º. do CPC) não autorizam o imediato enfrentamento do mérito da lide, se não restou assegurado às partes o devido processo legal e existe a possibilidade de supressão das irregularidades detectadas na tramitação do feito, com o seu retorno à origem.” (grifos nossos)

20. Dos trechos da petição inicial da ação de ressarcimento ao erário ajuizada pelo INSS cotejados com os excertos da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, verifica-se que

não foram sequer narrados pela parte autora atos dolosos supostamente praticados pela requerida, sendo-lhe imputada apenas conduta negligente em sua atuação profissional como advogada contratada pela autarquia.

Diante desse quadro, desnecessária a reabertura da fase instrutória para apuração do elemento subjetivo da parte ré, pois incumbia à requerente, na petição inicial, a descrição adequada da conduta ímproba dolosa para fins de ressarcimento ao erário, uma vez que, nos termos da jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento restringe-se a essas situações. Nesse sentido, as teses fixadas com repercussão geral:

(a) TEMA 666, decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), com a seguinte TESE: É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil;

(b) TEMA 897, decidido na Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN, com a seguinte TESE: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa; e

(c) TEMA 899, decidido na Repercussão Geral no RE 636.886, de minha relatoria, com a seguinte TESE: É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

21. Portanto, dou provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, por contrariedade à tese fixada no Tema 897 com repercussão geral, mantendo a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Bem examinados os autos, reconheço que a questão que se coloca possui feição eminentemente constitucional, pois consiste em saber se a regra petrificada no art. 5º, XL, da CF, no sentido de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, deve ser base interpretativa aos chamados atos de improbidade, em face de alteração legislativa superveniente.

Cumpre assinalar, desde logo, a blindagem constitucional dada à retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, configurada, como acima aludido, como cláusula pétrea de nosso Texto Magno, e também como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, o que a torna garantia individual de todos os cidadãos.

Em outubro de 2021, pois, editou-se a Lei 14.230/2021, conhecida como Nova Lei de Improbidade Administrativa. Referida legislação trouxe reformas estruturais na Lei 8.429/1992, como, por exemplo, a eliminação do elemento subjetivo culpa dos atos de improbidade, bem como a criação de regras de prescrição intercorrente aos processos que envolvam essa disciplina jurídica. É de se ver, contudo, que o próprio art. 1º, § 4º, da Lei 8.429/1992, já dispunha que se aplicam ao sistema da improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Face à novel legislação, tem-se como atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando, assim, a voluntariedade do agente, nos termos do art. 1º, § 1º, da referida Lei. Ademais, conforme o § 2º do mesmo dispositivo legal, considera-se dolo a vontade livre e consciente de se alcançar o resultado ilícito tipificado nos supracitados artigos, não bastando, como dito, a mera voluntariedade do agente.

Por fim, assevera o § 3º do art. 1º que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem a comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade do agente por atos de improbidade administrativa.

No que toca à prescrição, a redação do art. 23 da Lei 8.429/1992 disciplina o seguinte, verbis:

“Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

[...]

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo”.

Feito este breve exame sistêmico, relembro que a história das sociedades democráticas modernas avançou contemporaneamente para a consolidação de um Estado de Direito que se sustenta, dentre outros pilares, exatamente em subordinar a ação estatal ao atendimento do interesse público e à inexorável observância de valores que passaram a ser expressos como direitos fundamentais dos cidadãos. A contenção do arbítrio do Estado é sensivelmente importante ao exame do seu poder punitivo, seja em razão do *jus puniendi* criminal, seja naquilo que toca às penas impostas pela própria Administração Pública por atos de indisciplina de administradores e administrados.

Nota-se que o desenvolvimento das atividades sancionatórias do Estado no campo administrativo, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo de atividade de polícia, levou à hodierna concepção de manifestação específica do seu *ius puniendi*, destinado à tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade. A própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu corpo diversos princípios que confirmam isso, aplicáveis ao sistema punitivo na seara administrativa, tais como: (i) o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; (ii) o princípio da segurança jurídica; (iii) o princípio da legalidade; (iv) o princípio da tipicidade; (v) princípio do juiz natural; (vi) o princípio da responsabilidade subjetiva dos infratores; (vii) a necessidade da motivação dos atos administrativos sancionadores; (viii) o princípio da individualização da pena administrativa.

No tema, Fábio Medina Osório leciona que o processo administrativo sancionador é finalisticamente dirigido à busca do equilíbrio de forças, paridade de armas e consagração da presunção de inocência, ao mesmo tempo em que se volta à verificação das responsabilidades cabíveis e imposição das sanções pertinentes.

A fim de consolidar esse entendimento, o referido autor afirma:

“Em linhas gerais, percebemos que o poder sancionador evolui para o direito punitivo e este em direção a uma especialização funcional, diversificando-se em direito penal e direito administrativo sancionador. Primeiro, o direito punitivo constitui limite ao poder sancionador da autoridade. Esta, por sua parte, passou a encarnar a chamada função de polícia, nos Estados de Polícia, já uma evolução em relação ao que se concebia nos Estados tipicamente feudais. A genérica função estatal de polícia se subdividia em várias outras, incluindo a judicial.

O direito administrativo já aparecia, embrionariamente, junto ao direito penal, nesse momento, na tutela de funções ordenadoras e repressivas da autoridade. Na sequência, o direito penal se consolida como ramo jurídico mais grave, rigoroso, severo, identificando-se sobremaneira com o direito punitivo” (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189).

Na mesma senda, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou nos autos da Rcl 41.557/SP:

“A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal e do sistema criminal.

Nesse sentido, considera-se ‘a lei de improbidade administrativa uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil’ (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190).

No ponto, desenvolve a doutrina:

‘Para além de refletir e buscar solucionar os complexos problemas dogmáticos trazidos pela aproximação entre direito penal e direito administrativo, é, também, preciso adotar um enfoque conjunto no campo da política sancionadora. Assim, seguindo a proposta de Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão’ (LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122).

Partindo dessas premissas sucintamente expostas, tenho que o direito administrativo sancionador e o direito penal possuem considerável similitude ontológica e principiológica, pois ambos se materializam no poder-dever de punir do Estado, com a potencialidade de apenar o jurisdicionado com sanções de natureza patrimonial, pessoal e funcional, todas de invulgar repercussão em sua esfera privada e aptos a ensejar, inclusive, privação ou restrição de liberdade (no campo penal), imposição de reparação civil e multa, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A Lei de Improbidade Administrativa também consagra a sua proximidade com o direito penal ao prever que a ação de improbidade é repressiva, de caráter sancionador, destinando-se à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas na referida lei, conforme disposto em seu art. 17-D, com a redação dada pela Lei 14.230/2021:

‘Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985’.

A toda evidência, portanto, o direito administrativo sancionador traduz uma das manifestações do *jus puniendi* estatal, o que, exatamente por sua natureza conceitual, a meu ver, reclama moderação hermenêutica. Para tanto, é preciso haver o diálogo de fontes entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, este, com a autoridade de tutelar os bens jurídicos mais relevantes contra as infrações mais graves. Disso decorre a máxima retroatividade da lei mais benéfica, constitucionalmente assegurada, e que deve ser aplicada, com a devida vênua àqueles que pensam em sentido contrário, ao microsistema da improbidade administrativa.

Rememoro que, na perspectiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao acusado prevalece de acordo com a natureza do direito aplicável ao caso. Veja-se:

“Art. 9º - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.

No mesmo sentido, é longevo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a prevalência do princípio da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica, aplicável também a processos ou procedimentos não criminais. Veja-se os seguintes precedentes: *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, parágrafo 103, São José da Costa Rica, 2 de fevereiro de 2001; *Del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, parágrafo 68, São José da Costa Rica, 31 de janeiro de 2001; *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, parágrafo 89, São José da Costa Rica, 3 de maio de 2001.

A Corte Europeia de Direitos Humanos não destoa deste entendimento, como se pôde ver no famoso caso *Öztürk vs. Alemanha*, ao consagrar o direito administrativo sancionador como um “subsistema penal”, comungando de semelhantes princípios, como, v.g., o da retroatividade de normas mais benéficas e o do *non bis in idem* (*Örtürk vs Germany, Application*, caso 8544/1979, Strasbourg, 21 de fevereiro de 1984).

O mesmo entendimento é visto em reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, como no Resp. 1.153.083/MT, redatora para o acórdão a Ministra Regina Helena Costa, quando asseverou que “[o] art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage”. Também nos autos do Ag-Int no RMS 65.486/RO, o Ministro Mauro Campbell Marques arrematou:

“O processo administrativo disciplinar é uma espécie de direito sancionador. Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa”.

Daí porque não há se falar em insegurança jurídica ou alteração de entendimento dominante caso acolhida a tese ora sustentada, especialmente se considerados os diversos precedentes neste exato sentido da lavra dos mais diversos tribunais pátrios.

Em face do exposto, voto pelo provimento do recurso, a fim de que seja extinta a ação de ressarcimento movida contra a recorrente. Quanto à tese, muito embora eu tenha acompanhado o

entendimento inaugurado pelo Ministro André Mendonça, e com a ressalva do meu entendimento acima descrito, aprovo a tese acolhida pela maioria dos membros desta Corte com a seguinte redação: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - dolo 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é irretroativa, em virtude do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, acompanhei atentamente os alentados votos e intervenções até agora vocalizados e, com o benefício da reflexão que o interregno entre as sessões propicia, foi inevitável recordar página clássica de Hartmut Maurer, na qual disserta sobre a correspondência recíproca entre **direito constitucional** e **realização da Constituição**. Diz o emérito Professor da Universidade de Konstanz: *“a realidade pergunta, o direito responde, mas pela questão também a resposta é determinada e prejudgada até a um certo grau. Se na prática aparecem novos problemas ou conjecturas existentes mostram-se em nova luz, resultam também para a interpretação novas provocações”*. (MAURER, Hartmut. **Direito do Estado: fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais**. 6ª ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018, p. 73).

De modo mais imediato, o ensinamento de Hartmut Maurer alinha-se à premissa largamente compartilhada pelo Direito Constitucional contemporâneo, de que “a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado” (HÄBERLE, Peter. “Zeit und Verfassung”. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. (org). **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Baden-Baden: Nomos, 1976, p. 316-317).

Todavia, o quanto até agora discutido nestes autos revela uma outra dimensão na lição de Hartmut Maurer, e que assume as vestes de uma advertência para quem atua na concretização do direito: se novos problemas conduzem a novas interpretações, é primordial ter redobrado zelo

na escolha/construção do problema a ser enfrentado. Refiro-me, mais diretamente, à avaliação – confessada ou escamoteada – que amiúde se tem feito acerca da Lei 14.230/2021: uma atuação do Congresso Nacional deliberadamente pensada para inviabilizar o combate à corrupção. Tal juízo, como previsível, se faz acompanhar do olímpico argumento da moralização administrativa.

Eu ponho em disputa esse diagnóstico da realidade, Senhor Presidente. Não encontra apoio factual algum a tese de que, desde 1992, a corrupção foi eficazmente combatida pela propositura de ações de improbidade administrativa. Apenas episodicamente isso assim se deu. O que os dados demonstram é que tais ações dedicaram-se, precipuamente, a punir o administrador ineficiente ou negligente.

Com efeito, o *Grupo de Improbidade Administrativa do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa* realizou pesquisa empírica, divulgada em 2019, cujo objeto foi o conjunto de 800 acórdãos publicados pelo Superior Tribunal de Justiça relativamente a ações de improbidade administrativa ajuizadas contra prefeitos – esse elo mais fraco da cadeia alimentar do mundo político. **Constatou-se que menos de 10% dos processos versava enriquecimento ilícito. Além disso, metade das ações tinham por causa de pedir ofensas a princípios da Administração Pública, ou seja, resultavam do enquadramento das condutas no mal redigido e residual art. 11 da Lei 8.429/1992.** Um resíduo que virou a principal ferramenta de trabalho para quem fazia da narrativa o equivalente funcional do lastro probatório (imprescindível para comprovar a materialidade de uma lesão ao erário).

Com efeito, a tática de construir uma **narrativa** eficaz (do ponto de vista da comunicação) era a predileta de alguns membros do Ministério Público – felizmente, a minoria – afetados, às vezes, de mórbida patologia psíquica. **A finalidade era clara: criar uma pressão social apta a constranger o magistrado a não rejeitar, por inépcia, uma petição inicial que narra desvios que só existem enquanto *wishful thinking*.**

Aqueles que, sinceramente ou de modo dissimulado, fingem espanto com a reforma empreendida pelo Congresso Nacional, precisam recobrar os vários casos de agentes políticos que, **independentemente da coloração política**, foram alvos de ações de improbidade predestinadas ao fracasso, porquanto amparadas em nada mais do que numa estória bem contada; ou, ainda quanto baseadas em algum material probatório, curiosamente propostas no contexto de disputa eleitoral e, depois, invariavelmente arquivadas após o pleito, ocasião em que o estrago à reputação política já se consumou de forma irreversível.

Do dissabor de uma ação de improbidade temerária não estiveram imunes, sublinho, políticos e gestores de todo e qualquer posicionamento político-partidário. Não são necessários maiores desenvolvimentos argumentativos para imaginar que ser acusado, numa ação de improbidade administrativa, de comandar uma “indústria da multa”, como o foi, por exemplo, Fernando Haddad, causa danos político-eleitorais irreparáveis (mesmo porque o arquivamento da ação, que se deu em 2021, nunca obtém a mesma publicidade). Num outro exemplo, o Ministério Público do Estado de São Paulo formulou interpretação de decretos daquele Estado que levou o

órgão à conclusão de os servidores da Fazenda e aqueles da Secretaria de Educação não poderiam auferir gratificação em patamar diverso. O que foi suficiente para estimular o órgão ministerial a propor ação de improbidade administrativa atribuindo ao ex-Governador Geraldo Alckmin a responsabilidade por tal dano ao erário.

Vários gestores do atual governo federal também já experimentaram desse expediente. Muito embora, nos dias atuais, tenham a sorte de não mais lidar com certos personagens do Ministério Público que faziam do abuso de prerrogativa um exercício diário e que, quando questionados, chegavam ao ponto de invocar, como prova de sua absoluta correção “*o fato de ser socialista e de ser sua tarefa ‘destruir o capital’*”. Assim relatou matéria do Consultor Jurídico de 3 de setembro de 2004, que noticia que um determinado Procurador da República moveu uma ação de improbidade contra empresário, sendo que a petição inicial da ação fora extraída de arquivo gerado no computador do advogado de outro agente empresarial que, incidentalmente, era arqui-inimigo do futuro réu. Pasmem: a confecção da exordial acusatória foi cometida ao principal agente econômico interessado na propositura e provimento da ação (“**Luiz Francisco usou arquivo de empresa para gerar denúncia**”. **Consultor Jurídico**, 3 de setembro de 2004, *on line*).

O referido inquisidor foi alvo de mais de 40 representações, todas tratadas sem a devida prioridade que os fatos exigiam. Recebeu, em retribuição a tão larga ficha corrida, a já proverbial impunidade corporativista que paira na classe. Com tal incentivo, não podemos assustar que, anos após, uma integrante do Ministério Público não tenha se sentido minimamente constrangida quando se dispôs ao lastimável papel de redigir uma minuta de petição de *impeachment* de Ministro do Supremo em “assessoria” a certo causídico cujo amargor que diuturnamente destila não é inteiramente dissociado ao fato de que esta Corte contrariou certos interesses de seus clientes (acionistas minoritários da Petrobras).

Marcou-me muito, Senhor Presidente, um episódio que vivi quando da minha passagem pelo cargo de Advogado-Geral da União. O então Secretário da Fazenda, **Everardo Maciel**, foi alvo de condução coercitiva em ação que discutia caso de funcionário afastado do órgão. Determinado Procurador da República requisitou força policial para conduzir, debaixo de vara, o Secretário. Ao produzir informações, as enderecei ao Procurador-Geral da República, porque assim era, e é, o comando do §4º do art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993. Pois bem. O integrante do Ministério Público Federal – talvez afetado em seus brios – “afastou” a constitucionalidade de tal norma e moveu, em meu desfavor, uma ação de improbidade administrativa – posteriormente arquivada, claro, dado o seu caráter manifestamente improcedente.

Indago: o que aconteceria se fosse aplicada aos membros do Ministério Público a métrica que usualmente alguns integrantes dessa carreira utilizam com prefeitos e demais gestores públicos? Em 18 de julho deste ano, o jornal **O Estado de São Paulo** destacou em Editorial a criação de um novo penduricalho aprovado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – a “gratificação por acúmulo de processos”. É de corar frade de pedra a criação de benefícios sem previsão legal ou provisão orçamentária, quanto menos senso de realidade. Igualmente desconcertante é saber que ação de improbidade alguma foi proposta para combater essa heterodoxia orçamentária.

Mas tais exemplos não são nada quando comparados às ações de improbidade que versavam sobre o PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), medida adotada no contexto de política pública de evitar o colapso de um dos pilares da economia nacional - as instituições financeiras. O tema era urgente e necessário para impedir a falência sistêmica do sistema financeiro nacional à época, servindo aos interesses da coletividade.

À época, o Banco Central justificou a adoção da tal política pública com sólida prognose, que objetivou justamente a construção de sistema preventivo da crise financeira, baseado na experiência internacional, provendo o Banco Central com “*o aparato legal de que necessitava para conduzir o sistema financeiro a um novo modelo, outorgando-lhe o poder de deixar no sistema somente as instituições que tiverem saúde, liquidez e solidez*”. (Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/proer.asp>? Acesso em: 3.8.2022).

A despeito de todas as evidências empíricas e da complexidade técnica dos atos submetidos ao escrutínio judicial, agentes públicos responsáveis pela formulação de políticas públicas urgentes e relevantes para os destinos do País foram acoimados com gravíssimos mecanismos processuais, que de instrumentos de tutela da probidade administrativa transformaram-se em veículos de perseguição política. Pessoas até hoje de reputação ilibada, como o ex-Ministro da Fazenda Pedro Malan.

Em decorrência de várias condenações proferidas no bojo dessas ações de improbidade administrativa, propostas perante a 20ª e 22ª Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal, houve o ajuizamento da Reclamação 2.186, perante esta Corte, inicialmente sob minha relatoria. Ao conceder a medida liminar requerida, em 3 de outubro de 2002, pontuei a gravidade do regime de improbidade administrativa, em muito assemelhado àqueles dos crimes comuns e dos crimes de responsabilidade.

Assim, para aqueles que ignoram as gravosas consequências atribuídas aos atos de improbidade – equivalentes àquelas de tipos penais – e afirmam a existência de anistia geral com a nova lei, concito-os à reflexão em torno do caso PROER e de tantos outros que demandaram a atuação legislativa corretiva.

É em virtude dessa experiência institucional, com avanços e injustiças, que o art. 17-D da Nova Lei de Improbidade Administrativa assenta o caráter sancionatório da ação de improbidade, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal, de modo que **não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.**

É premente evidenciar, aos plantonistas do rigor sancionatório, o tortuoso caminho que nos conduziu à Lei 14.230/2021. Se a Lei 8.429/1992 consistiu em avanço no combate à corrupção, a Lei 14.230/2021 constitui passo na direção do aperfeiçoamento institucional, da correção de rumos para que o enfrentamento de atos de improbidade ocorra dentro da moldura da Constituição. É preciso deixar claro que o debate em torno das alterações ao regime jurídico da improbidade administrativa

insere-se no contexto institucional de um país que luta não apenas contra a corrupção e a má administração da coisa pública, mas também contra as mazelas da infância do Estado Democrático de Direito.

Deixemos de lado expedientes intelectualmente questionáveis como aquele de rotular a reforma legislativa como um “liberou geral”. A questão não é de ordem moral. Na esteira do Professor Lenio Streck: “*na Democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, é o Direito que deve filtrar os juízos morais*” (STRECK, Lenio. **Precisamos falar sobre direito e moral**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 11).

Feitas essas considerações, que julgo importantes para compreensão das questões constitucionais em jogo, passo ao voto.

(I)

Não é novidade que o cuidado com o patrimônio público ocupou espaço preferencial no projeto constitucional de 1988. A moralidade administrativa foi expressamente alçada ao patamar de princípio da Administração Pública (art. 37), e dessa norma floresceram, no próprio texto constitucional, as bases de novo e autônomo sistema de responsabilização cível de agentes públicos e privados cujas condutas atentam contra a probidade.

Os contornos constitucionais desse sistema evidenciam o rigor do Constituinte com os atos de improbidade administrativa, no que estabelece que “*importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*” (art. 37, § 4º). Ademais, como reforço na proteção da probidade administrativa, sob o ângulo da higidez do erário, o § 5º do art. 37 previu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

O texto constitucional emitiu ao legislador, portanto, diversos comandos para edificação de grave e abrangente regime de responsabilização de agentes responsáveis por condutas ímprobas, fora da seara penal.

Este ponto é importante para compreensão da abordagem proposta neste voto. É inequívoco que a ação de improbidade administrativa não se desdobra no âmbito penal, bem como que há uma relativa independência entre as esferas, nos termos da parte final do § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Trata-se de responsabilidade formada na seara cível, fora do processo penal.

Disso não resulta, porém, que a questão esteja definitivamente resolvida, com a solução das controvérsias da ação de improbidade administrativa mediante a mera transposição de conceitos e princípios do direito civil. Isso porque o caráter sancionatório e o severo conjunto de responsabilidades atrelado ao regime de improbidade coloca-o em zona de penumbra interpretativa.

Nesse sentido, a questão da retroatividade das inovações inseridas pela Lei 14.230/2021 relaciona-se profundamente com a natureza das normas de improbidade administrativa, ora

agregadas à principiologia do direito penal, ora dele apartadas, com a incidência de regras do direito administrativo sancionador ou, quando menos, do próprio direito civil.

Reservadas as devidas vênias, não comungo do entendimento daqueles que posicionam os atos de improbidade administrativa exclusivamente no âmbito do direito civil, negligenciando o seu inequívoco caráter sancionador, bem como a profunda conexão entre o direito sancionador e o direito penal.

Conforme fiz ver no julgamento da Rcl 41.557/SP (DJe de 10/03/2021), a relação entre direito penal e direito administrativo sancionador revela um nódulo problemático do sistema penal com o qual a doutrina especializada vem se ocupando desde o início do século XX, quase coincidindo com o desenvolvimento da própria dogmática jurídicopenal moderna, que foi impulsionada por nomes como Binding, v. Liszt e Beling.

O ponto central de tensão, para além de traçar uma diferenciação formal e material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo – algo que foi objeto de preocupação da doutrina desde a publicação de *Das Verwaltungsstrafrecht*, por Goldschmidt, em 1902 – é a limitação do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador.

Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estabelece, a partir do paradigmático caso Oztürk, em 1984, um conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato. (OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**, 2012, p. 128).

Acerca disso, afirma a doutrina:

“A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*”. (OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador*. 2012. p. 241)

A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas mas também e principalmente na relação que se coloca entre os subsistemas.

Reforçando a linha de fundamentação aqui construída, a professora e pesquisadora Helena Lobo da Costa, em monografia por meio da qual recebeu o título de Livre Docente pela Faculdade

de Direito da Universidade de São Paulo, destaca que a interpretação no sentido da independência absoluta entre o direito penal e o direito administrativo sancionador revela um equívoco metodológico, que alcança sérios problemas práticos :

“Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de ‘independência entre as instâncias’, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna. O ordenamento jurídico não pode ser tido como um conjunto desconexo de normas jurídicas, submetidas somente ao princípio da hierarquia. (...) Portanto, a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário”. (LOBO DA COSTA, Helena. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador. 2013. p. 119 e 222)

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios têm se inclinado pela aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais de cunho marcadamente penal, no que se refere à interpretação de normas jurídicas sucessivas que relevem ou minorem sanções a pessoas físicas e jurídicas (incluindo as de direito público) – direito sancionatório estatal.

Confira-se, a propósito, a posição da doutrina majoritária quanto ao tema:

“Como é cediço, a retroatividade se constitui na possibilidade de uma determinada lei produzir efeitos retrospectivos. A retroatividade da lei mais benéfica, por exemplo, assegura que a lei posterior, quando for mais favorável, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência. Extrai-se dessa previsão que na *loi plus douce*, o parâmetro a ser perseguido é o da retroatividade da lei mais favorável, que pode ocorrer quando o fato não é mais considerado crime (*abolitio criminis*) ou quando a lei nova beneficia o agente (*lex mitior*).

O seu fator teleológico é o de que a aplicação da normatização reproduza as invariáveis axiológicas vigentes, sem que valores ultrapassados ou até mesmo atestados como ineficazes ou inconstitucionais possam continuar a ser aplicados, haja vista o consenso que se formou na sociedade para sua superação. Fala-se em invariável axiológica no sentido exposto por Miguel Reale, em que valores subordinantes desgarram-se da civilização que os concebeu para galgarem um patamar mais alto, de modo a desempenharem um papel de caráter universal, transcendente e definitivo [3].

Em razão de sua grande importância, a Carta de 1988, denominada de Constituição Cidadã, disciplinou a retroatividade e a irretroatividade como garantias fundamentais.

Como regra geral, para propiciar que todos possam ser disciplinados pelas estruturas normativas vigentes e captar as alterações no grau de reprovabilidade social, a *Lex Mater* em nenhum momento proibiu a retroatividade de leis, como era a regra em textos constitucionais anteriores, todavia, forcejou determinadas garantias, como no artigo 5º, XXXVI, que garante que esses efeitos *ex tunc* não podem prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Outrossim, o artigo 5º, XL, explana que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Portanto, de forma clarividente se deduz que não há estorvo para a retroatividade normativa, desde que respeitando os comandos legais, a segurança jurídica e as relações jurídicas consolidadas.

(...)

Sustenta-se que o Direito Administrativo Sancionador caracteriza-se como um mecanismo para garantir a efetividade dos valores caros à sociedade, como forma de estímulo a se tomar caminhos que apontem para o interesse público. Como espécie do gênero Direito Sancionador, cuja principal característica é a possibilidade do cidadão sofrer uma punição por parte do Estado, o devido processo legal material e formal precisa ser obedecido de forma mais minuciosa.

Mas não é só. O Direito Administrativo Sancionador, em paralelo ao Direito Penal, engloba o conjunto do poder punitivo do Estado, razão pela qual Regis Fernandes Oliveira assevera não existir diferença ontológica entre crime, contravenção e infração; e entre pena e sanção, no que também inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa [4]. Nesse espeque, García de Enterría e Fernández asseveram que o Direito Administrativo Sancionador não pode constituir instância repressiva e arcaica, que busque promover acintes aos direitos fundamentais, com aplicação de técnicas de responsabilidade objetiva, previsão de sanções que não estejam legalmente delimitadas, presunções e inversões do ônus da prova [5]. Até mesmo porque o Direito Administrativo Sancionador tem como núcleo fundamental os princípios que garantem a contenção do poder punitivo estatal, independentemente de a sanção ser aplicada pelo EstadoAdministração ou pelo Estado-juiz.

(...)

Deve-se, nesse ponto, promover uma interpretação sistêmica do arcabouço normativo punitivo para que o julgador possa valer-se das categorias de outras searas do Direito Sancionador, de modo a aperfeiçoar a estrutura dogmática e garantir os direitos fundamentais, pois, à maneira do ensinamento do ministro Eros Grau, ‘não se interpreta o Direito em tiras, aos pedaços’, mas sobretudo com o cerne de impedir o surgimento de antinomias que possam arrefecer a sua eficácia normativa [9] (...)’ (AGRA, Walter de Moura. *A possibilidade de retroação da nova Lei de Improbidade Administrativa*. Conjur. 8 de nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov08/walber-agra-possibilidade-retroacao-lei-improbidade>. Acesso em: 12.11.2021)

“Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal.

Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia. Já se decidiu, no STJ, pela aplicabilidade dos princípios penais ao direito administrativo sancionador ao efeito de calcular a retroatividade da norma mais benéfica. Disse aquele Tribunal, no caso, que ‘as condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/4le), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV - Dessarte,

cumpra à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inderrogáveis os demais atos processuais. (...)’

No Direito espanhol, há controvérsias a respeito do status constitucional ou meramente legal da garantia da retroatividade das normas sancionadoras favoráveis, mas o que realmente importa fixar é o alcance dessa possível norma jurídica. Seu reconhecimento, portanto, é inegável. Não importa o status que ostente, o certo é que a retroatividade é decorrência de uma norma jurídica imperativa.

(...)

O desafio mais difícil consiste em interpretar o silêncio legal na cadeia de normas sucessivas. Uma norma sancionadora mais favorável nada dispõe sobre o tema, deixando ambígua sua posição. E os valores por ela tutelados são relativamente estáveis, daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria, a priori, vocação à retroatividade. Em tais casos, não há dúvidas de que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar critérios de justiça e segurança, em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo. Essa retroatividade está amparada na cláusula constitucional do devido processo legal e nos valores ali abrigados”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil - RT, 2020, p. 300/304)

Em nota de rodapé, o último autor supracitado explicita, a título de direito comparado, que:

“10. (...) De fato, essa garantia está expressa na Lei 30/92, mas não consta, aparentemente, do texto constitucional espanhol. Entendemos, sem embargo, que a ausência de previsão da garantia no texto constitucional apenas inviabiliza o reconhecimento da explicitude ou da ostensividade dessa garantia. Não há óbice algum em se reconhecer garantias imanentes ao texto constitucional, com explicitação no bojo da legislação infraconstitucional. **Pensamos, nesse passo, que a retroatividade das normas mais favoráveis pode encontrar suporte constitucional precisamente no ideário de justiça que subjaz ao princípio de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos.** Sem pretender esmiuçar os argumentos que fundamentam essa posição, lembramos, tão somente, que a retroatividade permite ao Estado tratar com isonomia as pessoas, dentro de critérios justos e razoáveis. **Havendo mudança de valores e normas, no terreno punitivo, nada mais lógico que se permita a retroatividade daquelas normas consagradoras de direitos fundamentais, mormente para fins de aliviar a carga sancionatória do Estado sobre as pessoas.** Impedir essa retroatividade constituiria ato manifestamente arbitrário, se não houvesse justificativa razoável para tanto, v.g., transitoriedade intrínseca da norma que regia o fato ao tempo da conduta. **O fato de o legislador promover as previsões necessárias, contemplando uma garantia inerente ao sistema constitucional, não faz com que essa mesma garantia perca seu status originário de norma imanente à Carta Magna. Essa fundamentação, a nosso ver, se aplica tanto à Espanha quanto ao Brasil.**

11. Prevalece, hoje, amplamente, a ideia da retroatividade nas normas sancionadoras mais benéficas no campo do Direito Administrativo Sancionador, no sistema espanhol, como se pode notar pela paradigmática decisão do Tribunal Supremo Espanhol: TS, Sala 3ª, S. 3ª, 25.2.2009, rec.232/2006, Ponente: Campos Sanches-Bordona, Manuel, tratando da matéria relacionada ao Direito das Telecomunicações (sanção em matéria de telecomunicações)”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil - RT, 2020, p. 301/302, grifo nosso)

Especificamente em relação aos atos de improbidade administrativa, desde a edição da Lei 8.429/1992 debrucei-me sobre o tema, uma vez que a posição sistêmica dos atos de improbidade administrativa causavam, e em alguma medida ainda causam, certa perplexidade, sobretudo quando consideradas as consequências jurídicas atribuídas a essas condutas.

Com efeito, as sanções reservadas aos atos de improbidade são graves e em grande parte equiparadas àquelas atreladas à prática de crime comum, conforme evidenciado pelo próprio art. 15 da Constituição Federal, que em seu inciso III atribui à condenação criminal transitada em julgado a mesma consequência, no tocante aos direitos políticos, daquela atribuída às condutas ímprobadas.

Essa penalidade de suspensão dos direitos políticos também está presente no sistema de responsabilidade político-administrativa de agentes políticos, os denominados crimes de responsabilidade. Basta observar que o Presidente da República, se condenado pelo Senado Federal em processo de *impeachment*, pode ser inabilitado para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal).

Também os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República estão sujeitos à inabilitação para o exercício de qualquer função pública, em virtude da prática de crime de responsabilidade, por força do art. 2º da Lei 1.079/1950.

No que concerne à sanção de perda do cargo ou função pública, novamente os sistemas penal, de improbidade administrativa e de crimes de responsabilidade mostram-se coincidentes. Todos preveem a possibilidade de condenação do imputado a essa drástica penalidade.

Salientei essa superposição de regimes de responsabilidade em voto proferido no paradigmático julgamento da Reclamação nº 2.138 (acórdão publicado no DJe de 18/04/2008):

Em verdade, manifestei-me há muito sobre o tema, cujo estudo, em co-autoria com o professor Arnaldo Wald, publicado em março de 1997 no jornal Correio Braziliense – Competência para julgar improbidade administrativa -.

(...) Naquele estudo de 1997, firmou-se posicionamento no sentido de que as ações de improbidade ajuizadas contra as referidas autoridades deveriam observar a regra de competência fixada no artigo 102, I, c, da Constituição. Registrou-se, ainda, que tal prerrogativa constitucional de foro decorreria não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político-institucional.

Afirmou-se, ademais, que a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda de função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar (...) o forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos da ação de improbidade. Nesse ponto, seguindo a doutrina, observou-se que a sentença condenatória proferida nessa peculiar ação civil é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, sobretudo na perspectiva do equilíbrio jurídicoinstitucional. Tal observação, registrou-se, daria razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da ação civil de improbidade, o legislador acabou por elencar, na Lei 8.429/92, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns.

Lembrou-se, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente,

ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de atos de improbidade, constante do art. 9º da Lei 8.429/92, com os delitos contra a Administração. Tal coincidência, afirmou-se, (...) evidenciaria a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ação civil com sérias conseqüências para todo o sistema jurídico.

Decorridos mais de cinco anos da publicação do referido estudo, podemos verificar hoje que as reflexões ali colocadas jamais poderiam ser consideradas meras especulações abstratas. Multiplicam-se as ações de improbidade ajuizadas em Primeira Instância, com o propósito de afastar de suas funções autoridades que gozam de prerrogativa constitucional de foro. Hoje, tenho a firme convicção de que os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade.

A similitude da gravidade das sanções criminais e de improbidade administrativa também foi por mim anotada ao apreciar liminar em ação direta de inconstitucionalidade para afastar a possibilidade de suspensão de direitos políticos nas hipóteses de atos culposos de improbidade administrativa (ADI 6678-MC, DJe de 05/10/2021) :

Para a aferição da proporcionalidade da medida legislativa, deve-se averiguar se tal medida é adequada e necessária para atingir os objetivos perseguidos pelo legislador, e se ela é proporcional (em sentido estrito) ao grau de afetação do direito fundamental restringido.

Observe que as duas situações objeto desta ação direta de inconstitucionalidade são sensivelmente menos graves do que os demais atos de improbidade. Tem-se condutas culposas que resultam em dano ao erário e atos que, embora dolosos, afiguram-se residuais e são tratados pelo próprio diploma de forma mais branda.

A reprovabilidade dessas condutas, quando analisada à luz dos parâmetros constitucionais descortinados, não se mostra elevada a ponto de justificar a supressão dos direitos políticos.

Sob o ângulo sistêmico, a desproporcionalidade das normas em tela implica inconsistência grave, cujos contornos contrariam outros postulados constitucionais relevantes, como a isonomia. Reporto-me às outras sanções que implicam a suspensão de direitos políticos, ou mesmo parte deles, como o direito de ser eleito.

As penalidades de suspensão de direitos políticos objeto desta ação direta variam de 3 a 8 anos, a depender da conduta. Isso significa que esses atos de improbidade implicam a supressão temporária do direito de participação política em patamar superior, por exemplo, aos condenados pelos crimes de lesão corporal grave e gravíssima (Código Penal, artigo 129, §§ 1º e 2º).

Ao adentrar o campo dos crimes contra a Administração Pública, cuja afinidade temática com os atos de improbidade é inegável, a incoerência permanece. Tendo em vista que a dosimetria da pena inicia-se no mínimo legal, é possível verificar que a suspensão de direitos políticos das condutas ímprobas em tela é superior aos crimes de peculato (Código Penal, artigo 312), concussão (Código Penal, artigo 316) e corrupção passiva (Código Penal, artigo 317).

Isso significa que o agente público que “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei” (art. 10, inciso XV, da Lei 8.429/1992), ainda que culposamente, poderá ter os direitos políticos suspensos por período superior ao cidadão condenado pelo desvio de verbas públicas.

Ademais, quando se considera apenas tipos penais que admitem a modalidade culposa, é flagrante a

exorbitância da suspensão de direitos políticos por ato de improbidade culposo que gere prejuízo ao erário, superior até mesmo ao homicídio culposo (Código Penal, artigo 121, § 3º), sem falar no envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal (Código Penal, artigo 270) ou na falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Código Penal, artigo 273, § 2º).

Mesmo no tocante às hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar 135/2010, que notoriamente recrudescer os requisitos mínimos de acesso aos cargos eletivos, a inconsistência dos preceitos impugnados nesta ação direta é evidente. Basta observar que apenas “ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito” implica o decote do direito político relativo à elegibilidade (art. 1º, alínea “I”).

É dizer, o próprio legislador ordinário considerou que apenas atos dolosos e de maior gravidade ensejam a suspensão parcial do conjunto de direitos políticos do cidadão.

Neste momento processual preambular, não há como cogitar-se, mesmo em face dos critérios adotados pelo legislador em sua tarefa de conformação, que as condutas ímprobas culposas e aquelas enquadradas no art. 11 da Lei 8.429/1992 revestem-se de gravidade apta a justificar a supressão dos direitos políticos do cidadão apenado.

Ainda no âmbito doutrinário, o saudoso **Ministro Teori Zavascki** também delineou os contornos severos das ações de improbidade, edificando com proficiência a distinção entre a tutela sancionatória da ação de improbidade e a tutela ressarcitória (**Processo coletivo**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 110-141):

“A ação de improbidade administrativa tem, como se disse, caráter eminentemente repressivo. Ela não se presta a prevenir a lesão ao direito, mas se destina, sim, a aplicar sanções, o que tem por pressuposto necessário a anterior ocorrência do ilícito. Cumpre enfatizar que o termo sanção, aqui, é utilizado no seu sentido lato, para significar a generalidade das conseqüências jurídicas decorrentes do descumprimento da norma. Considerar essa circunstância é importante para a adequada compreensão e interpretação da Lei de Improbidade, na qual, conforme se verá, há previsão de sanções diversas, com naturezas distintas, regidas por princípios diferentes. (...) **Por outro lado, há sanções com natureza eminentemente punitiva. Ao contrário das sanções civis, sua função não é a de recompor o patrimônio material ou moral lesado e nem a de desfazer os atos contrários ao direito (= recomposição do patrimônio jurídico), e sim a de punir o infrator, aplicando-lhe um castigo. Realça-se, nelas, o elemento aflitivo, do qual decorre, entre outras conseqüências, a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita, seja pelo apenado, seja por outros membros da sociedade. Tais sanções (aqui num sentido estrito) compõem o ius puniendi do Estado, cuja face mais evidente é a da repressão de ilícitos penais, mas que se manifesta também em ilícitos administrativos e disciplinares. Relativamente a elas, o regime jurídico é completamente diferente do previsto para as sanções civis. Sujeitam-se, entre outros, aos princípios da legalidade, da tipicidade, da individualização da pena, da presunção de inocência, o que traz significativos reflexos no plano do processo. (...)** Não há dúvida de que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, previstas na Lei 8.429/92, não têm natureza penal. Todavia, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa

pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as conseqüências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as conseqüências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2.º e 171, § 1.º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal (...). Ora, é justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal conseqüência “é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”. Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos. Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida de que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa”.

A coincidência de regimes não se restringe às conseqüências dos atos inquinados, alcançando também seu próprio conteúdo, já que a tutela da probidade administrativa é objeto de inúmeros tipos penais, assim como dos tipos abertos referentes a infrações político-administrativas.

São crimes de responsabilidade as seguintes condutas, quando atribuídas ao Presidente da República e aos Ministros de Estado (art. 9º da Lei 1.079/1950): (i) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; (ii) não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; (iii) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; (iv) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; (v) infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; (vi) usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; (vii) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo. Essas condutas enquadram-se, em maior ou menor grau, nos tipos de improbidade administrativas elencados nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992.

Não vislumbro como cindir de forma absoluta o tratamento conferido aos atos de improbidade administrativa daquele da seara criminal, sobretudo quando em jogo as garantias processuais.

Neste ponto, consigno que a literalidade do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal não inviabiliza a aplicação da regra da retroatividade da norma sancionatória mais benéfica.

A um, porque a retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu consubstancia direito

fundamental e como tal não comporta interpretação restritiva, na esteira do entendimento consolidado desta Corte. É dizer, se há identidade de substratos fáticos para incidência do direito – do que não se tem dúvida pelo exposto até aqui –, descabe articular com leitura textual limitadora da eficácia normativa de direito fundamental (SCHLINK, Bernard; PIEROTH, Bodo. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: IDP, 2019, pp. 76-77).

A bem da verdade, a própria Lei 13.240/2021 afirmou o caráter sancionatório da norma, apartando-a definitivamente das ações civis, tanto em relação à principiologia quanto no que concerne à finalidade dos institutos:

Art. 1º (...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Diante da incidência do poder punitivo estatal, que se apresenta único, quando considerados o direito penal e os atos de improbidade, em relação às sanções aplicadas e ao próprio conteúdo das condutas, é imperiosa a aplicação dos direitos e garantias fundamentais pertinentes, independentemente de sua natureza penal. **Assim dispõe, no campo convencional, o art. 9º do Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo âmbito de incidência material recai sobre normas sancionadoras extrapenais em geral, preconizando a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica:**

“Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. **Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado**”.

Nesse diapasão, Rodrigo Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega advertem que o dispositivo da Convenção Americana, “ao replicar o princípio da retroatividade da lei benigna, não o cingiu à norma penal, de modo que, sabido ostentar a referida convenção status supralegal, sua dicção, sozinha, já haveria de se sobrepor à legislação infraconstitucional, particularmente no que concerne à interpretação sobre a extensão dos efeitos de alterações positivas” (**Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela lei n. 14.230/2021**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 24).

Assim, considerada a proximidade ontológica dos regimes jurídicos de combate a atos de improbidade administrativa e de persecução criminal, com sanções de grau similar de gravidade, impõe-se a incidência da garantia da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica.

Portanto, uma vez demonstrada a pertinência da retroatividade da norma de improbidade administrativa mais favorável ao réu, cumpre analisar (i) se os dispositivos da Lei 14.320/2021 controvertidos neste processo são efetivamente benéficos ao réu; e (ii) a natureza jurídica dos institutos – de direito material ou processual.

Quanto ao segundo tópico, já tive a oportunidade de rememorar, em sede doutrinária, a existência de corrente segundo a qual, na linha do disposto na norma constitucional (art. 5º, XXXIX), a proteção oferecida restringe-se ao direito penal material, não estando abrangidas as normas de processo e de execução (**Curso de Direito Constitucional**, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 2020. p. 545-546).

Adverte Francisco de Assis Toledo (**Princípios básicos de direito penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39) que essa orientação há de aplicar-se a normas de caráter estritamente processual e não àquelas normas eventualmente localizadas em estatutos processuais ou de execução, mas de caráter nitidamente material, como as que regulam a decadência do direito de queixa ou de representação, a renúncia, o perdão (CPP, arts. 38, 49, 51), direitos do preso ou do condenado.

Cumprido, portanto, identificar e distinguir normas materiais e processuais na Lei de Improbidade Administrativa, para os fins de aplicação dos princípios de direito intertemporal.

É o que se passa a examinar nos tópicos subsequentes.

(II)

A Lei 14.320/2021 alterou significativamente o panorama do elemento subjetivo das condutas ímprobas, assentando a necessidade de dolo para configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive para o artigo 10 da LIA.

Até o advento da reforma legislativa, a Lei 8.429/1992 admitia que aos atos de improbidade administrativa causadores de prejuízo ao erário bastaria o elemento culpa para sua configuração, sendo prescindível a presença de dolo.

A Lei 14.320/2021, na esteira de robustas críticas doutrinárias e diante da perplexidade dos Tribunais na delimitação do conceito de culpa, modificou o panorama subjetivo das condutas ímprobas para tornar o dolo a pedra de toque do sistema de improbidade. Senão vejamos:

Art. 1º (...)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)

Art. 17-C. (...)

§ 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.

Não é difícil concluir, portanto, que a nova normatização do tema alterou elemento central da própria tipificação das condutas ímprobas, de modo a subtrair do escopo da regra repressiva inúmeros atos que, malgrado eventualmente ilegais ou imorais, não foram praticados de forma comprovadamente dolosa.

A lei mais benigna será aquela lei que, de qualquer forma e tendo em vista a situação concreta, revela-se mais favorável ao agente no que concerne ao crime ou à pena.

Segundo Francisco de Assis Toledo (**Princípios básicos de direito penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36), reputa-se mais benigna a lei na qual:

- a) a pena cominada for mais branda, por sua natureza, quantidade, critérios de aplicação e dosimetria ou modo de execução;
- b) forem criadas novas circunstâncias atenuantes, causas de diminuição da pena, ou benefícios relacionados com a extinção, suspensão ou dispensa de execução da pena, ou, ainda, maiores facilidades para o livramento condicional;
- c) forem extintas circunstâncias agravantes, causas de aumento qualificadoras;
- d) se estabelecerem novas causas extintivas de punibilidade ou se ampliarem as hipóteses de incidências das já existentes, notadamente quando são reduzidos prazos de decadência, de prescrição, ou se estabelece modo mais favorável na contagem desses prazos;
- e) se extinguiem medidas de segurança, penas acessórias ou efeitos da condenação;
- f) **forem ampliadas as hipóteses de inimizabilidade, de atipicidade, de exclusão da ilicitude, de exclusão de culpabilidade, ou de isenção da pena.**

Como se vê, a exclusão dos atos culposos do âmbito de incidência da norma sancionatória constitui nítida hipótese de ampliação das situações de atipicidade, que inequivocamente conduzem à retroatividade da norma.

E por se tratar de norma de direito material – porque concernente aos elementos que conformam a própria definição da conduta penalizada – inexistente controvérsia quanto à incidência da garantia constitucional em tela.

Dessa forma, é imperioso reconhecer a retroatividade dos dispositivos da Lei 14.320/2021 que impuseram a presença do dolo no elemento subjetivo da conduta para configuração de todo e qualquer ato de improbidade administrativa.

(III)

A Lei 14.320/2021 também implementou substancial modificação no regime de prescrição da pretensão estatal relativamente aos atos de improbidade administrativa. O prazo foi unificado em 8 anos, assim como o termo inicial, agora consistente na ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência (art. 23).

A sistemática anterior previa o prazo quinquenal, mas termos iniciais que acabavam por alargar o lapso total, como “o término do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança” e a “data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei”.

Além da modificação dos termos iniciais, a nova lei introduziu a prescrição intercorrente na sistemática da improbidade, configurada quando entre os marcos interruptivos do prazo transcorrer lapso superior a 4 anos.

Não é exagero afirmar que a nova lei revolucionou a dinâmica de prescrição das ações de improbidade. Esse movimento do legislador está inserido em propósito mais amplo de alterar o eixo deontológico da Lei de Improbidade Administrativa, agora orientado pelo reconhecimento expresso de seu caráter sancionatório, com as consequências que lhe são próprias, sobretudo no que concerne ao plexo de garantias assegurado aos réus.

Isso não significa, evidentemente, que a nova sistemática necessariamente será favorável a todos os réus. Haverá situações em que o prazo quinquenal e os termos iniciais da lei anterior, serão menos gravosos que o novo prazo de 8 anos, mesmo com os marcos interruptivos e a prescrição intercorrente.

Assim, diversamente do que ocorre com o elemento subjetivo do ato de improbidade, as circunstâncias da prescrição, em cada caso concreto, revelarão se a nova lei de improbidade é mais favorável, vedada, evidentemente, nos termos da consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a combinação de leis (RE 600.817/RS – Tema 169/RG, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 30/10/2014).

Uma vez assentado o caráter mais benéfico da nova regência da prescrição, a depender do caso concreto, convém analisar se a natureza jurídica do instituto abre campo à incidência da norma mais favorável ao réu.

E ao fazê-lo, consigno que, segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, as normas sobre prescrição são de direito material, aplicando-se-lhes os princípios do direito intertemporal. Transcrevo, por todos os precedentes, as seguintes ementas:

Agravo regimental. - O que se discute é se a prescrição ocorreu, ou não, anteriormente à reclamação ajuizada vários anos antes da promulgação da atual Constituição. **Portanto, o preceito contido na atual Carta Magna sobre a prescrição trabalhista não é aplicável a fato que se teria, ou não, consumado no passado, pois a eficácia imediata da Constituição só alcança os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima) e não os fatos consumados no passado (retroatividade máxima).** - Ademais, a questão da prescrição da pretensão e matéria que se situa no âmbito do direito material, e não na esfera do direito processual. Agravo a que se nega provimento.

(AI 137195 AgR, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 31/10/1995, DJ 17-05-1996 PP-16330 EMENT VOL-01828-05 PP-00895)

PENAL. (...) IMPOSSIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE DO ART. 366 DO CPP A FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI 9.271/1996. INÉPCIA DA DENÚNCIA SUSCITADA APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. (...)

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é possível a aplicação retroativa do art. 366 a fatos praticados antes da Lei 9.271/1996, por se tratar de norma de conteúdo misto (= de direito material penal e processual penal), mais gravosa ao acusado, pois impede o curso da prescrição. Precedentes. 5. Recurso ordinário improvido.

(RHC 105730, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, j. em 22/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-086, DIVULG 07-05-2014, PUBLIC 08-05-2014)

Por conseguinte, o instituto da prescrição geral, por ser de direito material, comporta a retroatividade da norma mais favorável, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

(IV)

Contudo, o tema ganha em complexidade quando enfrentado o dilema da retroação da prescrição intercorrente sob o prisma de normas processuais e de direito material. Como já adiantado, as normas processuais, mesmo em direito penal, não poderiam retroagir, ainda que para beneficiar o réu, tendo em vista o brocardo *tempus regit actum* (CPP, art. 2º).

E a prescrição intercorrente configura-se como modalidade específica cujos contornos e finalidades a diferenciam da prescrição geral. Enquanto esta busca especialmente assegurar a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica, evitando que a persecução estatal seja deflagrada extemporaneamente, a prescrição intercorrente diz com os desdobramentos processuais da ação já iniciada, homenageando a garantia constitucional da duração razoável do processo.

Noutros termos, essa modalidade envolve a delimitação do próprio desenvolvimento do processo, funcionando como elemento de preclusão dos atos das partes e do Poder Judiciário. A sua referência de contagem são os marcos interruptivos da prescrição geral, consubstanciados, por sua vez, em eventos processuais, como a sentença e o acórdão condenatórios.

Especificamente sobre os processos judiciais em curso, transcrevo o magistério de Galeno Lacerda, in verbis:

“Ensina o clássico Roubier, em sua magnífica obra *Les Conflits de Lois dans le Temps* (I/371, que a base fundamental do direito transitório reside na distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei. Se ela atinge *facta praeterita* é retroativa; se *facta pendentia*, será necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem retroatividade, e situações posteriores, para as quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato.

Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir.

A aplicação imediata será sempre a regra de direito comum (Roubier, I/558). A retroatividade, ao contrário, não se presume; decorre de disposição legislativa expressa, exceto no direito penal, onde constitui princípio a retroação da lei mais benéfica.

Estudando a aplicação da lei nova aos fatos pendentes, distingue Roubier na situação jurídica três momentos: o da constituição, o dos efeitos e o da extinção. O primeiro e o último representam a dinâmica, o segundo a estática da situação.

Quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema jurídico.

Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior. Quanto aos efeitos da situação jurídica constituída, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior.

O processo não se esgota na simples e esquemática relação jurídica angular, ou triangular, entre as partes e juiz, este como autoridade representativa do Estado. Razão inteira assiste a Carnelutti quando considera o processo um feixe de relações jurídicas, onde se vinculam não só esses sujeitos principais, senão que também todas aquelas pessoas terceiros intervenientes, representante do Ministério Público, servidores da Justiça, testemunhas, peritos que concorrem com sua atividade para a obra comum da Justiça em concreto, todas elas concomitantemente, sujeitos de direitos e deveres, em razão dessa mesma obra. Nem é por outro motivo que forte corrente, liderada por processualistas do tomo de Guasp e Couture, considera o processo uma instituição, isto é, um relacionamento jurídico complexo, polarizado por um fim comum.

Isso significa que podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. (...) Acontece que os direitos subjetivos processuais se configuram no âmbito do direito público e, por isto, sofrem o condicionamento resultante de grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem.

Em regra, porém, cumpre afirmar que a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência”. (LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12-13)

Nessa linha, a prescrição intercorrente surge como fenômeno eminentemente processual, diferenciando-se da prescrição geral pelo seu prazo, pela contagem e pela finalidade. Reforço, neste ponto, que a prescrição intercorrente rege a dinâmica de funcionamento do próprio Poder Judiciário, na interação com as partes.

Essa circunstância é importante porque impacta elemento crucial para definição da retroatividade dessa norma. Com efeito, a Lei 14.230/2021 criou prazos para os juízes conduzirem a bom termo as ações de improbidade. Lapsos temporais até então inexistentes. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DE DINHEIRO. ART. 23, I E II, DA LEI 8.429/1992. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PARTICIPAÇÃO NO ATO ÍMPROBO. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. SÚMULA 7/STJ. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. **O art. 23 da Lei 8.429/1992, que regula o prazo prescricional para propositura da ação de improbidade administrativa, não possui comando a permitir a aplicação da prescrição intercorrente nos casos de sentença proferidas há mais de 5 (cinco) anos do ajuizamento ou do ato citatório na demanda. Precedente.**

2. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 282/STJ).

3. Inviável a modificação das premissas fáticas estabelecidas pela instância ordinária, referente à participação da recorrente na consecução e proveito do ato ímprobo, por demandar o reexame de provas (Súmula 7/STJ).

4. Cada inciso do art. 12 da Lei 8.429/1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente ou não, ainda que o ato de improbidade tenha sido praticado em concurso de agentes. Precedentes do STJ.

5. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

6. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea do permissivo constitucional.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1289993/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013)

Assim, toda a atividade persecutória do Estado era fundada na prescrição quinquenal, interrompida pelo ajuizamento da ação de improbidade, sem que houvesse prescrição intercorrente a balizar a atuação estatal. Retroagir essa inovação legislativa implicaria vincular a prestação jurisdicional a parâmetros temporais inexistentes à época de sua prática.

Dessa forma, concluo que, diferentemente do que ocorre com a nova regra de prescrição geral e com a conformação dos elementos subjetivos dos atos de improbidade, a prescrição intercorrente não deve retroagir para alcançar processos que tramitavam antes da vigência da Lei 14.230/2021, tendo em vista sua natureza processual.

(V)

O reconhecimento da retroatividade dos dispositivos relativos ao elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa e ao novo prazo prescricional, assim como a afirmação da irretroatividade da prescrição intercorrente, todos inseridos pela Lei 14.320/2021, impõe análise cuidadosa do alcance do entendimento.

Muito embora a retroação dessas questões decorra de garantia constitucional, há espaço de conformação e calibragem que deve ser observado, não só para adequação desse direito a outros princípios com assento constitucional, como também para orientar a aplicação desse direito aos casos concretos.

O próprio Código Penal estabelece, em seu art. 2º, que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Ou seja, resguarda-se a reversão de eventuais efeitos extrapenais do pronunciamento jurisdicional.

Entendo que o tratamento conferido no âmbito do Direito Penal constitui baliza adequada para a aplicação retroativa dos dispositivos em tela, mantendo-se coerente com a premissa até aqui defendida da proximidade entre a persecução criminal e o sistema de combate a atos de improbidade administrativa.

Nessa linha, a regra geral da aplicação retroativa dos dispositivos da Lei 14.230/2021 é a imediata paralisação dos efeitos pendentes da sentença condenatória, independentemente do trânsito em julgado. É dizer, a penalidade de suspensão de direitos políticos cujo lapso ainda não se esvaiu, o ressarcimento e a multa inadimplidos ou adimplidos parcialmente e a perda da função pública não implementada devem ter sua execução imediatamente cessada.

Entretanto, os efeitos já exauridos da sentença condenatória não são impactados pela nova legislação. O montante pago a título de multa ou ressarcimento ao erário não pode ser reavido por força da superveniente atipicidade da conduta. Tampouco a perda da função pública, devidamente formalizada, pode ser revertida em virtude da retroatividade das novas disposições.

No tocante à prescrição intercorrente, embora não haja retroatividade, tenho que a regra de transição estabelecida pelo art. 1.056 Código de Processo Civil constitui parâmetro adequado para o tratamento dessa modalidade prescricional em relação aos processos que já tramitavam com o advento da reforma legislativa.

De acordo com o preceito, “considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código”.

Assim, para as ações de improbidade ajuizadas antes do advento da Lei 14.230/2021, o termo inicial da prescrição intercorrente é o dia 21 de outubro de 2021, data de vigência da nova normatização, independentemente dos marcos interruptivos eventualmente implementados durante o processo.

Essa interpretação, além de coerente com a sistemática processual de funcionamento da prescrição intercorrente, mostra-se alinhada com o art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual a ação de improbidade “seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

Dessa forma, proponho as seguintes teses de julgamento:

- (i) são atípicos os atos de improbidade administrativas praticados culposamente, sem a comprovação de dolo, antes de 21 de outubro de 2021, tendo em vista a retroatividade da Lei 14.230/2021;
- (ii) o novo prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei 8.429/1992, na redação conferida pela Lei 14.230/2021, retroage para alcançar atos de improbidade administrativa praticados antes da vigência da nova lei;
- (iii) a retroatividade da Lei 14.230/2021, para alcançar atos de improbidade administrativa praticados antes de sua vigência, opera-se independentemente do trânsito em julgado, ressalvados os efeitos já exauridos da sentença condenatória e a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Tema 897 da Repercussão Geral);
- (iv) a prescrição intercorrente prevista no § 8º do art. 23 da Lei 8.429/1992 não retroage para atingir ações de improbidade ajuizadas antes do advento da Lei 14.230/2021, considerada sua natureza processual. O termo inicial da prescrição intercorrente relativa a processos deflagrados antes da Lei 14.230/2021 é 21 de outubro de 2021, data de vigência do diploma.

Passo a aplicar a tese de julgamento ao caso concreto.

(VI)

O recurso extraordinário com agravo que centraliza este tema de repercussão geral origina-se de ação civil pública ajuizada pelo INSS, com base na Lei de Improbidade Administrativa, em face de Rosmery Terezinha Cordova, com o objetivo de condená-la ao ressarcimento de alegados prejuízos sofridos em razão da atuação da requerida como procuradora contratada para defender em juízo os interesses do INSS.

O juiz de primeiro grau proferiu sentença que julgou improcedentes os pedidos. O acórdão desafiado pelo recurso extraordinário cassou a sentença, determinando a reabertura da instrução processual.

Após entender inadequados os precedentes formados pelos Temas 666 e 897 da Repercussão Geral, em virtude da ordem de reabertura da instrução processual para averiguar-se a natureza do

ato de improbidade supostamente praticado, afetou-se ao conhecimento do Tribunal o tema ora em discussão.

A solução da questão trazida ao conhecimento da Corte no recurso extraordinário passa pela aplicação da tese de julgamento “i” ora proposta, segundo a qual “são atípicos os atos de improbidade administrativas praticados culposamente, sem a comprovação de dolo, antes de 21 de outubro de 2021, tendo em vista a retroatividade da Lei 14.230/2021”.

Com efeito, a Lei 14.320/2021 alterou radicalmente o panorama dos elementos subjetivos dos atos de improbidade administrativa para excluir a possibilidade de repressão, com base na Lei 8.429/1992, de condutas culposas.

Nesse sentido, colho dos autos que o INSS pleiteou na petição inicial da ação civil pública a condenação da ré ao ressarcimento de prejuízos decorrentes de sua conduta negligente e desidiosa na defesa da autarquia.

Confira-se, a propósito, o enquadramento fático realizado pelo magistrado na sentença:

A autarquia autora atribuiu à ré ato de improbidade em razão da negligência na atuação como advogada credenciada do INSS. De plano, exclui-se o dolo (direto ou eventual), porque a negligência provém do elemento subjetivo culpa: (...)

A requerida informou que teve sob sua responsabilidade entre os anos de 1994 a 1999 cerca de 6.000 (seis mil) processos judiciais nos quais trabalhou. O autor aponta na petição inicial 15 (quinze) processos em que houve perda de prazo para a prática de ato processual que competia à requerida.

(...)

Não descuido que o fato de não lhe serem fornecidos os cálculos dos julgados que demandavam a apresentação de embargos não impediria a requerida de apresentar em juízo as petições cabíveis, mesmo não instruídas. Porém, o número de atos processuais não praticados em razão da suposta negligência da ré (em quinze processos) é um número absolutamente aceitável ao se considerar que a requerida atuava em cerca de 6.000 processos.

(...)

Malgrado seja possível discutir o acerto do juiz no que concerne à abreviação da instrução probatória, é forçoso reconhecer que se imputou à requerida a prática de atos culposos, não mais sujeitos à persecução estatal com base na Lei de Improbidade Administrativa, considerada a retroatividade ora preconizada.

Convém salientar, neste ponto, que nem mesmo a alegação de que a reabertura da instrução processual é necessária para determinar a presença do elemento subjetivo dolo.

Isso porque a Lei 14.230/2021 estabeleceu, no art. 17, § 10-C, que “Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade

administrativa imputável ao réu, **sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor**”.

Assim, uma vez alegada pelo autor conduta culposa, não se pode mais alterar a capitulação legal, tampouco os fatos, para acrescentar ao conjunto de condutas atribuídas à recorrente atos dolosos. E sequer há que se falar em irretroatividade do art. 17, § 10-C, uma vez que sua incidência ocorre por força do princípio do tempus regit actum .

(VII)

Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Relator, **ainda que por fundamentos diversos**, e dou provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e julgar extinto o processo.

Peço vênia ao eminente Ministro Relator e proponho, em relação ao tema de repercussão geral, as seguintes teses de julgamento:

- (i) são atípicos os atos de improbidade administrativas praticados culposamente, sem a comprovação de dolo, antes de 21 de outubro de 2021, tendo em vista a retroatividade da Lei 14.230/2021;
- (ii) o novo prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei 8.429/1992, na redação conferida pela Lei 14.230/2021, retroage para alcançar atos de improbidade administrativa praticados antes da vigência da nova lei;
- (iii) a retroatividade da Lei 14.230/2021, para alcançar atos de improbidade administrativa praticados antes de sua vigência, opera-se independentemente do trânsito em julgado, ressalvados os efeitos já exauridos da sentença condenatória e a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Tema 897 da Repercussão Geral);
- (iv) a prescrição intercorrente prevista no § 8º do art. 23 da Lei 8.429/1992 não retroage para atingir ações de improbidade ajuizadas antes do advento da Lei 14.230/2021, considerada sua natureza processual. O termo inicial da prescrição intercorrente relativa a processos deflagrados antes da Lei 14.230/2021 é 21 de outubro de 2021, data de vigência do diploma.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Eminentíssimos pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, senhoras advogadas e demais presentes.

Ab initio, acolho o minucioso relatório disponibilizado pelo eminente Ministro Relator, Alexandre de Moraes, e o congratulo pela hercúlea tarefa de analisar pormenorizadamente o presente feito.

In casu, verifico que a controvérsia jurídica cinge-se à interpretação constitucionalmente adequada de direito intertemporal relativa à aplicação das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Deveras, no tema de repercussão geral *sub examine*, analisa-se especificamente a constitucionalidade da retroatividade, ou não, de **duas alterações** trazidas pela novel legislação, a saber:

Em primeiro lugar, o requisito da presença de conduta dolosa (elemento subjetivo) por parte dos agentes públicos e de quem induzir ou concorrer para a prática do ato a fim de configurá-lo como ato de improbidade administrativa, inclusive nas hipóteses previstas pelo artigo 10 da LIA e excluindo a modalidade culposa.

Em segundo lugar, os novos prazos e marcos para consumação da prescrição (geral e intercorrente) nas ações de improbidade administrativa.

Após breve apresentação das premissas que guiam o presente voto, passo a examinar cada um dos pontos controvertidos neste tema de repercussão geral para, em seguida, solucionar o caso concreto em análise.

I.

PREMISSAS TEÓRICAS

Os crimes de corrupção e a prática dolosa de atos de improbidade na Administração Pública manifestam uma relação disfuncional entre agentes estatais, atores privados e cidadãos de uma nação. Essa disfunção prejudica o desenvolvimento socioeconômico de países e estimula a desigualdade, porquanto produz consequências nefastas para a estabilidade institucional, para a reputação da economia nacional e para efetividade de políticas públicas voltadas aos mais necessitados.

(WEI, Shang-Jin. *Corruption in Economic Development: beneficial grease, minor annoyance, or major obstacle?* World Bank Policy Research Working Papers, 1999).

Conforme destaca a renomada professora da Universidade de Yale, Susan Rose-Ackerman, em não raras vezes, a ausência de instituições efetivas para garantia do Estado de Direito (*rule of law*) fomentam um ambiente propício para a corrupção e para a improbidade. Porém, a via é de mão dupla. A corrupção e a improbidade corroem as instituições políticas e desnaturam as estruturas socioeconômicas de uma nação, propiciando a perpetuação desse ciclo vicioso.

(ACKERMAN, Susan Rose; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: causes, consequences, and reform*. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 28-29, tradução livre; ACKERMAN, Susan Rose. *Political Corruption and Democracy*. *Connecticut Journal of International Law*, v. 14, n. 2, 1999).

No Brasil, a repressão dos atos de improbidade administrativa possui tamanha importância que foi expressamente prevista no §4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o agente público ímprobo e o particular que induzir ou concorrer para a prática do ato de improbidade ficam sujeitos às sanções de *suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário*, sem prejuízo de responderem a eventual ação penal, quando cabível.

(FERNANDES, Felipe; PORTO, José Roberto Mello; PENNA, Rodolfo. Manual de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022).

Deveras, não há “*bala de prata*” que solucione as causas e as mazelas dos atos corruptos e ímprobos. Trata-se de fenômeno multifacetado que exige mudanças estruturais não só nas leis ou na jurisprudência, mas nos próprios valores éticos e socioculturais de uma nação, nas dinâmicas do mercado privado e na formação dos agentes públicos.

(ROSE-ACKERMAN, Susan; LUCE, Henry R.; LAGUNES, Paul (Org.). *Greed, corruption, and the modern state. Essays in political economy*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 5)

Entretanto, legislações como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) são salutares, porquanto conferem balizas normativas e ferramentas institucionais que vão além da repressão estatal pela via criminal.

Apesar de a repressão criminal não ter perdido sua notável importância, é certo que “o foco, hoje, volta-se à prevenção” dos ilícitos de corrupção e de improbidade, estratégia na qual “o direito administrativo é peça-chave” para a atuação eficiente dos órgãos de controle e do Poder Judiciário em prol da integridade na Administração Pública brasileira.

(CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. (Org.). *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020).

Como ressalta Valter Shuenquener de Araújo, é recente o esforço teórico e normativo de combate à corrupção por meios distintos da sanção penal. O Direito Administrativo tem protagonizado esse intuito, porquanto apresenta “*ferramentas capazes de prevenir e de reprimir práticas desonestas envolvendo a administração pública*”, *verbis*:

“O combate à corrupção não pode, assim, limitar sua fundamentação aos institutos do direito penal e à criminalização de comportamentos reprováveis, devendo, ao revés, inspirar-se em diversos outros ramos do direito, especialmente no direito administrativo”

(ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-159, jan./abr. 2020, p. 137).

Apesar de não solucionar todas as causas de má-fé qualificada na administração pública, a Lei de Improbidade Administrativa é uma conquista histórica nesse sentido, mercê de fortalecer o

império da lei (*rule of law*) no Brasil e de institucionalizar mecanismos de *accountability* no “controle da probidade na gestão pública, com incremento da transparência, da prestação de contas e do controle social”.

(NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018).

Eis a **primeira premissa** que adoto na análise do presente tema de repercussão geral: o Supremo Tribunal Federal deve – em seus julgados – reafirmar o avanço pioneiro que o sistema de responsabilização implementado pela Lei de Improbidade Administrativa trouxe para a tutela da integridade do patrimônio público-social brasileiro nos seus 30 anos de vigência.

Ocorre que se tornou necessário atualizar a legislação para, entre outros motivos, adequá-la à jurisprudência consolidada a seu respeito ao longo desse período, bem como corrigir imperfeições na sua aplicação concreta mapeadas durante seus anos de vigência.

Nesse sentido, não poderia deixar de saudar publicamente o metucioso trabalho realizado pela Comissão de notáveis juristas responsável pela elaboração do anteprojeto que gestou a Lei nº 14.230/2021 ora em debate. Faço especial destaque ao empenho do Presidente da Comissão, o ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça e competente Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, Mauro Campbell.

Com efeito, a reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021 “**representa, em grande medida, uma reação à denominada ‘Administração Pública do medo’**”, paradigma caracterizado pela aversão decisória do administrador público em face do temor de ser posteriormente punido em razão do questionamento de sua atuação pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário:

“De fato, os agentes públicos têm se esquivado de prolatar decisões administrativas em situações que não se amoldam à literalidade do dispositivo normativo ou que apresentam dúvidas interpretativas, notadamente em hipóteses que envolvam a definição do alcance dos princípios jurídicos e dos conceitos jurídicos indeterminados, mesmo nos casos que são precedidos de posicionamentos da advocacia pública favoráveis à tomada da decisão ou apoiada em jurisprudência não pacificada”

(OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e a Reforma da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021*, Revista Síntese de Direito Administrativo, ano XVII, nº 194, fevereiro 2022, p. 81 - grifei).

Por um lado, a cautela dos gestores públicos é sinal de que os órgãos de controle e o Poder Judiciário têm se mostrado atores ativos no enfrentamento dos atos de improbidade administrativa, durante os 30 anos de vigência da Lei nº 8.429/1992. Apesar das naturais imperfeições e dos eventuais equívocos, essa postura diligente deve ser festejada, porquanto majoritariamente benéfica.

Por outro lado, caso haja hipertrofia e inflexibilidade nessa atuação, o receio dos agentes

públicos pode se tornar excessivo e generalizado, incentivando-os a delegarem constantemente suas decisões ou a adotarem comportamentos estritamente formalistas que podem comprometer a própria eficiência da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da CF/88).

Portanto, a persecução e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deve ser proporcional e adequada, sob pena de favorecer o paradigma do “**Direito Administrativo do Medo**”, no qual o gestor público deliberadamente *decide não decidir* para se blindar dos riscos de uma eventual responsabilização pela sua escolha.

(SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 39).

Eis a **segunda premissa** que adoto na análise desta repercussão geral: a Lei de Improbidade Administrativa deve alcançar as vicissitudes do agente público desonesto que vulnera o interesse público sem, contudo, idealizar as condições fático-administrativas que circundam a sua tomada de decisão, tampouco obstruir a atuação diligente ou meramente regular de agentes públicos bem-intencionados.

É dizer: os órgãos de controle e o Poder Judiciário não podem criar expectativas irreais sobre a capacidade cognitiva do gestor e as condicionantes (*v.g.* urgência da questão; ausência de corpo jurídico estruturado) que constroem a sua atuação no contexto concreto, sob pena de punirem a inabilidade em vez da improbidade e de desestimularem posturas proativas na administração pública brasileira:

“O mundo da aplicação da lei de ofício é um lugar bastante seguro para o agente público. Segue-se fria e acriticamente o comando legal e evitam-se problemas. O gestor que cumpre e faz incidir a lei é probo em qualquer cenário. Sua ação nada mais é que reflexo da vontade geral, com o que se legitima e se protege.

Esse mundo, porém, não existe (...) Sabe-se hoje que administrar, *e.g.*, implica funções proativas de prestação de serviços públicos; abrange, ainda, considerações complexas sobre como regular setores da economia; e envolve, também, decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador”.

(BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - *A cláusula geral do erro administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, edição especial, nov. 2018, p. 205-206 - grifei).

Essa segunda premissa é especialmente relevante na realidade dos pequenos municípios brasileiros com escassa infraestrutura funcional e diminuto corpo de assessoramento jurídico. Nesse âmbito, muitas vezes a punição decorre de inépcia ou de desconhecimento do gestor público, e não de má-fé ou de desonestidade em sua administração.

Vale frisar que – de modo algum – deve-se desqualificar o excelente trabalho promovido pelo Ministério Público (federal e estadual), pelos Tribunais de Contas, pelas Controladorias-Gerais, pela Justiça Eleitoral e pelo próprio Poder Judiciário no combate à corrupção e no enfrentamento implacável à improbidade administrativa.

Entretanto, essa atuação incisiva não pode estimular o que os administrativistas brasileiros denominam de “*Apagão das Canetas*”, expressão que faz referência a uma postura demasiadamente burocrática do gestor público de paralisia decisória em face do reiterado risco de punição. Esse tormentoso quadro de apatia e de inação na Administração Pública deve ser evitado, justamente porque pode gerar efeitos deletérios à consecução do próprio interesse público.

(BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, edição especial, nov. 2018, p. 205-206).

Não por acaso, o §8º do inciso I, do artigo 1º, da Lei de Improbidade Administrativa adveio justamente para conferir maior proteção ao agente público nesse sentido: “*não configura improbidade administrativa a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário*”.

Em sentido convergente, o **artigo 28 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro** revitalizou o sistema de responsabilidade subjetiva do gestor, prestando necessária deferência ao servidor honesto sem – contudo - deixar de coibir os comportamentos ímprobos:

“o novel dispositivo (...) terá o condão de gerar os relevantes incentivos de: (i) **contribuir para que o administrador melhor fundamente o seu agir**, por intermédio de uma adequada processualização, de sorte a reduzir os riscos de que suas decisões sejam inquinadas pela pecha dos ‘atos dolosos’ ou dos atos praticados lastreados em um ‘erro grosseiro’; e (ii) **inverterá e ampliará o ônus de fundamentação para o controlador, que passará a ter de demonstrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa.**”

(MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto*. Consultor Jurídico, Brasília, 25 mai. 2018 - grifei).

Com o advento da pandemia da COVID-19, essas discussões se acentuaram devido às complexidades inerentes à gestão de cenários de risco. Mesmo diante desse contexto altamente incerto e do curtíssimo espaço temporal disponível para tomada decisória, vários gestores públicos tiveram de implementar políticas públicas na esperança de alcançar resultados efetivos que pudessem salvar vidas e empregos, sopesando valores constitucionais de relevância ímpar. Tudo isso sem – muitas vezes - sequer possuir evidências científicas suficientes ou balizas jurídicas claras para lastrear sua atuação.

Por essa razão, em franca solidariedade aos agentes públicos dotados da difícil tarefa de combater os efeitos da pandemia, este Supremo Tribunal Federal reforçou a aplicação do artigo 28 da LINDB no julgamento da **ADI 6424/DF**, de relatoria do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, máxime (i) ter esclarecido em que consistiria “erro grosseiro” e (ii) ter enfatizado que as sanções do gestor público devem guardar proporcionalidade com suas atribuições e capacidades:

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente:

(i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e

(ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

(MC ADI 6424/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, PLENÁRIO, j. 21/05/2020).

Naquela assentada, durante minha exposição oral, fiz questão de destacar que *“uma coisa é a preocupação em cometer atos de acordo com o enquadramento legal; outra, é o medo levar à inação”*. Portanto, ao julgar os gestores públicos, é muito importante levar em consideração a *“experiência prática”* da Administração Pública *“que impõe ao administrador fazer algo, às vezes, humanamente impossível: decidir bem e depressa”*.

(MC ADI 6424/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, OBSERVAÇÃO MIN. LUIX FUX, PLENÁRIO, j. 21/05/2020).

A bem da verdade, para conferir o maior grau de eficiência possível à persecução e ao combate dos atos de improbidade administrativa, os órgãos de controle e o Poder Judiciário brasileiros devem adotar uma ***postura responsiva***, incorporando – ao apreciar e julgar ações de improbidade – as motivações e as condicionantes reais por trás do processo decisório do agente público, bem como seu comportamento global em face do episódio em questão.

(BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 54-100).

Portanto, no combate à improbidade administrativa, é preciso se utilizar da abundância dos meios sancionatórios, sobretudo das ferramentas consensuais que a legislação disponibiliza, para, então, estabelecer uma sinergia entre estratégias sancionatórias que envolvam punição, persuasão e cooperação.

Vale dizer: o Poder Público deve escalonar a aplicação das sanções de acordo com a reincidência e/ou gravidade do ato (princípio do mínimo suficiente) e estabelecer uma comunicação competente com o agente público sem, contudo, deixar de puni-lo implacavelmente – quando necessário – para reprimir atos ímprobos e para restituir a incolumidade do erário.

Em síntese, trata-se de incentivar que o agente público atue de modo probo – restando em conformidade com os ditames constitucionais não somente “pelo receio de ser punido, mas em uma opção deliberada” de respeitar a integridade da Administração Pública brasileira como pressuposto do bem-estar da coletividade e do desenvolvimento socioeconômico da nação.

(ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia, 2021, p. 119-133).

Eis a **terceira premissa** deste voto, a qual sintetiza as duas anteriores à luz de uma abordagem *pragmática*: o Poder Judiciário e os órgãos de controle não podem atuar *aquém* de suas funções no combate à improbidade administrativa, porém tampouco devem ir além do necessário e do proporcional para preservar a probidade da Administração e a integridade do patrimônio público.

Essa terceira premissa incorpora o **giro pragmático** ocorrido no Direito Administrativo brasileiro e o aplica à disciplina da improbidade administrativa. Na persecução e no combate às condutas ímprobas, o Estado não deve estar preso a dogmas (*antifundacionalismo*): inexistem estratégias invariavelmente melhores ou aprioristicamente mais eficientes que as demais. Pelo contrário, para enfrentar a improbidade administrativa, a estratégia que melhor atenderá ao interesse público não deve ser mensurada em abstrato, mas concretamente à luz das *consequências* que produzirá dentro do *contexto* em que inserida.

(BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021, p. 32-37).

(MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 36-38).

Em síntese, o enfoque pragmático é benéfico ao direito administrativo em geral, guardando “especial pertinência no campo sancionatório”, porquanto visualiza o interesse público “não como um conceito abstrato e *ex ante*, mas (...) como expressão de finalidades respaldadas no ordenamento jurídico, informadas pela prevalência e proteção dos direitos fundamentais e concretamente delimitadas a partir do contexto e dos fatos em curso na sociedade”.

(VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan./abr. 2019, p. 115-116).

Por conseguinte, é preciso examinar as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa de modo coerente à realidade imposta pelos defeitos reais e pelos gargalos concretos da Administração Pública brasileira. Isto é, contrapondo **(a)** os riscos e as patologias de uma atuação incisiva voltada estritamente à punição dos agentes em face **(b)** dos perigos da leniência desmedida, a qual deixa o administrador público sem balizas de ação ou – ainda pior – com parâmetros demasiadamente amplos capazes de estimulá-lo à prática de atos ímprobos.

(CYRINO, André. *Legalidade administrativa de carne e osso*: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017, p. 200).

Sem dúvidas, atingir esse ponto ótimo de ponderação é uma tarefa extremamente difícil. No entanto, a missão deste Supremo Tribunal Federal reside exatamente em encontrar tal equilíbrio na análise da presente repercussão geral.

II.

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A RETROATIVIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO

Como já adiantado, o **primeiro ponto** a ser debatido nesta repercussão geral consiste na retroatividade, ou não, do novel requisito trazido pela Lei 14.230/2021, o qual passou a exigir invariavelmente a **presença do elemento subjetivo (dolo)** para a configuração de ato de improbidade administrativa, inclusive nas hipóteses previstas pelo artigo 10 da LIA.

Por motivo de coerência judicial, destaco que - desde quando ainda honrosamente integrava os quadros do Superior Tribunal de Justiça - já assentava o caráter sancionador da Lei de Improbidade Administrativa e demonstrava expressamente minhas reservas quanto à modalidade culposa da improbidade, resguardando-a somente às **“hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal”**. *In verbis* (grifei):

“2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido.

(...)

6. Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.

7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o ato praticado por administrador inepto.

(STJ, REsp n. 980.706/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3/2/2011, DJe de 23/2/2011)

Destarte, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o meu posicionamento já concluía no sentido de que **“o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa,**

à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva” (STJ, REsp 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 15/12/2010).

Portanto, descabe o argumento de que o microsistema da improbidade administrativa não pode ser enquadrado no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Se antes a temática era fruto de discussão, com o advento da Lei nº 14.230/2021, o próprio §4º do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa passou a afirmar expressamente que os **princípios constitucionais do direito administrativo sancionador se aplicam ao sistema de improbidade** – a propósito, em linha com o que já afirmava quando enfrentava a temática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

(A.2) (IR)RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (ARTIGO 5º, XL, DA CF/88) NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

É cediço que, assim como o Direito Penal, o Direito Administrativo Sancionador consiste em “*expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado*”.

(GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. *Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no regime democrático da Constituição de 1988*. Revista Estudos Institucionais UFRJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 467-478, maio/agosto, 2021).

Não por acaso, há muitos anos a “*escola*” de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) tem produzido excelentes trabalhos acadêmicos sustentando que o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal compartilham um núcleo principiológico e uma esfera de garantias fundamentais em comum.

Tudo isso para conferir balizas democráticas e proporcionais ao *jus puniendi* estatal, limitando o arbítrio do Estado - por exemplo - a partir da aplicação dos princípios da intranscendência subjetiva das sanções (artigo 5º, XLV, CF/88), da individualização das penas (artigo 5º, XLVI, CF/88) e da vedação ao *bis in idem* ao Direito Administrativo Sancionador.

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCÍA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013).

(BINENBOJM, Gustavo. *O Direito Administrativo Sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos do setor de revenda de combustíveis*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, edição especial, p. 468-491, 2014).

(VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador: justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018).

Portanto, **reconheço que ambos compartilham um núcleo constitucional comum**. Sob pena de injustiça e de ilegitimidade, a coerção fático-normativa de condutas ilícitas não pode ocorrer de modo desproporcional - seja no âmbito administrativo, seja no âmbito criminal.

Nesse sentido, “*sobressai a necessidade de uma maior comunicação, integração e coordenação entre as instâncias civil, penal e administrativa, com a finalidade de se coibir o arbítrio estatal, diminuir a insegurança jurídica e de se garantir a proporcionalidade sancionatória*”.

(ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da interdependência das instâncias e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília, v. 23, nº 131, p. 629-653, Out. 2021/Jan. 2022, p. 632).

Não obstante essa proximidade axiológica, com a devida vênia aos entendimentos diversos, não visualizo o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador como figuras exatamente idênticas. Pelo contrário, resta necessário transpor os princípios penais com cautela para o Direito Administrativo Sancionador - sob pena de desnaturar a característica inerente ao ordenamento criminal de agir como *ultima ratio*, último recurso, de controle jurídico dos fatos sociais. In verbis (grifei):

“O ilícito penal encontra fundamento distinto do administrativo, especialmente em virtude do princípio da intervenção mínima inerente ao Direito Penal (...)

Os ilícitos administrativos se inserem na atuação conformadora da Administração Pública, que visa à criação de um sistema de incentivos aos cidadãos e à realização de interesses socialmente relevantes.

O ilícito penal, por sua vez, a despeito de também ser criado legalmente com um olhar para a prevenção, ostenta um forte caráter retributivo e produz efeitos sancionatórios nitidamente mais gravosos, o que se constata pela possibilidade de privação da liberdade do condenado.

A transposição de institutos e princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador é recomendável, mas não deve ser automática e acrítica.

(ARAÚJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís; COSTA, Vítor. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro vol.13, nº.02, pp. 738-764, 2020).

In casu, verifico que a Lei nº 14.230 alterou e/ou revogou substancialmente o *caput* e os incisos dos artigos 9, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Para os fins da presente controvérsia, merece destaque o fato de que a Lei nº 14.230 aboliu a modalidade culposa de improbidade administrativa, prevista sobretudo na redação anterior do *caput* do art. 10 da LIA relativo às ações e às omissões que lesassem ao erário.

Com efeito, extrai-se que as alterações foram mais benéficas aos acusados e aos réus nas ações de improbidade administrativa. É dizer: não basta mais a negligência ou a imprudência do agente para configuração do ato como improbidade administrativa. É necessária a comprovação de sua “*vontade livre e consciente de alcançar o resultado*” tipificado pela LIA, mediante acervo probatório robusto.

Estou ciente de que há respeitáveis vozes se posicionando no sentido da “*retroatividade da lei sancionadora mais benigna*” e – por isso – defendendo a aplicação das alterações previstas na “nova” Lei de Improbidade Administrativa a fatos pretéritos, desconstituindo inclusive a coisa julgada.

(MAIA FILHO, Napoleão. *O princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna*. Revista Consultor Jurídico, Brasília, 04 de maio de 2022).

Além disso, no âmbito jurisprudencial, reconheço que a ilustre Ministra Regina Helena Costa, do Superior Tribunal de Justiça, já apresentou robusto voto divergente e se sagrou redatora para o acórdão em leading case sobre o tema - assentando exatamente que, *verbis* (grifei):

“O Art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa”

(STJ, Agravo Interno no REsp 1602122/RS, PRIMEIRA TURMA, j. 07/08/2018).

No mesmo sentido: STJ, Primeira Turma, REsp nº 1402893/MG, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 11.04.2019; AR 1.304/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. P/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 26/08/2008.

Por outro lado, como contraponto, friso novamente a **cautela necessária ao se transpor princípios e institutos do direito penal para o âmbito administrativo sancionador**.

In casu, além das inúmeras menções da Lei de Improbidade Administrativa aos regramentos previstos pelo Código de Processo Civil de 2015, o próprio dispositivo constitucional do art. 5º, XL, faz menção EXPRESSA à natureza PENAL da legislação mais benéfica para sua aplicação: “**a lei penal** não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Deveras, a despeito do caráter repressivo e sancionador das ações e sanções por improbidade administrativa, bem como da confusa previsão do novel artigo 17-D da Lei de Improbidade Administrativa, é fora de dúvidas que a ação por improbidade e as suas eventuais sanções possuem natureza eminentemente cível.

Em verdade, a parte final do artigo 37, §4º, da CF/88, é clara ao afirmar que a aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa não prejudica o eventual ajuizamento “**da ação penal cabível**”.

Se não bastasse, o Pleno deste Supremo Tribunal Federal também já concluiu nesse sentido. Na PET 3240 AgR/DF, de relatoria do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, o STF afirmou que a previsão constitucional do foro especial por prerrogativa de função se restringe às infrações penais, razão pela “*não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil*”.

No caso *sub examine*, por expressa disposição constitucional, o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica não deve ser transportado integralmente e acriticamente às ações de

improbidade, sobretudo ante às peculiaridades únicas do Direito Penal relacionadas aos efeitos das suas sanções na liberdade do condenado.

(MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 154-155).

No âmbito jurisprudencial, há inclusive acórdão da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, no qual adotou-se esse entendimento pelo transporte cauteloso do referido princípio penal à seara administrativo-sancionadora, *in verbis* (grifei):

“A diferença ontológica entre a sanção administrativa e penal permite transpor com reservas o princípio da retroatividade”

(STJ, RMS n. 33.484/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, j. 11/06/2013).

Destarte, especificamente quanto à aplicação do artigo 5º, XL, da CF/88 às ações de improbidade administrativa com base na modalidade culposa, a natureza não-penal das normas e das ações relativas à improbidade administrativa me levam a crer que as alterações promovidas **NÃO devem retroagir a fatos e a ações pretéritas à sua vigência**, sobretudo nas hipóteses de condenação transitada em julgado e de exaurimento dos efeitos da sanção administrativa aplicada.

III.

A IRRETROATIVIDADE DOS NOVOS PRAZOS E MARCOS DE PRESCRIÇÃO GERAL E INTERCORRENTE

Por sua vez, o **segundo ponto controvertido** nesta repercussão geral consiste na avaliação da **retroatividade, ou não, dos novos marcos prescricionais** implementados pela reforma na Lei de Improbidade Administrativa.

No caso *sub examine*, verifico que a Lei 14.230/2021 fixou duas modalidades de prescrição para as ações de improbidade administrativa: (i) a prescrição geral e (ii) a prescrição intercorrente.

(B.1.) IRRETROATIVIDADE DA MODALIDADE GERAL DE PRESCRIÇÃO:

A **primeira modalidade** prescricional instaurada pela Lei nº 14.230/2021 consiste na chamada **prescrição geral**, também denominada de prescrição principal ou clássica.

Como é cediço, o **artigo 189 do Código Civil** determina que “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*”.

O saudoso e ilustre José Carlos Barbosa Moreira esclarece que o referido dispositivo legal possui franca inspiração no § 194, I, do Código Civil Alemão (BGB), porquanto estabelece a *pretensão* como o objeto da prescrição. Por conseguinte, a violação de direito subjetivo do titular lhe confere o *poder de exigir* prestações positivas ou negativas de outrem.

(BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil Brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 11, jul/set 2002, p. 68-73).

Deveras, a partir da notável contribuição do Ministro Moreira Alves na redação da parte geral do Código Civil de 2002, o referido dispositivo legal inovou em relação ao Código de 1916, o qual – sob influência de Clóvis Bevilacqua – acolhia a ideia de que a prescrição fulminava a ação. Diferentemente, o novo Código Civil abarca a seguinte lógica: quando houver violação de direito subjetivo, exsurge para o seu titular a pretensão (*Anspruch*) de exigir uma ação ou omissão de outrem. Caso essa pretensão não for exercida dentro do prazo legalmente estabelecido, restará prescrita.

(MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados*. São Paulo: Saraiva, 1986).

Vale ressaltar que a decadência extingue o *direito potestativo* do titular que não o exercer – judicialmente ou extrajudicialmente – dentro do prazo legal ou do prazo convencional estipulado. De outra sorte, a inércia do titular prescreve o exercício da *pretensão de seu direito subjetivo*. Entretanto, não tem o condão de fulminar o direito subjetivo em si, o qual pode até vir a ser exigível em casos como os de renúncia da prescrição (artigo 191 do CC/2002).

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. 2a ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020).

No que diz respeito à improbidade administrativa, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.019/2014, a redação anterior do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992 previa três hipóteses de prazos prescricionais que variavam de acordo com o réu na ação de improbidade administrativa:

- (1) Em relação aos **agentes públicos que ostentassem vínculo temporário ou precário com o Poder Público**, as ações de improbidade poderiam “*ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança*”.
- (2) Em face de **agentes públicos ocupantes de cargo efetivo ou emprego** na Administração Pública, as ações de improbidade administrativa poderiam “*ser propostas dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público*”.
- (3) Em se tratando de “*entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual*”, as ações de improbidade poderiam ser propostas em até cinco anos, contados a partir “*da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final*”.

Ocorre que a Lei nº 14.230/2021 alterou substancialmente essa sistemática anterior, unificando o prazo prescricional geral das ações de improbidade administrativa.

Segundo o *caput* do artigo 23 da legislação vigente, a prescrição das ações de improbidade se consuma **no prazo de 8 (oito) anos**, contados a partir **(a) da ocorrência do fato ou (b) do dia em que cessar a permanência**, no caso de infrações permanentes.

Como cediço, o instituto da prescrição é corolário do preceito fundamental da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, porquanto garante estabilidade e previsibilidade às relações sociojurídicas no aspecto temporal. É dizer: vedando, no Estado Democrático de Direito, condutas contraditórias ou arbitrárias para situações já consolidadas com o decurso do tempo; e estabelecendo prazos legais para que o Estado e os particulares exerçam as suas pretensões.

Por essa razão, o saudoso Ministro Teori Zavascki - ainda no Superior Tribunal de Justiça - já esclarecia que **“em nosso direito, a prescritibilidade é a regra, (...) [sendo] raríssimas as hipóteses de imprescritibilidade”**, *verbis* (grifei):

“É assim no próprio texto constitucional. A Constituição, que em várias passagens faz referência ao instituto da prescrição (além do art. 37, § 5º, o art. 53, § 5º e o art. 146, III, b), enumera explicitamente as hipóteses de imprescritibilidade: art. 5º, incisos XLII e XLIV.

Se a prescritibilidade das ações e pretensões é a regra - pode-se até dizer, o princípio -, a imprescritibilidade é a exceção, e, por isso mesmo, a norma que a contempla deve ser interpretada restritivamente”.

(STJ, REsp 764.278, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25.5.2008)

Conforme bem destacado pelo eminente Ministro Relator em sua manifestação de repercussão geral, este Supremo Tribunal Federal se posiciona em sentido convergente - assentando que a imprescritibilidade é hipótese excepcional. Vale dizer (grifei):

“Somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública”.

In casu, todavia, a adoção do entendimento pela retroatividade do novo prazo de prescrição geral nas ações de improbidade, sem qualquer regime de transição, acarretaria um paradoxo: em vez de o instituto da prescrição reforçar o preceito fundamental da segurança jurídica, a sua aplicação estaria vulnerando-o.

As ações de improbidade ajuizadas em relação aos fatos pretéritos à Lei nº 14.230/2021 eram

regidas por disciplina legal totalmente distinta. Nesse sentido, não é legítimo exigir do Estado que proponha, analise e julgue as ações à luz de um regramento jurídico que sequer era existente à época.

Ao revés, a novel legislação deveria ter previsto – ao menos – um regime de transição para resguardar as situações consolidadas e a fim de permitir que o Estado e os cidadãos pudessem tomar as providências cabíveis para se adequar ao novo contexto normativo.

A título de exemplo, ao alterar substancialmente o instituto da prescrição em relação ao Código de 1916, o Código Civil de 2022 agiu corretamente para preservar a segurança jurídica no país, razão pela qual previu regime de transição em seu artigo 2.028. Segundo o dispositivo legal, nas hipóteses em que (i) o CC/2002 tenha reduzido o prazo em relação ao estabelecido pelo Código anterior ou (ii) quando da entrada em vigor do CC/2002, já houvesse transcorrido mais da metade do prazo previsto no Código anterior, dever-se-ia aplicar os prazos previstos no Código de 1916.

Na mesma linha do artigo 5º, inciso XXXVI da CF/88, o artigo 6º da LINDB veda alterações abruptas no ordenamento jurídico de modo que - ao entrar em vigor - a legislação produzirá efeitos imediatos e gerais porém respeitando “*o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”.

Destarte, concluo pela **IRRETROATIVIDADE** do novo prazo prescricional geral estabelecido pela Lei nº 14.230/2021 às ações de improbidade administrativa, assentando seus efeitos somente para as condutas dolosas cometidas a partir da vigência da referida legislação, sob pena de grave violação ao preceito fundamental da segurança jurídica.

(B.2.) IRRETROATIVIDADE DA MODALIDADE DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:

A **segunda modalidade** prescricional instaurada pela Lei nº 14.230/2021 consiste na chamada **prescrição intercorrente**.

Enquanto a prescrição geral ocorre antes mesmo da relação processual ser instaurada, a prescrição intercorrente consuma-se “*depois de interrompida no curso do processo*” em que se postula o direito material.

(FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022, p. 302).

Deveras, verifico que a Lei nº 14.230/2021 trouxe **novos marcos interruptivos** para o prazo prescricional geral de 8 (oito) anos, quais sejam:

- I - Ajuizamento de ação de improbidade administrativa;
- II - Publicação de sentença condenatória;
- III - Publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirme sentença condenatória ou que reforme sentença de improcedência;
- IV - Publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirme acórdão condenatório ou que reforme acórdão de improcedência;

V - Publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirme acórdão condenatório ou que reforme acórdão de improcedência.

Nesse sentido, a suspensão e a interrupção da prescrição alcançarão a todos os que tiverem concorrido para a prática do ato de improbidade (art. 23, §6º). Além disso, caso o mesmo processo tenha por objeto atos de improbidade conexos, serão estendidas a suspensão e a interrupção relativas a qualquer dos atos de improbidade em relação aos demais (art. 23, §7º).

De modo mais relevante para os fins do presente tema de repercussão geral, nos casos de interrupção do lapso prescricional, este recomeçará a transcorrer a partir do dia da sua interrupção, porém agora pela **metade do prazo prescricional geral**. É dizer: em vez dos 8 (oito) anos previstos no caput do artigo 23 para a consumação da prescrição geral, a **prescrição intercorrente** nas ações de improbidade ocorrerá no **prazo de 4 (quatro) anos** (art. 23, §5º).

Caso transcorra esse prazo de 4 (quatro) anos entre os marcos interruptivos mencionados, o juízo ou o Tribunal competentes deverão – após oitiva do Ministério Público - “*reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la*” imediatamente de ofício ou a requerimento da parte interessada (art. 23, §8º).

Primeiramente, é crucial – antes - avaliar a natureza jurídica das normas impugnadas referentes ao novo regime prescricional intercorrente: **saber se relativas ao campo do direito processual ou se relacionadas ao direito material**.

Como cediço no direito brasileiro, as normas processuais acarretam – via de regra – efeitos prospectivos, enquanto as normas de direito material mais benéficas - em regra - ocasionam a sua retroatividade.

Ao reger as normas criminais de índole predominantemente material, o parágrafo único do artigo 2º do Código de Direito Penal aduz: “**a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado**”.

Vale ressaltar que a mesma regra da retroatividade benéfica é aplicável às chamadas **normas mistas/híbridas**, as quais “*abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal*” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 96).

Diferentemente, o artigo 2º do Código de Processo Penal realça expressamente os efeitos prospectivos da norma processual penal no tempo: “**a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior**”.

Em sentido convergente, na seara cível, o artigo 14 do CPC/2015 também estabelece que “**a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada**”.

Deveras, a classificação das normas impugnadas de prescrição intercorrente tem suscitado fortes divergências tanto na doutrina, quanto na jurisprudência nacionais.

Não por outro motivo, o eminente **Ministro Og Fernandes**, do Superior Tribunal de Justiça, corretamente destacou que - na nova Lei de Improbidade Administrativa - “*a questão atinente à prescrição intercorrente para casos pretéritos, de fato, ainda merece um melhor debate, sendo que, nem mesmo a doutrina, está uniforme sobre a matéria*” (STJ - **TutPrv no Resp 1887265/PR**, Ministro Relator OG FERNANDES, DJ 02/03/2022).

Por um lado, em excelente texto sobre a temática, Fernando Capez (PGJ/SP – Procon/SP) argumenta que “**as normas que tratam de prescrição são de Direito material, e não processual**, pois não dizem respeito ao procedimento que deve ser seguido, mas afetam diretamente o próprio direito de punir do Estado”, extinguindo-o, criando-o, aumentando-o ou reduzindo-o. *In verbis* (grifei):

“A questão que se coloca é sobre a incidência imediata da nova prescrição intercorrente aos casos em andamento, ou seja, se ela retroagirá para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor, extinguindo as ações em curso há mais de quatro anos sem decisão condenatória.

(...)

Diante do exposto, dada a natureza material da prescrição e a identidade principiológica entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, as novas regras de prescrição dos atos de improbidade, quando benéficas, devem retroagir imediatamente para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor e extinguir a punibilidade em todos as ações de improbidade ajuizadas há mais de quatro anos, sem decisão condenatória, aplicando-se o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, previsto na CF, o artigo 5º, XL”

(CAPEZ, Fernando. *Retroatividade in mellius da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade*. Brasília, Consultor Jurídico, 2 de dezembro de 2021).

Por outro lado, a Orientação nº 12 e a Nota Técnica nº 01/2021, ambas emitidas pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal, afirmam que as normas de prescrição intercorrente nas ações de improbidade possuem “**natureza exclusivamente processual** (...) contando-se os prazos previstos no novo artigo 23, §4º da LIA, na sua inteireza, a partir da entrada em vigor da Lei 14.230/2021”.

Não obstante, ainda há uma **terceira via**. Em substancioso trabalho acerca do tema, Frederico Koehler (TJ/PE - STJ) e Silvano Flumignan (PGE/PE - STJ) defendem que a prescrição intercorrente prevista na nova LIA teria “**natureza mista**”, porém com “**preponderância de sua matriz processual**”. *In verbis* (grifei):

“Embora a prescrição intercorrente também extinga a pretensão, não há nova violação do direito e novo exercício de pretensão. Trata-se de uma modalidade de prescrição que afeta o exercício da exigibilidade por causa externa e posterior ao ajuizamento da demanda.

O caráter de instituto de natureza mista (processual e material) é ainda mais evidente, mas, nesse caso, existe preponderância de sua matriz processual”.

(KOEHLER, Frederico Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Regime de prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília, Consultor Jurídico, 9 de fevereiro de 2022).

Com a devida vênia aos respeitáveis entendimentos divergentes, neste caso específico, tendo a concordar com a terceira corrente explicitada.

De fato, há quem atribua natureza de direito material civil ao instituto da prescrição geral. Não obstante, no tocante à modalidade intercorrente da prescrição, é patente a sua repercussão no campo do direito processual.

In casu, a discussão volta-se para as normas referentes aos prazos e aos marcos interruptivos prescricionais nas ações de improbidade, o que assevera o caráter eminentemente processual do debate.

A modalidade geral de prescrição possui a violação de direito subjetivo material como fundamento. Diferentemente, o fundamento da modalidade intercorrente da prescrição nas ações de improbidade está ligado ao escoamento de lapso temporal *entre* marcos/fases da relação processual, relacionados sobretudo a ônus processuais da própria atividade jurisdicional:

“Em virtude de a causa da prescrição ser, exclusivamente, uma atuação processual independente, de certa forma, do agir dos titulares da relação jurídica de Direito material, basta que haja o decurso do tempo no curso do processo.

A **tese da prescrição intercorrente** não foi enfrentada pelo legislador originário do Código Civil de 1916, e nem mesmo pelo legislador originário do Código Civil de 2002. Ela não decorre da violação de nenhum direito subjetivo material.

O retardamento no processamento gera a sua ocorrência sem que seja necessária a violação de nenhum direito. Logo, não tem natureza material, mas, sim, essencialmente processual ”

(KOEHLER, Frederico Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Regime de prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília, Consultor Jurídico, 9 de fevereiro de 2022 - grifei).

Destarte, resta claro que **os dispositivos legais relativos à prescrição intercorrente nas ações de improbidade são exemplo de normas não penais mistas, preponderantemente voltadas ao campo do Direito processual**. Razão pela qual, entendo que a melhor exegese para solucionar a controvérsia *sub examine* reside na **aplicação do princípio *tempus regit actum*** e da teoria do isolamento dos atos processuais, ambos encartados pelo artigo 14 do CPC/2015, conforme já assentei doutrinariamente, *verbis* (grifei):

“A lei processual (..) dispõe para o futuro, respeitando os atos e os ‘efeitos’ dos atos praticados sob a égide da lei revogada.

É a consagração do princípio *tempus regit actum* que não impede que os atos processuais futuros e os fatos com repercussão no processo se subsumam aos novos ditames da lei revogadora (...) Esse preceito do *tempus regit actum* tanto se aplica para as normas processuais *tout court*, como para aquelas que influem sobre o fenômeno processual”.

(FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022, p. 13-14).

Deveras, reconheço a boa intenção da inovação legislativa no sentido de coibir ações de improbidade que perdurem o sofrimento dos réus por décadas. Caso aplicada seriamente, a modalidade de prescrição intercorrente poderá auxiliar na concretização do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), entendido como direito das partes e dever de todos os sujeitos do processo (art. 4º c/c art. 6º, todos do CPC/2015).

Entretanto, o que se discute nesta repercussão geral não é a intenção do legislador, mas sim a constitucionalidade da retroatividade das normas ora analisadas.

Ocorre que a retroatividade das alterações oportunizadas pela Lei nº 14.230/2021 violaria o princípio da segurança jurídica, porquanto exigiria que o Estado obedecesse a um regime prescricional que sequer existia à época da persecução das condutas ímprobadas. Seria injusta a perda do *ius puniendi* estatal pela via da prescrição, máxime inexistirem inércia ou omissão do Estado que a justificasse.

Além disso, é sempre oportuno lembrar a determinação prevista no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual o órgão julgador deve considerar “as **consequências práticas da [sua] decisão**” à luz das evidências fáticas disponíveis para seu eventual juízo probabilístico.

No caso *sub examine*, destaco a investigação empírica conduzida, em 2015, pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça – sob a competente gestão do Ministro Ricardo Lewandowski. Conforme demonstrado pelo voto do eminente Ministro Relator, a pesquisa quantitativa referente a base de dados disponível até dezembro de 2013 concluiu que, àquela época, o tempo médio entre a data do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado das ações de improbidade administrativa era de aproximadamente 5,15 anos. Ou seja, maior do que o próprio prazo de 4 anos da prescrição intercorrente previsto pelas alterações na Lei de Improbidade Administrativa – inviabilizando a persecução estatal das condutas ímprobadas na Administração Pública brasileira.

(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015).

Destarte, o novel prazo prescricional não pode ser aplicado retroativamente, porquanto:

(i) as normas que instauraram o novo regime de prescrição intercorrente consistem em normas

não-penais de natureza eminentemente processual, aplicando-se o princípio do *tempus regit actum* (art. 14, CPC/2015);

(ii) a aplicação retroativa das normas de prescrição intercorrente violaria o princípio da segurança jurídica mediante injusta extinção de ações propostas sob a égide de paradigma legal completamente diverso, portanto, inexistindo inércia ou omissão na persecução estatal capazes de justificar a prescrição de seu direito de punir (*ius puniendi*) condutas ímprobas;

(iii) segundo as evidências empíricas disponíveis, a aplicação retroativa das normas de prescrição intercorrente produziria consequências que inviabilizariam o combate às condutas ímprobas no Brasil.

IV.

DISPOSITIVO

Ex positis, **CONHEÇO** do presente recurso extraordinário e, no mérito, dou-lhe **PROVIMENTO**, nos termos do voto proferido pelo Ministro relator.

No tocante à **tese de repercussão geral**, **ACOMPANHO INTEGRALMENTE** a proposta apresentada pelo eminente Ministro relator.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, se Vossa Excelência me permite, eu havia antes falado com Vossa Excelência. Eu fiz uma tabela para facilitar e, depois, para que possamos votar a tese.

São, na realidade, quatro pontos principais. Houve unanimidade, todos os Ministros concordam que os atos de improbidade, atualmente, são só dolosos; e unanimidade no tocante ao provimento do recurso, do caso concreto.

São quatro os pontos importantes da ação.

Ato culposo com condenação transitada em julgado: nós temos seis votos para a irretroatividade - os votos do Relator; Ministro Edson Fachin; Ministro Roberto Barroso; Ministra Rosa Weber;

Ministra Cármen Lúcia e o Presidente, Ministro Luiz Fux. Então, a maioria é pela irretroatividade. Temos três votos pela retroatividade (dos Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes); e dois votos pela irretroatividade em princípio, mas pela possibilidade de ação rescisória (do Ministro André Mendonça e do Ministro Ricardo Lewandowski).

Então, aqui a maioria se formou com o voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sem prejuízo da beleza da questão trazida pelo Ministro André Mendonça, isso não era objeto da cognição do Tribunal - o cabimento ou não da ação rescisória.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - O segundo ponto: ato de improbidade culposo praticado antes da lei, mas sem condenação transitada em julgado.

Aqui, também se formou maioria acompanhando o Relator com fundamentos diversos - eu entendo que é não ultra-atividade; e a maioria, a retroatividade. Então, aqui, acompanharam o Relator: o Ministro André Mendonça; o Ministro Nunes Marques; o Ministro Dias Toffoli; o Ministro Ricardo Lewandowski; o Ministro Gilmar Mendes e Ministro-Presidente Luiz Fux (sete votos aqui pela retroatividade, ou não ultra-atividade). Em outras palavras, o que não transitou em julgado, o ato culposo não transitado em julgado, deve ser extinta a ação.

Eu faço, na tese que iremos discutir depois - já havia feito e penso que isso fica reforçado pelas observações feitas pelo Ministro Roberto Barroso e pela Ministra Rosa Weber -, eu coloco que o juiz - não é automático - deve analisar se aquele caso é realmente dolo ou culpa, porque várias vezes foi quase uma imputação genérica.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Portanto, deve ser analisada. Logo, sete votos, se for...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Como suscitei a divergência, Senhor Presidente, permita-me, apenas para ter presente este ponto. Isso não significa que a incidência dos efeitos da nova lei aos fatos pretéritos gerará a extinção automática das demandas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - É, até eu fiz questão de colocar na tese. O membro do Ministério Público vai peticionar, e o juiz deve analisar, porque várias vezes, realmente, a ação de improbidade, como não se exigia a definição de dolo ou culpa, acabava mencionado o art. 10, III, sem pontuar se era dolo ou culpa.

Ficaram vencidos, nesse caso, o Ministros Edson Fachin; Luís Roberto Barroso; Rosa Weber e a Ministra Cármen Lúcia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Realmente, eu me filiei a essa tese. Agora, isso não significa que o Ministério Público, como fiscal da lei, tenha a responsabilidade de não dar andamento em ações temerárias. Quer dizer, eu acho que nós temos que confiar no Ministério Público brasileiro, ou seja, muitas vezes as ações são genéricas, como diz Vossa Excelência, mas o próprio Ministério Público, à luz desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, que é o entendimento e a vontade do legislador, deverá se conter e verificar quais são aquelas ações que têm condições de prosperar.

Vossa Excelência, até informalmente e de modo muito pertinente, nos revelou - e eu concordo com isso - que se uma ação foi iniciada com base apenas numa improbidade de natureza culposa, o juiz não terá nem dispositivo legal no qual se basear para a condenação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - O terceiro ponto importante: a questão da prescrição intercorrente. Também aqui, a maioria acompanhou o meu voto, o voto do Relator. Aqui, foram nove votos - além do Relator, o Ministro André Mendonça, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes e o Presidente, Ministro Luiz Fux - pela não retroatividade da prescrição intercorrente. O prazo começa a contar a partir da publicação da lei.

Na questão da prescrição - não a prescrição intercorrente, a geral - também a maioria se formou pela irretroatividade. A maioria acompanhou também o meu voto. Então, o Ministro-Relator, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro-Presidente Luiz Fux. Quatro Ministros votaram pela retroatividade: Ministro Nunes Marques, Ministro Dias Toffoli, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Gilmar Mendes. E o Ministro André Mendonça tem uma posição intermediária em relação a isso.

Então, acho que isso facilita - eu vou, depois, passar também para Vossa Excelência -, facilita para discutirmos as teses na sequência.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Senhor Presidente, vou resumir a posição vencedora. Nos termos do voto do Relator, pela irretroatividade do ato culposo com condenação transitada em julgado, seis votos: o Relator, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia e o Presidente, Ministro Luiz Fux.

Pela, no meu caso, não ultra-atividade ou retroatividade do ato culposo sem condenação transitada em julgado, sete votos: o Relator, o Ministro André Mendonça, o Ministro Nunes Marques, o Ministro Dias Toffoli, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Luiz Fux.

Pela irretroatividade da prescrição intercorrente, nove votos: o Ministro-Relator, o Ministro André Mendonça, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro-Presidente, Luiz Fux.

E pela irretroatividade da prescrição geral, seis votos: o Relator, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro-Presidente, Luiz Fux.

Então, Presidente, os quatro pontos principais, sendo que, como eu disse anteriormente, no caso de, a partir da lei, só existirem atos de improbidade dolosos, à unanimidade, e, no caso concreto, unanimidade para o provimento do recurso. O meu voto e a minha sugestão de tese foram exatamente nesse sentido.

Se Vossa Excelência permitir, eu leio e podemos, obviamente, adequar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu estou com uma pequena dúvida, porque nós chegamos à conclusão de que na nova lei, a partir da data de sua publicação, se aplica a prescrição intercorrente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Exatamente. Exato, todos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Mas, aqui no *caput*, está escrito irretroatividade. Não é bem irretroatividade, não é?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Sim. É irretroativo em relação aos prazos anteriores.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Vamos ver se a tese fica clara nesse sentido. Vossa Excelência tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Então, o dispositivo do voto ficou no seguinte sentido:

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação. Para fins de repercussão geral, a seguinte tese:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se, nos art. 9º, 10 e 11, a presença do elemento subjetivo dolo;

2) A norma benéfica da Lei nº 14.230, de 2021, revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa em virtude do art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal,

não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

E aqui pode haver uma divergência na fundamentação:

3) Aplicam-se os princípios da não ultra-atividade e *tempus regit actum* aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei nº 14.230, de 2021, devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230, de 2021, é irretroativo, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Essa é a prescrição intercorrente?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Prescrição geral, porque, na verdade, ficaram as duas, apesar da diferença de votos - na prescrição intercorrente, nove votos; e na prescrição geral, seis votos -, tudo ficou pela aplicação a partir da lei.

Eu teria, se me permitem, a partir dos debates, duas sugestões de alterações que ficariam mais condizentes com a maioria. No caso do item 3, aplica-se a nova lei aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior à sua publicação, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei nº 14.230, devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente. Eu só retiro os princípios da não ultraatividade, porque foi uma fundamentação minha, não geral.

E no 4, Presidente, colocou-se que o novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230 é irretroativo em respeito ao ato jurídico perfeito, em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. Poderíamos colocar, logo após “o novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230 é irretroativo (...)”

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Quanto à prescrição intercorrente, eu acho que valeria a pena explicitar. Quer dizer, aplica-se a lei aos processos pendentes, contando-se os novos marcos interruptivos a partir da data da publicação da lei. Porque eu entendi, pelo conjunto de votos, que...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Então podemos colocar “o novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230 é irretroativo, aplicando-se a partir da publicação da lei”. Aplicando-se os novos marcos, como Vossa Excelência disse, temporais...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - A partir da publicação da lei.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - A partir da publicação da lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Porque ela entrou em vigor na data da sua publicação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Porque a gente trata da prescrição geral e da prescrição intercorrente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Intercorrente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhor Presidente, permita-me alguns esclarecimentos, talvez antes até de votação.

No item, salvo engano, 3, Ministro Alexandre, que Vossa Excelência colocou, quando Vossa Excelência faz uma ressalva na questão da ultratividade... Salvo engano, é esse item, não é?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - O 3, exato.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Depois, Vossa Excelência prossegue, no final, “devendo o juiz avaliar a questão de dolo eventual ou má-fé”. A jurisprudência do STJ, quando avaliava a questão da culpa, fazia referência de que era cabível a modalidade culposa quando presente erro grosseiro ou má-fé. Fazia essa referência. Minha preocupação é que, se nós inserirmos isso, talvez nós geremos mais confusão em relação a uma jurisprudência consolidada que nós já tínhamos.

Sugestão da minha parte: Essa parte “devendo o juiz” é algo natural que ele vai ter que avaliar as questões dos elementos subjetivos à luz da nova legislação, e os institutos estão presentes e já consolidados – questão de dolo, variantes de dolo. Se me permite, a sugestão seria nós pontuarmos e excluirmos esse “devendo o juiz”.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Aqui, Ministro André, há duas questões realmente importantes. A primeira, a meu ver, erroneamente, o Superior Tribunal de Justiça confundia culpa com má-fé. Vossa Excelência tem total razão.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Concordo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Então, má-fé não é negligência, não é imperícia, nem é imprudência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas limita o dolo, que é o que está na lei.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Então, para evitar esse problema, nós poderíamos limitar “devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Essa é a formulação com a qual eu estaria de acordo - tirar a má-fé.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Analisar eventual dolo por parte do agente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Eu concordo, porque, senão, realmente pode dar problema com a interpretação anterior.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Com aquela interpretação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Agora, o primeiro item de Vossa Excelência é no sentido de que as ações propostas com base na culpa são extintas?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - É, mas o juiz deve analisar se há eventual dolo, não é algo automático.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Foi o esclarecimento que o Relator fez antes do intervalo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - É, eu me lembro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esse é o ponto que eu enfatizei. É que, como anteriormente podia ir por culpa ou por dolo, muitas vezes, não se fazia a distinção.

Então, o que o Ministro Alexandre está propondo - e eu estou de acordo - é que o juiz verifique se há culpa, ou se há dolo. Se houver culpa, pelo entendimento que prevaleceu, não prossegue e, se for por dolo, prossegue.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Estou de acordo, Senhor Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, apenas uma observação com relação a essa assertiva do eminente Ministro André Mendonça, com a qual concordo. Nós devemos evitar introduzir um conceito novo que não esteja na legislação. E essa nova lei que nós

estamos analisando é muito clara, fala em culpa e dolo. Se nós introduzirmos um elemento novo, esse elemento poderá realmente trazer confusão.

De maneira que eu concordo plenamente com o que foi agora, parece-me, decidido por consenso, pelo menos nesta bancada aqui, à esquerda de Vossa Excelência, não ideologicamente - não sei -, mas, pelo menos, topograficamente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, posso fazer uma observação? Até assim os trabalhos andarão mais rapidamente.

Conversando com os colegas, mas não houve nenhuma assertiva do ponto de vista deles, eu estava imaginando o seguinte. Reconheço que houve uma maioria no sentido de dizer que a retroatividade aqui não atinge a coisa julgada, não é? É isso que nós estamos decidindo.

Eu e o eminente Ministro André Mendonça, nós aventávamos a possibilidade da rescisória, do ajuizamento de uma rescisória. Eu acredito, salvo melhor juízo, que, se nós estivermos placitando e devemos placitar a tese majoritária, nós não estamos excluindo a possibilidade de alguém, no futuro, ingressar com uma ação rescisória, porque o Supremo não pode proibir o ajuizamento desse tipo de ação, pois o direito de ação é constitucionalmente protegido. Então, apenas dizer isso, ou seja, essa tese prevaleceu por maioria, mas nós não podemos afirmar peremptoriamente que estamos vetando a possibilidade do ajuizamento de uma rescisória. Se ela for cabível ou não.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Vossa Excelência me permite um aparte? A maioria entende que não é possível a ação rescisória com base na retroatividade da culpa. Em relação a qualquer outra questão, obviamente, é possível. Agora, com base na retroatividade da culpa, aí a maioria concorda que não é possível a ação rescisória.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É exatamente essa a compreensão.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - Senhor Presidente, cumprimento todos os Colegas na pessoa de Vossa Excelência.

Acho perfeita a utilização da terminologia que está expressa na lei. Estou de acordo com a formulação.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, também renovando os cumprimentos a Vossa Excelência, às eminentes Ministras e aos eminentes Pares, entendo que a proposição compreende bem a posição majoritária prevalente neste Plenário e, portanto, acompanho a proposta de Sua Excelência o Relator, embora vencido no ponto, mas é a compreensão majoritária que está na tese proposta.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, também eu fiquei vencido nessa pequena particularidade quanto à intensidade da retroação, mas penso que as teses propostas pelo Ministro Alexandre, com os ajustes que fez, expressam a posição majoritária do Tribunal.

Eu estou de acordo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ

VOTO S/ PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Também, Senhor Presidente, eu entendo que a tese, tal como agora adequada, reflete a posição majoritária. Eu fiquei e continuo vencida naquele ponto, mas, com relação à tese, eu aprovo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**VOTO S/ PROPOSTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Boa tarde, Senhor Presidente!

Na pessoa de Vossa Excelência, cumprimento todos os Colegas, o Senhor Procurador-Geral e todos os que acompanham este julgamento.

Senhor Presidente, eu entendo que prevaleceu, majoritariamente, em vários pontos, a posição do eminente Relator, a quem cumprimento. Desde a tese inicial, e agora com as pequenas reformulações feitas por Sua Excelência, entendo que ela reflete por completo o que a douta maioria entendeu ser a correta aplicação da nova legislação.

Por isso, acompanho-o na tese.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**VOTO S/ PROPOSTA**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também eu fico vencida no ponto específico, mas a tese representa rigorosamente e enuncia o que foi decidido pela maioria, razão pela qual estou acompanhando, Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989 PARANÁ**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Senhor Presidente, já foram todos os pontos aprovados.

Para fins de repercussão geral, é a seguinte tese:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de

improbidade administrativa, exigindo-se, nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, a presença do elemento subjetivo, o dolo.

2) A norma benéfica da Lei nº 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa - é irretroativa em virtude do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes.

3) A nova Lei nº 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.

4) O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Todos de acordo? Então, todos de acordo com a tese, que será passada para a Secretaria.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 843.989

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): ROSMERY TEREZINHA CORDOVA

ADV.(A/S): FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES (62291/DF, 35303/PR)

RECDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

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

AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS - ABM
ADV.(A/S): GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (221518/SP)
AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS – FNP
ADV.(A/S): MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/ SE, 357553/SP)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP
ADV.(A/S): THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS (40726/DF, 196565/SP)
AM. CURIAE.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
A M. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S): MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

Decisão: Após o início do voto do Relator, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrente, o Dr. Francisco Zardo; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de Goiás, a Dra. Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça do Estado ; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Municípios – ABM, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin; pelo *amicus curiae* Frente Nacional de Prefeitos – FNP, o Dr. Saul Tourinho Leal; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 3.8.2022.

Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, propondo a fixação da seguinte tese (tema 1.199 da repercussão geral): “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) Aplicam-se os princípios da não ultraatividade e *tempus regit actum* aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude de sua revogação expressa pela Lei 14.230/2021; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa”; e do voto do Ministro André Mendonça, que dava provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral: “I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados; II) diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral tem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, devendo ser computado, contudo, o decurso do tempo já transcorrido durante a vigência da norma anterior, estando o novo prazo limitado ao tempo restante do lustro pretérito, quando mais reduzido em relação ao novo regramento”, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 4.8.2022.

Decisão: Após o Ministro André Mendonça ter feito esclarecimentos sobre o quarto tópico constante da parte final de seu voto, concluindo sua parte dispositiva no sentido de dar provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral (tema 1.199): “I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados; II) diante da proteção constitucional à coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos

prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral, previsto no caput do artigo 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 14.230/2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso”; do voto do Ministro Nunes Marques, que conhecia do recurso extraordinário com agravo e dava-lhe provimento, para subsequentemente dar provimento ao correspondente recurso extraordinário, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado, extinguindo-se a ação formalizada contra a recorrente, por atipicidade da conduta culposa e pela prescrição intercorrente da pretensão; do voto do Ministro Edson Fachin, que, reconhecida a natureza civil da improbidade administrativa, não depreendia forma de aplicar a irretroatividade das suas alterações de forma parcial, entendendo, assim, que a irretroatividade deve ser total, e, quanto ao exame do caso concreto, pela incidência do Enunciado 897, dava provimento ao recurso extraordinário, divergindo do Ministro Alexandre de Moraes (Relator) apenas quanto a um trecho do item 3 da tese proposta; do voto do Ministro Roberto Barroso, que dava provimento ao recurso extraordinário e acompanhava a tese de repercussão geral proposta pelo Relator apenas no tocante aos itens 1, 3 e 4, mas, quanto ao item 2, acompanhava o voto do Ministro Edson Fachin, entendendo que a lei nova não retroage, seja na questão que envolve culpa, seja na situação que envolve prescrição; e do voto do Ministro Dias Toffoli, entendendo aplicáveis os dispositivos previstos na Lei nº 14.230/21 aos processos futuros, aos que ainda estão em curso e às execuções das penas, assim como aos demais incidentes dos atos de improbidade culposos, adotando as mesmas premissas e a mesma lógica com relação aos prazos de prescrição geral e intercorrente mais benéficos ao réu, e, no caso concreto, dava provimento ao recurso extraordinário, absolvendo a ré, deixando de se manifestar, por ora, sobre a tese de repercussão geral, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.8.2022.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, e, por maioria, o Tribunal acompanhou os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), vencidos, parcialmente e nos termos de seus respectivos votos, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional

previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”. Redigirá o acórdão o Relator. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 18.8.2022.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, e Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Lindôra Maria Araújo.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.316.369 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S): CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA-CADE

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

RECDO.(A/S): IBG INDUSTRIA BRASILEIRA DE GASES LTDA

RECDO.(A/S): NEWTON DE OLIVEIRA

ADV.(A/S): MANUELA ALVES NUNES DODE

ADV.(A/S): CRISTIANO RODRIGO DEL DEBBIO

Repercussão geral em recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Administrativo. Processo administrativo. Condenação imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em face de empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por suposta formação de cartel.

2. Com fundamento no art. 323-A do RISTF, é possível conferir maior alcance para a decisão a ser tomada no Plenário Virtual, evitando-se o estreitamento da deliberação a um aspecto preliminar, relativo ao reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria.

3. A experiência desta Suprema Corte permite que se avance nas discussões, para reafirmar a jurisprudência consolidada sobre o tema, no sentido da inadmissibilidade, em qualquer âmbito ou instância decisória, de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário.

4. Não é dado a nenhuma autoridade pública valer-se de provas ilícitas em prejuízo do cidadão, seja no âmbito de judicial, seja na esfera administrativa, independentemente da natureza das pretensões deduzidas pelas partes.

5. Impossibilidade de valoração e aproveitamento, em desfavor do cidadão, de provas declaradas nulas em processos judiciais. Precedentes.

6. Jurisprudência do Tribunal no sentido da admissibilidade, em processos administrativos, de prova emprestada do processo penal, desde que produzida de forma legítima e regular, com observância das regras inerentes ao devido processo legal

7. Repercussão geral reconhecida.

8. Flagrante ilicitude das provas utilizadas no julgamento realizado pelo CADE. Acórdão

recorrido reconhece que a condenação imposta no âmbito administrativo baseou-se em provas que tiveram origem, direta ou indiretamente, em interceptações telefônicas declaradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça.

9. Não há espaço para acolher as teses defendidas pela autarquia, as quais conduziram a um indevido aproveitamento de provas ilícitas em processo de fiscalização inaugurado para apuração de suposta formação de cartel. Acolher semelhante raciocínio corresponderia a um grave atentado contra a literalidade do art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que preconiza a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais. Além disso, ensejaria uma afronta ao entendimento sedimentado nesta Corte, que estabelece limites rígidos para o uso de prova emprestada em processos administrativos.

10. Reafirmação da jurisprudência consolidada do Tribunal. Não provimento ao recurso extraordinário.

11. Fixação da tese: “São inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário ”

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber.

Ministro GILMAR MENDES

Redator do acórdão

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.316.369 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão da Quinta Turma do TRF da 1ª Região, assim ementado (eDOC 23, p. 237-238):

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). FORMAÇÃO DE CARTEL. MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E MEDICINAIS. MULTA. PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF POISONOUS TREE DOCTRINE*). ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AUTONOMIA. DESCOBERTA INEVITÁVEL. MITIGAÇÃO. DESCABIMENTO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA AUTONOMIA DA PROVA QUE FUNDAMENTOU A DECISÃO ADMINISTRATIVA. NULIDADE. EFETIVIDADE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. MAJORAÇÃO”.

Os embargos de declaração foram desprovidos (eDOC 24, p. 46).

No recurso extraordinário interposto, com fundamento no art. 102, III, a, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa aos arts. 5º, XII, LVI, e 170, *caput*, IV e V, da Constituição Federal.

Nas razões recursais, defende-se, em suma, que deve ser mantida a licitude do processo administrativo conduzido pelo CADE que resultou na condenação dos recorridos e dos demais envolvidos no cartel dos gases hospitalares e industriais (eDOC 24, p. 85-107).

O Tribunal de origem inadmitiu o recurso extraordinário por entender que, se existissem, as violações seriam reflexas e que a matéria dos autos é de índole infraconstitucional, além da incidência da súmula 279 (eDOC 24, p. 216-219).

Encaminhados os autos ao Supremo Tribunal Federal, o processo foi a mim distribuído. Em 21.04.2021, determinei o encaminhamento do feito à Procuradoria-Geral da República para emissão de parecer, cujo parecer está assim ementado (eDOC 31):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DECISÃO AGRAVADA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE DIRIGIA CONTRA ACÓRDÃO DECIDIDO À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. ALEGAÇÕES QUE NÃO LOGRAM DEMONSTRAR DE FORMA EFICAZ ERRO OU TERATOLOGIA DA DECISÃO AGRAVADA. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.”

Do voto condutor do acórdão recorrido, destaco os seguintes fragmentos (eDOC 23, p. 224-229):

“Óbice jurídico à validade do julgamento e à imposição das sanções (Ilegalidade na produção das provas)

Entretanto, a evidência avassaladora dos documentos no sentido de que houve efetivamente a formação do cartel, causando um prejuízo bilionário para a economia pública e resultando em um enorme proveito econômico espúrio para seus partícipes, tudo isso cai por terra ante a sentença proferida nos autos Ação Criminal nº 4517-95.2009.403.6181, 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

Essa sentença, baseada em acórdão proferido pelo STJ no HC 190.334 -SP, entendeu pela ilicitude das provas produzidas por meio de interceptação telefônica (porque originada de denúncia anônima sem a realização de nenhum outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição de sua idoneidade), maculando todas as outras provas produzidas, e julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir superveniente.

De fato, não há negar que todas as conclusões a que chegou o órgão de defesa da concorrência apesar de também terem-se baseado em evidências colhidas pelo próprio órgão, tiveram origem, direta ou indiretamente, nos dados e documentos obtidos no processo criminal em trâmite na 3ª Vara Criminal Federal da seção judiciária do estado de São Paulo, que foram tidos como ilícitos pelo STJ ao proferir o acórdão no HC 190.334 -SP.

Baseou-se o STJ para anular todas as provas obtidas no referido processo criminal na teoria dos frutos da árvore envenenada (“fruits of poisonous tree doctrine”), adotada no Brasil originalmente pelo STF nos HC 69.912 -O -RS, HC 71351 e HC 72.588, seguindo doutrina desenvolvida nos Estados Unidos. Todavia, nos Estados Unidos essa teoria é voltada para coibir excessos da autoridade policial e sofreu muitas mitigações e atenuações, não apresentando naquele país, atualmente, o rigor com que é seguida no Brasil, do que é exemplo flagrante este caso.

Sem embargo dessas considerações, certo é que sendo ilícitos tais documentos e informações originários, eles não poderiam justificar a instauração do processo administrativo nem embasar as conclusões de formação do cartel por parte do Cade, não restando outra opção a este juízo que não invalidar o julgamento do Cade, deixando ilesos os responsáveis pela formação do cartel, incólume o proveito espúrio por eles obtido e desprovida de reparação a economia nacional.

Posto isso, o acolhimento do pedido é medida que se impõe.’

(...)

Como visto, a pretensão recursal do CADE não merece prosperar, na medida em que a penalidade imposta aos autores, em razão do Procedimento Administrativo nº 08012.009888/2003-70 perante o CADE, está fundamentada em acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas produzidas no âmbito da Ação Criminal nº 4517- 95.2009.403.6181, uma vez que resultam de interceptações telefônicas realizadas em razão de denúncia anônima. (...)

Em sendo assim, embora o recorrente afirme que há elementos probatórios suficientes para a condenação do apontado cartel, independentemente das provas declaradas nulas na esfera criminal, verifica-se dos elementos carreados para os presentes autos que o material produzido na mencionada ação penal forneceu fundamento probatório imprescindível para a definição do procedimento administrativo no CADE, não havendo, assim, que se falar em outras provas independentes das ilícitas.

Ademais, não prospera a pretendida mitigação da prova ilícita por derivação, na medida em que, de acordo com a teoria da descoberta inevitável, “construída pela Suprema Corte norteamericana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes [os autores] ao fato investigado.” (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012), o que não ocorre, na hipótese. Isso porque não restou demonstrado que a existência do aludido cartel seria fatalmente comprovada sem as informações decorrentes das interceptações telefônicas realizadas no juízo penal. Do contrário, o que se percebe é que os indícios de práticas anticompetitivas que o CADE dispunha não eram suficientes para conduzir a elementos fáticos que alavancassem uma condenação administrativa por infração à ordem econômica.

Com efeito, não se trata da aplicação irrestrita ao caso vertente da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of poisonous tree doctrine), que conduz à contaminação das provas derivadas de evidências ilícitas, nos termos do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, mas, sim, de prestigiar a norma constitucional inserta no inciso LVI do art. 5º da Carta Política Federal, que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, em qualquer processo judicial ou administrativo, promovendo, desse modo, a efetiva garantia do devido processo legal, posto que, na espécie dos autos, resta evidente que a condenação imposta pelo CADE fundamenta-se em elementos diretamente relacionados com o conjunto probatório declarado nulo nos autos da citada ação penal.”

É o relatório.

Submeto a matéria aos meus pares, em sede de Plenário Virtual, a fim de que seja analisada a existência de repercussão geral no caso em análise.

A controvérsia em tela consiste em definir se há ou não ofensa ao art. 5º, LVI, do Texto Constitucional, considerando-se o reconhecimento da nulidade das provas consideradas ilícitas no processo penal, as quais foram emprestadas ao processo administrativo no âmbito do CADE.

Observo, no entanto, que não há precedente específico do Plenário deste Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia dos autos.

No julgamento do RE 934.233-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 04.11.2016, assentei, com apoio na orientação desta Corte, que é válida a utilização em processo administrativo de provas emprestadas de processo penal, quando haja conexão entre os feitos.

Nesse sentido, em casos similares, confirmam-se os seguintes julgados:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVA PRODUZIDA EM AÇÃO PENAL EMPRESTADA PARA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES PUNÍVEIS COM PENA DE DETENÇÃO. CRIMES CONEXOS. POSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. FASE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. **1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é válida a utilização, em processo administrativo, de provas emprestadas no Processo Penal. Precedente.** 2. *“Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação”* (HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim). 3. No caso, para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), procedimentos inviáveis em recurso extraordinário. 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que *“o mandado de segurança não viabiliza a fase probatória, devendo vir com a inicial os elementos de convicção quanto à ofensa a direito líquido e certo”* (MS 28.538, Min. Marco Aurélio). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 810.906-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 14.09.2015)

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE DECISÃO QUE DECRETOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO RECORRENTE. TEMA JÁ ANALISADO E DEBATIDO POR ESSA SUPREMA CORTE, NO MS 24.803. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta SUPREMA CORTE, no MS 24.803 (rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), analisou, com profundidade, a questão de mérito versada no mandado de segurança que originou o presente recurso ordinário. **2. O Plenário deste TRIBUNAL concluiu pela legalidade da decretação da interceptação telefônica do investigado, uma vez que não possuía prerrogativa de foro; bem como pela possibilidade de utilização da prova emprestada no processo administrativo disciplinar.** 3. O recurso ordinário em questão trata de hipótese onde a situação fática não fez surgir direito inquestionável, como necessário para o deferimento da ordem (MS 21.865/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Plenário, DJ de 1º/12/2006), não sendo, portanto, cabível a concessão da segurança. 4.

Recurso de agravo a que se nega provimento” (RMS 36.434-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 14.10.2019).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÕES INOVATÓRIAS. INVIABILIDADE DO SEU EXAME, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E DE INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL PARA MANEJO DA IMPETRAÇÃO. PENA DE DEMISSÃO DO CARGO DE AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. **INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DA SUA UTILIZAÇÃO, COMO PROVA EMPRESTADA, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.** OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. REJEIÇÃO. 1. Ausentes quaisquer dos vícios justificadores da oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC, a evidenciar o caráter meramente infringente da insurgência. 2. Não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame de questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado. 3. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC)” (RMS 25.495-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 25.09.2019).

“AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. PEDIDO DE COMPARTILHAMENTO DE TERMOS DE DEPOIMENTO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL HOMOLOGADOR. INSTRUÇÃO DE PROCEDIMENTO DEFLAGRADO PARA APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Ainda que remetidos a outros órgãos do Poder Judiciário para as apurações dos fatos declarados, remanesce competência ao juízo homologador do acordo de colaboração premiada a deliberação acerca de pretensões que envolvem o compartilhamento de termos de depoimento prestados pelo colaborador. **2. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos, de prova emprestada do processo penal (RE 810.906, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015), assim como já se decidiu pela admissibilidade para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar (INQ-QO 2.725, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.9.2008, Tribunal Pleno).** 3. Havendo delimitação dos fatos, não se verifica causa impeditiva ao compartilhamento de termos de depoimento requerido pelo Ministério Público estadual com a finalidade de investigar a prática de eventual ato de improbidade administrativa por parte de agente público. 4. Agravo regimental desprovido” (Pet 7065-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 20.02.2020).

“Mandado de Segurança. 2. Direito administrativo. 3. Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU). 4. Uso de provas oriundas de interceptações telefônicas obtidas no âmbito da “Operação Navalha”. **5. Provas declaradas nulas pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.732. 6. Doutrina dos frutos da árvore envenenada.** 7. Valoração das provas ilícitas pelo TCU em controle externo. 8. Impossibilidade. 9. Segurança concedida” (MS 36.173, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 02.07.2021).

“(…) **2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita**” (...) (Ext 1085- ET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 03.04.2013).

No caso, não há discussão sobre a licitude ou não das provas, porquanto, já reconhecidas como ilícitas na esfera penal, o que afasta a incidência da Súmula 279 do STF.

Ressalte-se que a matéria veiculada no presente recurso transcende os limites subjetivos do caso concreto e apresenta relevância, considerando, sobretudo, a nulidade do processo administrativo no âmbito do CADE, instaurado para apurar condutas configuradoras de infrações contra a ordem econômica, diante da utilização de provas reconhecidamente ilícitas na esfera penal.

Sendo assim, sem qualquer antecipação de juízo de mérito, compreendo prudente e submeto aos pares a proposta de exame da questão, de modo a emitir decisão plenária com definitividade sobre o tema.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional aqui exposta referente, em consequência, torno sem efeito a decisão monocrática por mim exarada em 10.12.2021 (eDOC 33).

Submeto, portanto, esta questão à apreciação dos demais Ministros integrantes desta Corte, nos termos dos arts. 322, parágrafo único, e 324 do RISTF.

É como me manifesto.

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.316.369 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Turma do TRF da 1ª Região que, reconhecendo a ilicitude das provas utilizadas no processo administrativo, anulou condenação imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em face de empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por suposta formação de cartel.

Eis a ementa do acórdão recorrido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). FORMAÇÃO DE CARTEL. MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E MEDICINAIS. MULTA. PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF POISONOUS TREE DOCTRINE). ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AUTONOMIA. DESCOBERTA INEVITÁVEL. MITIGAÇÃO. DESCABIMENTO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA AUTONOMIA DA PROVA QUE FUNDAMENTOU A DECISÃO ADMINISTRATIVA. NULIDADE. EFETIVIDADE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. MAJORAÇÃO

I - Afigura-se nula a decisão proferida em processo administrativo perante o CADE, que condenou empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por formação de cartel, tendo em vista que está fundamentada em acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas produzidas no âmbito da ação criminal, assim reconhecidas em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

II - Na espécie dos autos, não há que se falar em provas autônomas, uma vez que o material produzido na ação penal forneceu fundamento probatório imprescindível para o procedimento administrativo no CADE. Ademais, não prospera a pretendida mitigação da prova ilícita por derivação, com amparo na teoria da descoberta inevitável, na medida em que não restou demonstrado que a existência do aludido cartel seria fatalmente comprovada sem as informações decorrentes das interceptações telefônicas realizadas no juízo penal. Do contrário, o que se percebe é que os indícios de práticas anticompetitivas que o CADE dispunha não eram suficientes para conduzir a elementos fáticos que alavancassem uma condenação administrativa por infração à ordem econômica.

III - Com efeito, não se trata da aplicação irrestrita ao caso vertente da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of poisonous tree doctrine), que conduz à contaminação das provas derivadas de evidências ilícitas, nos termos do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, mas, sim, de prestigiar a norma constitucional inserta no inciso LVI do art. 5º da Carta Política Federal, que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, em qualquer processo judicial ou administrativo, promovendo, desse modo, a efetiva garantia instrumental do devido processo legal, posto que, na espécie dos autos, restou evidente que a condenação imposta pelo CADE fundamenta-se em elementos diretamente relacionados com o conjunto probatório declarado nulo nos autos da citada ação penal. Precedentes do TRF/1 a Região.

IV - No que tange à fixação da verba honorária, prospera a insurgência da promovente, eis que o valor não se encontra em conformidade com a regra do § 4º do art. 20 do CPC, então vigente, com vistas nos parâmetros previstos nas alíneas a, b e c do § 3º do aludido dispositivo legal. Assim, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelos ilustres advogados da autora, na espécie, afigura-se razoável a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de honorários de sucumbência.

V - Apelação do CADE desprovida. Apelação dos autores parcialmente provida, para majorar a verba honorária e deferir o pedido de substituição dos bens dados em garantia”.

No recurso extraordinário, interposto pelo CADE, aponta-se ofensa aos arts. 5º, XII, LVI, e 170, caput, IV e V, da Constituição Federal.

Defende o recorrente a higidez do processo administrativo que resultou na condenação dos recorridos e dos demais envolvidos no assim chamado cartel dos gases hospitalares e industriais (eDOC 24, p. 85-107).

O recurso extraordinário não foi admitido na origem, sob o fundamento de que a ofensa sustentada pelo recorrente seria meramente reflexa, bem assim pela aplicação da Súmula 279/STF (eDOC 24, p. 216- 219).

Iniciada a discussão no Plenário Virtual a respeito do reconhecimento da repercussão geral da matéria, o eminente **Ministro Edson Fachin** manifestou-se da seguinte forma:

“A controvérsia em tela consiste em definir se há ou não ofensa ao art. 5º, LVI, do Texto Constitucional, considerandose o reconhecimento da nulidade das provas consideradas ilícitas no processo penal, as quais foram emprestadas ao processo administrativo no âmbito do CADE.

Observo, no entanto, que não há precedente específico do Plenário deste Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia dos autos.

(...)

No caso, **não há discussão sobre a licitude ou não das provas, porquanto, já reconhecidas como ilícitas na esfera penal**, o que afasta a incidência da Súmula 279 do STF.

Ressalte-se que a matéria veiculada no presente recurso transcende os limites subjetivos do caso concreto e apresenta relevância, considerando, sobretudo, a nulidade do processo administrativo no âmbito do CADE, instaurado para apurar condutas configuradoras de infrações contra a ordem econômica, diante da utilização de provas reconhecidamente ilícitas na esfera penal.

Sendo assim, sem qualquer antecipação de juízo de mérito, compreendo prudente e submeto aos pares a proposta de exame da questão, **de modo a emitir decisão plenária com definitividade sobre o tema**.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional aqui exposta referente, em consequência, torno sem efeito a decisão monocrática por mim exarada em 10.12.2021 (eDOC 33).

Peço vênua, nesta oportunidade, para divergir parcialmente do eminente Relator, por entender não apenas pela existência de repercussão geral da matéria, como também pela **necessidade de reafirmação da jurisprudência dominante sobre a controvérsia constitucional deduzida no recurso extraordinário**.

A esse respeito, dispõe o art. 323-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que *“quando o relator não propuser a reafirmação de jurisprudência dominante, outro ministro poderá fazê-lo, mediante manifestação devidamente fundamentada”*.

É com base nesse dispositivo que proponho um maior alcance para a decisão a ser tomada no Plenário Virtual, evitando-se o estreitamento da decisão a um aspecto preliminar, relativo ao reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria. **Entendo que a experiência do Tribunal permite que se avance nas discussões, para reafirmar a jurisprudência consolidada sobre o tema, no sentido da inadmissibilidade, em qualquer âmbito ou instância decisória, de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário**.

Afora a importância doutrinária do assunto, essa providência representaria um gesto explícito do Tribunal em direção ao reconhecimento da centralidade da garantia assegurada pelo art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que preconiza, com clareza meridiana, a impossibilidade de emprego de provas ilícitas em desfavor do cidadão, em qualquer âmbito ou instância decisória.

Ademais, um posicionamento claro do Tribunal sobre o tema revelase necessário **para inibir a gestação de expectativas indevidas quanto a uma flexibilização dessa garantia constitucional, para, distorcendo o regime de liberdades públicas erigido pelo legislador constituinte, alcançar objetivos conflitantes com o substrato ético do devido processo legal**.

Por isso, é fundamental assentar o óbvio: não é dado a nenhuma autoridade pública valer-se de provas ilícitas **em prejuízo do cidadão**, seja no âmbito de judicial, seja na esfera administrativa, independentemente da natureza das pretensões deduzidas pelas partes.

Em boa hora, o presente processo franqueia oportunidade para que a Corte, valendo-se das

sempre valiosas lições do **eminente Ministro Celso de Mello**, reafirme que *“absoluta nulidade da prova ilícita qualifica-se como causa de radical invalidação de sua eficácia jurídica, destituindo-a de qualquer aptidão para revelar, legitimamente, os fatos e eventos cuja realidade material ela pretendia evidenciar”* (RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello).

Afinal, o compromisso assumido pelos membros do Tribunal em face do texto constitucional não permite nenhuma espécie de transigência, ou de contemporização, ante a necessidade de refrear indevidas pretensões de aproveitamento de provas obtidas com violação a normas constitucionais.

Como já tive a oportunidade de lecionar no âmbito acadêmico, *“as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal”*. Por esse motivo *“a proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), o direito ao sigilo profissional (art. 5º, XIII e XIV), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros.”* (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 630).

No mesmo sentido as lições de **Eugênio Pacelli**, para quem *“mais do que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a valoração das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica”* (Curso de Processo Penal, 21ª edição, São Paulo, Atlas, p. 351).

Sobre o tema, há inúmeros precedentes do Tribunal, assentando a impossibilidade de valoração e aproveitamento, em desfavor do cidadão, de provas declaradas nulas em processos judiciais. Reporto-me aos seguintes julgados:

“(…) 2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita” (...) (Ext 1085- ET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 03.04.2013).

Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. **4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos.** 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido.

(HC 96056, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011)

Mandado de Segurança. 2. Direito administrativo. 3. Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU). 4. Uso de provas oriundas de interceptações telefônicas obtidas no âmbito da “Operação Navalha”. **5. Provas declaradas nulas pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.732.** 6. Doutrina dos frutos da árvore envenenada. 7. **Valoração das provas ilícitas pelo TCU em controle externo.** 8. **Impossibilidade.** 9. Segurança concedida (MS 36173, da minha relatoria, Segunda Turma, DJe 02-07-2021)

No mesmo sentido, é farta a jurisprudência do Tribunal no sentido da admissibilidade, em processos administrativos, de prova emprestada do processo penal, **desde que produzida de forma legítima e regular, com observância das regras inerentes ao devido processo legal:**

HABEASCORPUS.INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.COMPETÊNCIA DO JUÍZO.DESDOBRAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO, NO CURSO DAS DILIGÊNCIAS, DE POLICIAL MILITAR COMO SUPOSTO AUTOR DO DELITO APURADO. DESLOCAMENTO DA PERSECUÇÃO PARA A JUSTIÇA MILITAR. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO DEFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL COMUM. ORDEM DENEGADA. 1. Não é ilícita a prova obtida mediante interceptação telefônica autorizada por Juízo competente. O posterior reconhecimento da incompetência do Juízo que deferiu a diligência não implica, necessariamente, a invalidação da prova legalmente produzida. A não ser que “o motivo da incompetência declarada [fosse] contemporâneo da decisão judicial de que se cuida” (HC 81.260, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). 2. Não há por que impedir que o resultado das diligências encetadas por autoridade judiciária até então competente seja utilizado para auxiliar nas apurações que se destinam a cumprir um poder-dever que decola diretamente da Constituição Federal (incisos XXXIX, LIII e LIV do art. 5º, inciso I do art. 129 e art. 144 da CF). **Isso, é claro, com as ressalvas da jurisprudência do STF quanto aos limites da chamada prova emprestada** 3. Os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, **desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente,** admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados. Possibilidade jurisprudencial que foi ampliada, na Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (da relatoria do ministro Cezar Peluso), para também autorizar o uso dessas mesmas informações contra outros agentes. 4. Habeas corpus denegado. (HC 102293, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 19-12-2011)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS JUDICIALMENTE.

(...)

3. **Dados obtidos em interceptações telefônicas realizadas com chancela judicial,** no curso de investigação criminal ou de instrução processual penal, podem ser utilizados como prova emprestada em processo administrativo disciplinar. Precedentes (...). (RMS 30295-AgrR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 13-02-2019)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. (...)

4. A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas **autorizadas judicialmente** para investigação criminal. Precedentes. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 28774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator para acórdão Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 25-08-2016)

No presente caso, como bem salientado pelo **eminente Ministro Edson Fachin**, não há dúvidas quanto à flagrante ilicitude das provas utilizadas no julgamento realizado no âmbito do CADE. Ao contrário, o acórdão recorrido afirma categoricamente que **a condenação imposta no âmbito administrativo baseou-se em provas que tiveram origem, direta ou indiretamente, em interceptações telefônicas que foram tidas como ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Transcrevo, no que importa, fragmentos do acórdão recorrido:

“Óbice jurídico à validade do julgamento e à imposição das sanções (Ilegalidade na produção das provas)

Entretanto, a evidência avassaladora dos documentos no sentido de que houve efetivamente a formação do cartel, causando um prejuízo bilionário para a economia pública e resultando em um enorme proveito econômico espúrio para seus partícipes, tudo isso cai por terra ante a sentença proferida nos autos Ação Criminal nº 4517-95.2009.403.6181, 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

Essa sentença, baseada em acórdão proferido pelo STJ no HC 190.334-SP, **entendeu pela ilicitude das provas produzidas por meio de interceptação telefônica (porque originada de denúncia anônima sem a realização de nenhum outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição de sua idoneidade)**, maculando todas as outras provas produzidas, e julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir superveniente. De fato, não há negar que todas as conclusões a que chegou o órgão de defesa da concorrência apesar de também terem-se baseado em evidências colhidas pelo próprio órgão, tiveram origem, direta ou indiretamente, nos dados e documentos obtidos no processo criminal em trâmite na 3ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do estado de São Paulo, que foram tidos como ilícitos pelo STJ ao proferir o acórdão no HC 190.334-SP.

(...)

Como visto, a pretensão recursal do CADE não merece prosperar, na medida em que a penalidade imposta aos autores, em razão do Procedimento Administrativo nº 08012.009888/2003-70 perante o CADE, está fundamentada em acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas produzidas no âmbito da Ação Criminal nº 4517- 95.2009.403.6181, uma vez que resultam de interceptações telefônicas realizadas em razão de denúncia anônima. (...)

Em sendo assim, embora o recorrente afirme que há elementos probatórios suficientes para a condenação do apontado cartel, independentemente das provas declaradas nulas na esfera criminal, verifica-se dos elementos carreados para os presentes autos que o material produzido na mencionada ação penal forneceu fundamento probatório imprescindível para a definição do procedimento administrativo no CADE, não havendo, assim, que se falar em outras provas independentes das ilícitas”.

Como se observa das conclusões fáticas do acórdão recorrido, o Tribunal de origem, analisando o acervo probatório acostados autos, concluiu que as provas utilizadas pelo CADE para aplicação

da penalidade administrativa derivaram, direta e indiretamente, de interceptações telefônicas consideradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 190.334-SP.

Ante essas premissas, não há espaço para acolher as teses defendidas pela autarquia, as quais conduziriam a um indevido aproveitamento de provas ilícitas em processo de fiscalização inaugurado para apuração de suposta formação de cartel.

Acolher semelhante raciocínio corresponderia a um grave atentado contra a literalidade do art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que preconiza **a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais**. Além disso, ensejaria uma afronta ao entendimento sedimentado nesta Corte, que **estabelece limites rígidos para o uso de prova emprestada em processos administrativos**.

Ante o exposto, peço vênias para voto no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional deduzida pelo recorrente e, **reafirmando a jurisprudência consolidada do Tribunal**, negar provimento ao recurso extraordinário.

Por fim, proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

“São inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.237.867 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): P.M.F.

ADV.(A/S): JOAO FERNANDO CAVALCANTI VARELLA GUIMARAES

ADV.(A/S): CAMILLA CAVALCANTI VARELLA GUIMARAES JUNQUEIRA FRANCO

RECDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: UNIÃO

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

AM. CURIAE.: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES - CUT

ADV.(A/S): JOSÉ EYMARD LOGUERCIO

ADV.(A/S): SANDRIELE FERNANDES REIS

ADV.(A/S): JESSICA CARNEIRO RODRIGUES

ADV.(A/S): FRANCIELE CARVALHO DA SILVA

AM. CURIAE.: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

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

AM. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO

ADV.(A/S): ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE

ADV.(A/S): FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. TRATADO EQUIVALENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. LEI 12.764/2012. POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM ALTERAÇÃO NOS VENCIMENTOS. SERVIDORA ESTADUAL CUIDADORA DE FILHO

AUTISTA. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ANALOGIA AO ART. 98, § 3º, DA LEI 8.112/1990. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL QUANDO A OMISSÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL OFENDE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL QUENÃO ACARRETE AUMENTO DE GASTOS AO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – A Carta Política de 1988 fixou a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, cujas garantias têm sido reiteradamente positivadas em nossa legislação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990) e da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.170/1990).

II – A Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, no § 2º do art. 1º da Lei 12.764/2012, estipulou que eles são considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais. Assim, é incontestável que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência aplicam-se também a eles.

III – A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi assinada pelo Brasil e, por ter sido aprovada de acordo com os ritos previstos no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, suas regras são equivalentes a emendas constitucionais, o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência.

IV – A CDPD tem como princípio geral o “respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade” (art. 3º, h) e determina que, nas ações relativas àquelas com deficiência, o superior interesse dela receberá consideração primordial (art. 7º, 2).

V – No Preâmbulo (item X), o Tratado é claro ao estabelecer que a família, núcleo natural e fundamental da sociedade, tem o direito de receber não apenas a proteção de todos, mas também a assistência necessária para torná-la capaz de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

VI – Os Estados signatários obrigam-se a “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção” (art. 4º, a).

VII – A omissão do Poder Público, portanto, não pode justificar afronta às diretrizes e garantias constitucionais. Assim, a inexistência de lei estadual específica que preveja a redução da jornada de servidores públicos que tenham filhos com deficiência, sem redução de vencimentos, não serve de escusa para impedir que seja reconhecido a elas e aos seus genitores o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

VIII – A convivência e acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos pelas normas constitucionais, internacionais e

infraconstitucionais, portanto, deve-se aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores.

IX – O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que é legítima a aplicação da Lei 8.112/1990 nos casos em que a legislação estatal e municipal for omissa em relação à determinação constitucional autoaplicável que não gere aumento ao erário. Precedentes.

X – Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa.

XI – Recurso extraordinário a que se dá provimento. Fixação de tese: “Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, apreciando o tema 1.097 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese: “Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de dezembro de 2022.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.237.867

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): P.M.F.

ADV.(A/S): JOAO FERNANDO CAVALCANTI VARELLA GUIMARAES (252878/SP)

ADV.(A/S): CAMILLA CAVALCANTI VARELLA GUIMARAES JUNQUEIRA FRANCO (133150/RJ, 156028/SP)

RECDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE.: UNIÃO

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

AM. CURIAE.: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES - CUT

ADV.(A/S): JOSÉ EYMARD LOGUERCIO (1441A/DF)

ADV.(A/S): SANDRIELE FERNANDES REIS (57481/DF)

ADV.(A/S): JESSICA CARNEIRO RODRIGUES (50194/DF)

ADV.(A/S): FRANCIELE CARVALHO DA SILVA (420931/SP)

AM. CURIAE.: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

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

AM. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI, 463101/SP)

ADV.(A/S): ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE (51469/DF)

ADV.(A/S): FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETISKY (38672/DF, 095573/RJ)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.097 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”, nos termos do voto do Relator. Falaram: pela recorrente, a Dra. Camilla Cavalcanti Varella Guimarães Junqueira Franco; pelo recorrido, o Dr. Leonardo Cocchieri Leite Chaves, Procurador do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Joelson Costa Dias; e, pelo *amicus curiae* Central Única dos Trabalhadores – CUT, a Dra. Camilla Louise Galdino Cândido. Plenário, Sessão Virtual de 9.12.2022 a 16.12.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.020 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO REPUBLICANO DA ORDEM SOCIAL - PROS

ADV.(A/S): CARLOS LEONARDO PEREIRA SEGURADO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL EM DECORRÊNCIA DO INADIMPLEMENTO DAS ANUIDADES. SANÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE. ADIMPLÊNCIA COMO REQUISITO DE ALISTABILIDADE E ELEGIBILIDADE. REGULAMENTO GERAL DA ADVOCACIA E DA OAB. PROVIMENTO 146/2011 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. LEI 8.906/1994, ARTS. 34, XXIII E 37. EXIGÊNCIAS RAZOÁVEIS PARA A PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL DA ENTIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. A criação de embaraços ao exercício de direitos fundamentais, como o livre exercício de atividades profissionais ou econômicas, com a finalidade exclusiva de obter o pagamento de tributos de quaisquer espécies, configura sanção política em matéria tributária, prática inconstitucional que viola os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal. Precedentes.

2. No julgamento do RE nº. 647885 (Tema 732 da sistemática de repercussão geral), este Supremo Tribunal Federal considerou que a suspensão de exercício profissional em virtude de não pagamento de anuidade da Ordem dos Advogados do Brasil configura sanção política.

3. Por outro lado, a exigência do adimplemento das anuidades para votar nas eleições internas da OAB consiste em medida razoável, que não traduz restrição ao exercício profissional e de atividade econômica, mas sim em norma de organização do processo eleitoral da entidade.

4. O estabelecimento da quitação das anuidades como critério para votar e ser votado é regra que está em conformidade com a Constituição e o Estatuto da OAB, sendo justificado exigir de eleitores e candidatos o estrito cumprimento das obrigações que possuem perante o órgão.

5. Pedido julgado parcialmente procedente, a fim de se declarar a inconstitucionalidade do art. 34, XXIII, da Lei 8.906/1994, conferindo-se ainda interpretação conforme à Constituição ao art. 37, da Lei 8.906/1994, de modo a que a sanção de interdição de exercício profissional não seja aplicável à hipótese prevista no art. 34, XXIII, do mesmo diploma, ficando rejeitadas as demais impugnações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 9 a 16 de dezembro de 2022**, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ação direta e, na parte conhecida, julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 34, XXIII, da Lei 8.906/1994, conferindo, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 37 da Lei 8.906/1994, de modo a que a sanção de interdição de exercício profissional não seja aplicável à hipótese prevista no art. 34, XXIII, do mesmo diploma, ficando rejeitados os demais pedidos contidos na presente ação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de dezembro de 2022.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.020 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO REPUBLICANO DA ORDEM SOCIAL - PROS

ADV.(A/S): CARLOS LEONARDO PEREIRA SEGURADO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Partido Republicano da Ordem Social, em face **(i)** do inciso XXIII do art. 34, da Lei nº. 8.906/1994; **(ii)** da aplicação do art. 37 do mesmo Estatuto à infração prevista no art. 34, XXII; **(iii)** do §1º do art. 63, da Lei n. 8.906/94, bem como **(iv)** de parte do §1º do art. 134 do Regulamento Geral do Estatuto Geral da Advocacia e da OAB; **(v)** de parte do art. 1º e **(vi)** do inciso I do art. 15, ambos do Provimento n. 146 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, e **(vii)** de todos os demais atos normativos dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil de igual teor. Confirmam-se as normas impugnadas:

Lei n. 8.906/94:

“Art. 34. Constitui infração disciplinar: (...)

XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo;”

“Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;

§ 1º **A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional**, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.

§ 2º **Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida**, inclusive com correção monetária”.

“Art. 63. A eleição dos membros de todos os órgãos da OAB será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta dos advogados regularmente inscritos.

§ 1º A eleição, na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no Regulamento Geral, é de comparecimento obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB.” (grifou-se).

Regulamento Geral

“Art. 134. O voto é obrigatório para todos os advogados inscritos da OAB, sob pena de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da anuidade, salvo ausência justificada por escrito, a ser apreciada pela Diretoria do Conselho Seccional.

§1º O eleitor faz prova de sua legitimação, na modalidade online, pela liberação de acesso por meio de senha pessoal e intransferível ou por meio de acesso via certificação digital ao sistema eletrônico de votação, e, na modalidade presencial, apresentando sua carteira ou cartão de identidade profissional e **o comprovante de quitação com a OAB, suprível por listagem atualizada da Tesouraria do Conselho ou da Subseção.**” (grifou-se).

Provimento n. 146

“Art. 1º A eleição dos Conselheiros Federais, dos Conselheiros e da Diretoria dos Conselhos Seccionais e

das Subseções e da Diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta e obrigatória dos advogados regularmente inscritos na OAB **e com ela adimplentes**.

Art. 15. A votação será realizada na forma online e/ou presencial, no modo e nos locais estabelecidos no edital de convocação das eleições, perante as Mesas Eleitorais constituídas pela Comissão Eleitoral, caso a eleição se realize de modo presencial, nos termos do art. 134 do Regulamento Geral, observando-se, em quaisquer das formas de votação, o seguinte: I - compõem o corpo eleitoral todos os advogados inscritos, recadastrados ou não, **adimplentes com o pagamento das anuidades**, vedados novos parcelamentos nos 30 (trinta) dias antes das eleições;" (grifou-se).

Defende o requerente que as normas impugnadas impõem aos advogados inadimplentes, membros da OAB, sanções políticas em matéria tributária, violando, assim, o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o livre exercício profissional (art. 5º, XIII), os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade (art. 5º, caput), da legalidade (art. 37, *caput*, todos da CRFB) e da proibição ao retrocesso, bem como a competência privativa da União para legislar sobre condições de exercício de profissões (art. 22, XVI) e a reserva legal (art. 5º, II).

Afirma que a suspensão dos advogados em débito, quando do não pagamento de contribuições e multas à OAB, ofende a livre iniciativa e a liberdade profissional, porquanto impossibilita o exercício laboral até a sua quitação.

Expõe que tal sanção dilapida o dever e o direito dos advogados de votar e serem votados nas eleições internas, ferindo, pois, o princípio da legalidade, haja visto que, ao passo que a Lei n. 8.906/94 estabelece que a condição de voto é estar regularmente inscrito na Ordem, o Regulamento afasta a viabilidade de os advogados inadimplentes serem alistáveis.

Sustenta, ademais, que os tributos em atraso devem ser cobrados por meios judiciais e extrajudiciais legalmente previstos, não sendo permitidos meios indiretos que impeçam, limitem ou dificultem a atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte devedor.

Pontua que restrições a direitos e liberdades individuais somente podem ser impostas por meio legal, não sendo lícito que regulamentos editados por Conselhos federais, estaduais ou municipais disponham acerca de direitos e garantias fundamentais.

Aduz, assim, que a expressão "*o comprovante de quitação com a OAB, suprível por listagem atualizada da Tesouraria do Conselho ou da Subseção*", prevista no artigo 134, §1º, do Regulamento Geral do Estatuto Geral da Advocacia e da OAB, a expressão "*e com ela adimplentes*", prevista no artigo 1º do Provimento n. 146 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e a expressão "*adimplentes com o pagamento das anuidades*", prevista no artigo 15, inciso I, do mesmo provimento, criam sanções e, portanto, contrariam o princípio da reserva legal, exorbitando o poder regulamentar conferido à OAB.

Alega, ainda, que as normas ora questionadas ferem o princípio da proporcionalidade e da

razoabilidade, porquanto não harmonizam a liberdade de trabalho com o impedimento de seu exercício, em razão da existência de débito junto à seccional da OAB.

Aponta que a exigência de adimplência para alistabilidade, a pena de suspensão para inadimplência de contribuições anuais e a exclusão dos quadros da advocacia violam o princípio da igualdade, porque estabelecem verdadeiro voto censitário, indo de encontro à vedação ao retrocesso.

Requer, por fim, medida cautelar para suspender os dispositivos ora impugnados, salientando a existência de julgados divergentes nos tribunais pátrios e que, *“se mantida a atual situação, com o avizinhamento das eleições no dia 19 de novembro, mais da metade das Advogadas e Advogados não escolherão seu Presidente e demais Representantes e Gestores.”* (eDOC 1, p. 43).

No mérito, requer a procedência da ação para que tais dispositivos sejam declarados inconstitucionais.

Em razão da relevância da matéria discutida, determinei a adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDoc 15).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), manifestou-se nos autos pela improcedência do pedido e argumentou que o RE 647.885, no qual foi fixada a Tese de Repercussão Geral 732, ainda não transitou em julgado.

Alega estar pendente a decisão dos embargos declaratórios opostos em face do referido recurso extraordinário, nos quais discute-se a suposta omissão quanto a natureza *sui generis* da OAB, que a distingue dos demais conselhos profissionais.

Ademais, sustenta que a tese do RE 647.885 não se aplica ao presente caso, pois, na ocasião, não houve quaisquer pronunciamentos dos ministros acerca da exigência de adimplemento das anuidades para o exercício do direito de voto, tendo a discussão sido restrita a possibilidade de suspensão do exercício profissional em decorrência de inadimplência.

Defende que o ordenamento jurídico brasileiro permite a imposição de requisitos para o exercício do direito ao voto, e portanto, a exigência de adimplemento das anuidades como requisito de alistabilidade e elegibilidade nas eleições internas da OAB seria razoável e proporcional.

Sustenta que a Ordem dos Advogados do Brasil possui autonomia para estabelecer o regramento de suas eleições internas. E afirma que somente a ela cabe determinar quem está regularmente inscrito e quem pode votar nas eleições.

Argumenta que a fixação do critério de adimplência para que os advogados possam votar, não é nada mais que o exercício do poder regulamentar da OAB.

Por fim, aponta que há vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, afirmando a legalidade do requisito de adimplência das anuidades, para o exercício do direito ao voto nas eleições internas da Ordem dos Advogados do Brasil.

Requer, em momento oportuno, a realização de sustentação oral.

O Senado Federal (eDoc 63) manifestou-se nos autos pelo não conhecimento da ação; e no mérito, pela improcedência do pedido.

Afirma que a Ordem dos Advogados do Brasil não é autarquia e sim entidade *sui generis*, razão pela qual não se assemelha aos demais conselhos de fiscalização profissionais.

Sustenta que a jurisprudência da Corte não admite a impugnação de atos normativos secundários por meio de ação direta de inconstitucionalidade, e que os requisitos de elegibilidade e alistabilidade dos conselhos da OAB não estão previstos em lei, apenas no Regulamento da OAB, e não podem ser extraídos diretamente do texto constitucional. Assim, não seria cabível a utilização de ADI para impugnar o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB e o Provimento 146/2011.

Defende que a Constituição Federal, implicitamente, concedeu à OAB independência em relação ao poder público. Assim, declara que a OAB não pode ser vinculada a nenhum órgão público, que as anuidades devidas a instituição não possuem natureza tributária, e que em razão da garantia institucional, decorrente do papel da OAB de zelar pela constituição e pela ordem jurídica, o não pagamento imotivado das anuidades é suficientemente grave para que configure infração disciplinar.

Alega que a limitação do voto dos advogados inadimplentes não configura sanção, mas sim uma consequência do inadimplemento, e que esta prática é comum a quaisquer entidades coletivas da vida civil, como por exemplo, a regra do art. 1.335, do Código Civil de 2002, que retira o direito de voto do condômino inadimplente.

Assevera que, considerando o grande número de advogados que estão com o pagamento das anuidades pendentes, a declaração de procedência do pedido permitiria aos advogados inadimplentes administrar os recursos pagos pelos advogados que estão em dia com a quitação das anuidades.

A Presidência da República (eDoc 29) manifestou-se pela procedência parcial do pedido. Alegou a inconstitucionalidade dos arts. 34, XXIII e 37, da Lei 8.906/1994; 134, §1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; 1º e 15, I, do Provimento 146/2011, por entender que a retirada do direito de voto dos advogados inadimplentes, assim como a suspensão do exercício profissional, configura sanção política em matéria tributária.

Em relação ao art. 63, §1º, da Lei 8.906/1994, argumentou que é constitucional a exigência do adimplemento das anuidades como requisito de elegibilidade, pois além da expressa previsão legal (art. 63, §2º, Lei 8.906/1994), candidatar-se a cargo diretivo do Conselho da OAB não é um direito fundamental, e diferentemente do voto, não constitui um dever exigido pelo Estatuto da OAB.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por meio de parecer assim ementado (eDoc 70):

“Direito tributário e administrativo. Dispositivos e expressões da Lei nº 8.906/1994, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB e do Provimento nº 146/2011, do Conselho Federal da OAB, que preveem a suspensão do exercício da advocacia e do direito de voto nas eleições internas na hipótese de inadimplência da anuidade devida à OAB, e consideram o seu pagamento como condição de elegibilidade. Alegada violação ao devido processo legal; ao contraditório e à ampla defesa; ao livre exercício profissional; aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade e da proibição do retrocesso; à competência privativa da União para legislar sobre condições de exercício de profissões; à reserva legal e ao princípio da legalidade (artigos 5º, caput e incisos II, XIII, LIV, LV; 22, inciso XVI; e 37, caput, da Constituição). É vedada a aplicação de sanções políticas como método coercitivo indireto para o pagamento de tributos, de modo que são incompatíveis com a Carta as previsões de suspensão e embaraço ao direito de voto dos advogados em razão do inadimplemento das anuidades. Precedentes dessa Suprema Corte. O adimplemento de tal parcela como condição de elegibilidade não apresenta natureza de sanção, sendo compatível com o texto constitucional. Manifestação pela procedência parcial do pedido formulado pelo requerente”.

Também se manifestou nos autos, pela procedência parcial do pedido, a Procuradoria-Geral da República (eDoc 73):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 34, XXIII, 37 E 63, § 1º, DA LEI 8.906/1994. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ART. 134, § 1º, DO REGULAMENTO GERAL DO ESTATUTO GERAL DA ADVOCACIA E DA OAB. ARTS. 1º E 15, I, DO PROVIMENTO 146/2011 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES, MULTAS E PREÇOS DE SERVIÇOS DEVIDOS PELOS INSCRITOS À OAB. SUSPENSÃO DO DIREITO DE EXERCER A ADVOCACIA. CONDIÇÃO DE ALISTABILIDADE E ELEGIBILIDADE PARA PARTICIPAÇÃO NAS ELEIÇÕES INTERNAS DAQUELA INSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEIOS COERCITIVOS INDIRETOS AO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. PROIBIÇÃO DE VOTO DO ADVOGADO INADIMPLENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LIMITAÇÃO DESPROPORCIONAL DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL, DA OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA ISONOMIA E DA REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PRESERVAÇÃO DA VALIDADE DAS ELEIÇÕES DA OAB.

1. São inadmissíveis na ordem constitucional as medidas legais e administrativas que configuram meios de coerção estatal indireta com o objetivo de forçar o devedor a adimplir as dívidas tributárias, quando restrinjam indevidamente o exercício de direitos fundamentais e, portanto, sejam reprovados no teste da proporcionalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. A possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil suspender o exercício profissional e impedir a participação nas suas eleições internas dos advogados inadimplentes em relação a contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB consubstancia sanção política que limita de maneira desproporcional o livre exercício de atividade profissional, bem como configura inobservância do devido processo legal, da isonomia e da representação democrática, de maneira que não vence o teste da proporcionalidade.

3. A exigência de quitação de débitos perante a OAB como condição para participação como votante nas eleições internas da instituição não encontra amparo legal. Ofensa ao princípio da reserva legal. — Parecer pela parcial procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 34, XXIII, e 37, § 2º, da Lei 8.906/1994; da expressão “o comprovante de quitação com a OAB, suprível por listagem atualizada da Tesouraria do Conselho ou da Subseção” prevista no art. 134, § 1º, do Regulamento Geral do Estatuto Geral

da Advocacia e da OAB; das expressões “e com ela adimplentes”, contida no art. 1º, e “adimplentes com o pagamento das anuidades, vedados novos parcelamentos nos 30 (trinta) dias antes das eleições”, constante no inciso I do art. 15, ambos do Provimento 146/2011 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e, por arrastamento, de todos os atos normativos dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil que imponham a comprovação de quitação de anuidades como condição da participação do advogado como votante nas eleições organizadas por essas instituições, com proposta de modulação de efeitos”.

Além disso, a PGR afirmou que o direito de voto dos advogados nas eleições internas da OAB é uma extensão do exercício da cidadania, defendendo que se aplicam à OAB os princípios da administração pública, pois a entidade exerce serviço público.

Desse modo, propôs a modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27, da Lei 9.868/1999, por motivos de segurança jurídica, visto que se os efeitos forem retroativos, haveria dúvidas quanto a legitimidade das eleições anteriores à declaração de inconstitucionalidade.

Em resposta às informações prestadas pela Procuradoria-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou um segundo parecer (eDoc 75), reafirmando todos o argumentos que já havia apresentado, e insistindo que OAB é autônoma tanto para regulamentar suas eleições internas, quanto para interpretar seus próprios atos normativos.

Solicitaram ingresso no feito como *amici curiae* o Instituto Nacional de Advocacia (INAD) (eDoc 23), a Associação Nova Ordem, a Chapa Muda OAB e o advogado Pedro Paulo Guerra de Medeiros (eDoc 35).

É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.020 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Preliminarmente, quanto ao pedido da petição inicial que inclui a declaração de inconstitucionalidade “*de todos os atos normativos dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil que criem condições de alistabilidade e elegibilidade além daquelas previstas expressamente em lei, ante a violação de diversos princípios e mandamentos constitucionais*”, entendo que se trata de pedido demasiadamente genérico e que carece de impugnação específica, razão pela qual, conforme jurisprudência (ADI 6737, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2021; ADI 6394, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.2020), reputo que este não deve ser conhecido.

De igual modo e pela mesma razão, não deve ter seguimento o pleito referente à declaração

parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto da expressão “na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no regulamento geral” prevista no parágrafo 1º do artigo 63 da Lei nº 8.906/94, para excluir a interpretação de que o Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil pode fixar causas de alistabilidade e elegibilidade além daquelas previstas expressamente em lei.

Em relação ao cabimento, o requerente impugna o art. 134, §1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, e os arts. 1º e 15, I, do Provimento nº. 146/2011, instituídos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Nesse ponto, em parecer, o Senado Federal defendeu o não conhecimento desta Ação Direta de Inconstitucionalidade por impugnar atos normativos secundários.

De fato, em regra, é incabível o controle concentrado de atos infralegais, por desafiarem o controle de legalidade, não de constitucionalidade. Contudo, na decisão da ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min Celso de Mello, DJ de 10.6.2005, foi firmado o entendimento de que são aptos a serem impugnados por meio de ADI, os atos dotados de autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade.

É o caso do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB e do Provimento nº. 146/2011 do CFOAB, ao preverem a adimplência das anuidades como requisito de alistabilidade para as eleições internas da OAB, segundo se alega, não expressamente prevista em lei. Se a previsão legal invocada pelo CFOAB – art. 63, caput e §1º, da Lei 8.906/1994 – serve a justificar o requisito, é matéria concernente ao mérito. Sustenta o requerente, ademais, inconstitucionalidade material do requisito, o que implica, também, a ofensa direta.

Pelo mesmo motivo, a alegação de ofensa meramente reflexa é derrotada, uma vez que justamente essa normatividade primária, sob as vestes de regulamentação legal, implicaria ofensa à Constituição.

Dito isso, passo à análise do mérito.

Inicialmente, a requerente alega a inconstitucionalidade dos arts. 34, XXIII, e 37, da Lei 8.906/1994, que, além de determinarem que o não pagamento das anuidades configura infração disciplinar, instituem como pena a suspensão do exercício profissional, até que seja realizado o adimplemento dos valores devidos. Veja-se:

“Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo;”

“Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34 ;

§ 1º **A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional**, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária”.

É importante ressaltar que a inconstitucionalidade dos dispositivos supracitados já foi declarada no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 647.885, de minha relatoria, cujo acórdão foi publicado no dia 10.05.2020, tratando-se do Tema 732 da sistemática de repercussão geral.

Naquela oportunidade, consignou-se que **“as sanções políticas consistem em restrições estatais no exercício da atividade tributante que culminam por inviabilizar injustificadamente o exercício pleno de atividade econômica ou profissional pelo sujeito passivo de obrigação tributária, logo representam afronta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo”**. Eis a ementa do referido julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. SANÇÃO. SUSPENSÃO. INTERDITO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ANUIDADE OU CONTRIBUIÇÃO ANUAL. INADIMPLÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERESSE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. SANÇÃO POLÍTICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. LEI 8.906/1994. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizam-se como tributos da espécie contribuições de interesse das categorias profissionais, nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedentes: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001; e ADI 4.697, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 30.03.2017.

2. As sanções políticas consistem em restrições estatais no exercício da atividade tributante que culminam por inviabilizar injustificadamente o exercício pleno de atividade econômica ou profissional pelo sujeito passivo de obrigação tributária, logo representam afronta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo. Precedentes. Doutrina.

3. Não é dado a conselho de fiscalização profissional perpetrar sanção de interdito profissional, por tempo indeterminado até a satisfação da obrigação pecuniária, com a finalidade de fazer valer seus interesses de arrecadação frente a infração disciplinar consistente na inadimplência fiscal. Trata-se de medida desproporcional e caracterizada como sanção política em matéria tributária.

4. Há diversos outros meios alternativos judiciais e extrajudiciais para cobrança de dívida civil que não obstaculizam a percepção de verbas alimentares ou atentam contra a inviolabilidade do mínimo existencial do devedor. Por isso, infere-se ofensa ao devido processo legal substantivo e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista a ausência de necessidade do ato estatal.

5. Fixação de Tese de julgamento para efeitos de repercussão geral: **“É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária.”**

6. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com declaração de inconstitucionalidade dos arts. 34, XXIII, e 37, §2º, da Lei 8.906/1994”. (Grifei).

Portanto, fixou-se o entendimento de que a suspensão do exercício profissional, em decorrência da falta de pagamento das anuidades, configura sanção política em matéria tributária, pois constitui meio indireto de coerção a fim de obter o adimplemento do tributo, violando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e devido processo legal.

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência desta Corte vem reafirmando a inconstitucionalidade de diplomas legais que estabeleçam embaraços ao exercício de atividades profissionais ou econômicas, com o intuito de induzir o contribuinte ao pagamento de dívidas tributárias. Cito, por oportuno, alguns precedentes:

“NÃO É LÍCITO AO FISCO INTERDITAR ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS COM O PROPÓSITO DE OS COMPELIR AO PAGAMENTO DE IMPOSTOS OU MULTAS. OS CONTRIBUINTES TÊM O DIREITO DE IMPUGNAR A LEGITIMIDADE DOS DÉBITOS FISCAIS, QUANDO CONVOCADOS, PELOS MEIOS REGULARES, A SATISFAZÊ-LOS. RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA. SEU PROVIMENTO” (RMS 9.698, Relator (a): Min. Henrique D’Avila, Tribunal Pleno, julgado em 11/07/162, publicado em 05/11/1962).

“Mas se pode afirmar pacificada a jurisprudência. O STF, pleno, por unanimidade, julgando os Recursos Extraordinários nº 60.663 e 63.047, relatados pelo eminente Ministro Gonçalves de Oliveira decidiu que a Fazenda Pública deve cobrar seus créditos pelo executivo fiscal, sem bloquear nem impedir direta ou indiretamente com invocação daqueles diplomas da ditadura, a atividade profissional lícita do contribuinte. Assim já se haviam pronunciado as Turmas”. (RE 64.054, Relator (a): Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, Julgamento: 05/03/1968, Publicação: 26/04/1968).

“TRIBUTO ARRECADAÇÃO SANÇÃO POLÍTICA. Discrepa, a mais não poder, da Carta Federal a sanção política objetivando a cobrança de tributos Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. TRIBUTO DÉBITO NOTAS FISCAIS CAUÇÃO SANÇÃO POLÍTICA IMPROPRIEDADE. Consubstancia sanção política visando o recolhimento de tributo condicionar a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 8.820/89, do Estado do Rio Grande do Sul”. (RE 565048, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Julgamento: 29/05/2014, Publicação: 09/10/2014).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO – INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF) – RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA – LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO “SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW” – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24) – O PODER DE TRIBUTAR , QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE, “NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) – A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO

CONTRIBUINTE – A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE” – DOCTRINA – PRECEDENTES – MATÉRIA CUJA REPERCUSSÃO GERAL O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO ARE 914.045- -RG/MG – REAFIRMAÇÃO, QUANDO DA APRECIÇÃO DE MENCIONADO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DA JURISPRUDÊNCIA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU NO EXAME DESSA CONTROVÉRSIA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC , ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO” (RE 1145279 AgR/SC, Relator(a): Celso de Mello, Julgamento: 28/02/2019, Publicação: 28/03/2019).

Como se pode observar, este Supremo Tribunal Federal tem sido acionado inúmeras vezes para resolver conflitos causados pela instituição infraconstitucional de sanções políticas. Esse entendimento de que são inconstitucionais quaisquer normas que inviabilizem o exercício de atividades profissionais ou econômicas lícitas, com o intuito exclusivo de pressionar o contribuinte ao pagamento de débitos tributários atrasados, deu origem a importantíssimos enunciados sumulares:

Súmula nº 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

Súmula nº 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Súmula nº 547: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito, adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

A natureza *sui generis* da OAB não afasta a natureza tributária das contribuições e o respectivo regime jurídico a elas atribuído.

Assim, tal como no precedente citado, não restam dúvidas quanto à inconstitucionalidade do art. 34, XXIII, bem como sobre a necessidade de interpretação conforme do art. 37, da Lei 8.906/1994, de modo a que a hipótese nele prevista de interdição profissional não se aplique aos advogados inadimplentes, por ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e, especialmente, do livre exercício profissional (CRFB, art. 5º, XIII).

Passando à análise da impugnação do art. 134, §1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, e arts. 1º e 15, I, do Provimento 146/2011, eis que sustenta o requerente que os dispositivos instituíram um requisito não previsto em lei, para o exercício do direito ao voto dos advogados nas eleições internas da OAB: o adimplemento das anuidades. Importa transcrever a norma:

“Art. 134. O voto é obrigatório para todos os advogados inscritos da OAB, sob pena de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da anuidade, salvo ausência justificada por escrito, a ser apreciada pela Diretoria do Conselho Seccional.

§ 1º O eleitor faz prova de sua legitimação, na modalidade online, pela liberação de acesso por meio de senha pessoal e intransferível ou por meio de acesso via certificação digital ao sistema eletrônico de votação, e, na modalidade presencial, apresentando sua carteira ou cartão de identidade profissional e **o comprovante de quitação com a OAB, suprível por listagem atualizada da Tesouraria do Conselho ou da Subseção**”.

“Art. 1º A eleição dos Conselheiros Federais, dos Conselheiros e da Diretoria dos Conselhos Seccionais e das Subseções e da Diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta e obrigatória dos advogados regularmente inscritos na OAB e **com ela adimplentes**”.

“Art. 15. A votação será realizada na forma online e/ou presencial, no modo e nos locais estabelecidos no edital de convocação das eleições, perante as Mesas Eleitorais constituídas pela Comissão Eleitoral, caso a eleição se realize de modo presencial, nos termos do art. 134 do Regulamento Geral, observando-se, em quaisquer das formas de votação, o seguinte:

I - compõem o corpo eleitoral todos os advogados inscritos, recadastrados ou não, **adimplentes com o pagamento das anuidades**, vedados novos parcelamentos nos 30 (trinta) dias antes das eleições;”

Segundo o art. 63, §1º, da Lei 8.906/1994, o voto nas eleições internas é obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB. Vejamos:

“Art. 63. A eleição dos membros de todos os órgãos da OAB será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta dos advogados regularmente inscritos.

§ 1º A eleição, na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no regulamento geral, é de comparecimento obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB”.

Entende-se por inscritos aqueles que, tendo cumprido os requisitos do art. 8º da Lei 8.906/1994, realizaram a inscrição de acordo com as disposições do Regulamento do Estatuto da Advocacia e da OAB, e que não tiveram sua inscrição cancelada (art. 11 da Lei 8.906/1994).

Em meu modo de ver, diferentemente do que se passa com a interdição do exercício profissional, a exigência do adimplemento das anuidades para que os advogados possam votar nas eleições internas da OAB não configura sanção política em matéria tributária. Trata-se de norma de organização do processo eleitoral da entidade, a qual se afigura razoável e justificada.

As sanções políticas recaem sobre o exercício pleno de atividade econômica ou profissional pelo sujeito passivo de obrigação tributária. Logo, na esteira da jurisprudência desta Corte, nem todas as limitações de índole legal constituem sanções políticas voltadas à coerção indireta para pagamento de tributos. No âmbito da ADI nº. 5.135, de relatoria do e. Ministro Luís Roberto Barroso, considerou-se que é válido, por exemplo, o protesto de certidões de dívida ativa, senão vejamos:

“Ementa: Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo

único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade. 1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material. 2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia ex nunc à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI. 3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada “sanção política” vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. 3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) abutários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo. 4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos trirevisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”. (ADI 5135, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09.11.2016).

Em igual sentido, invoco a lição de Luís Eduardo Schoueri acerca do âmbito de aplicação do conceito de sanção política :

“(...) o Princípio da Livre Concorrência, juntamente com a Livre-Iniciativa, são fundamentos bastantes para proteger os contribuintes da voracidade fiscal, impedindo que a Administração imponha as chamadas “sanções políticas” como forma indireta de cobrança de tributos. A ideia é de que a garantia do Erário não se faz à custa de arranhões nos direitos individuais. O caso ora referido invoca os mesmos Princípios, mas desta vez não enfocando o contribuinte afetado, mas sim o restante do mercado. Ou seja: aqueles Princípios não surgem como garantias individuais, mas como proteção coletiva, e, enquanto tal, são invocados para afastar condutas contrárias à sua concretização. (...)”

Também é o Princípio do Livre Exercício de Profissão um dos principais fundamentos invocados pela jurisprudência para impedir que a administração tributária se valha das chamadas sanções políticas para fazer valer seu crédito. (...)”

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria das sanções políticas poderia parecer pacificado nos termos da seguinte Ementa, em Decisão Monocrática da lavra do Ministro Celso de Mello: Sanções políticas no direito tributário. Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao “substantive due process of law”. Impossibilidade constitucional de o Estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24). O poder de tributar – que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte – “não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (min. Orosimbo Nonato, RDA 34/132). A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte. A significação tutelar, em nosso sistema jurídico, do “estatuto constitucional do contribuinte”. Doutrina. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.

No mesmo sentido, o STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei n. 8.820/89, do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, visando ao recolhimento de tributo, condiciona a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. O relator, Ministro Marco Aurélio, consignou que “o sujeito passivo é obrigado a apresentar garantia em virtude de débitos passados, mas calculada tendo em conta débitos futuros, incertos quanto à ocorrência e ao montante”, o que “[e]stá longe de ser razoável”, pois impede “o contribuinte de obter os documentos fiscais essenciais para o livre exercício de atividades econômicas em função do montante de débito apontado”. Assim, conclui o Ministro Marco Aurélio, que não só esse dispositivo contraria a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), e de qualquer atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único), como também viola o devido processo legal, (CF, art. 5º, LIV). (SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 11ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, pp. 408-9 e 908-9).

Assim, de regra, as sanções políticas incidem sobre direitos tais como a garantia de liberdade de iniciativa no domínio econômico e de exercício profissional, não podendo ser espraiada a mesma compreensão para posições que não configuram direito subjetivo. É de rigor, assim, que não se

confundam as condutas, haja vista que o quadro normativo em questão apenas visa reger as eleições para direção de entidade de classe, conformando a votação de modo a que participem do processo eleitoral aquelas pessoas que efetivamente se encontram ativas no quadro de integrantes, associados ou filiados e cumprem as normas internas.

A exigência de que a capacidade eleitoral, ativa e passiva, seja exercida por aqueles que efetivamente se engajam nas dinâmicas da entidade de classe é justificada, mormente se as normas impugnadas, inclusive no que tange à exigência da quitação das anuidades para ser candidato nas eleições da OAB, estão de acordo com Constituição Federal e com o Estatuto da Ordem dos Advogados (Art. 63, §2º, Lei 8.906/1994).

Candidata-se e vota aquele que possui interesse e atende aos critérios exigidos. Por isso, o Estatuto da Ordem dos Advogados determina expressamente que os candidatos comprovem situação regular perante a OAB. E não é desproporcional, muito menos irrazoável, exigir de um candidato a dirigente de um determinado órgão e ao seu eleitor, o cumprimento de todos os deveres que possui perante o órgão.

Dispositivo

Ante o exposto, na parte conhecida, julgo parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 34, XXIII, da Lei 8.906/1994, conferindo ainda interpretação conforme à Constituição ao art. 37, da Lei 8.906/1994, de modo a que a sanção de interdição de exercício profissional não seja aplicável à hipótese prevista no art. 34, XXIII, do mesmo diploma.

Ficam rejeitados os demais pedidos contidos na presente ação.

É como voto

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.020

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S): PARTIDO REPUBLICANO DA ORDEM SOCIAL - PROS

ADV.(A/S): CARLOS LEONARDO PEREIRA SEGURADO (58425/DF, 25558/GO)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETISKY (38672/DF, 095573/RJ)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta e, na parte conhecida, julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 34, XXIII, da Lei 8.906/1994, conferindo , ainda , interpretação conforme à Constituição ao art. 37 da Lei 8.906/1994, de modo a que a sanção de interdição de exercício profissional não seja aplicável à hipótese prevista no art. 34, XXIII, do mesmo diploma, ficando rejeitados os demais pedidos contidos na presente ação, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo interessado Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Rafael Horn. Plenário, Sessão Virtual de 9.12.2022 a 16.12.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 - PR (2021/0379224-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POLUIÇÃO (ART. 54, § 2º, V, DA LEI 9.605/1998). CONDUTA PRATICADA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA POSTERIORMENTE INCORPORADA POR OUTRA. EXTINÇÃO DA INCORPORADA. ART. 1.118 DO CC. PRETENSÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA INCORPORADORA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 107, I, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA.
2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976.
3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora.
4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento.
5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré – sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido –, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a consequente extinção de sua punibilidade.
6. Este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da

denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena.

7. Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora.

8. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Sebastião Reis Júnior, e o voto antecipado divergente do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, dando provimento ao recurso especial para reformar os acórdãos proferidos na origem, cassar a declaração de extinção de punibilidade da pessoa jurídica e determinar o prosseguimento da ação penal, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz, e o voto desempate do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Presidente da Terceira Seção), acompanhando o Relator, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca (Presidente da Terceira Seção) (voto desempate) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2022 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 - PR (2021/0379224-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, em oposição a acórdão proferido pelo TJ/PR, assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME DE CAUSAR POLUIÇÃO POR LANÇAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS EM LEIS OU REGULAMENTOS, EM NÍVEL CAPAZ DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA (ART. 54, § 2º, INCISO V, DA LEI N. 9.605/1998). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPETRAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA INCORPORADORA DA EMPRESA INDICIADA, VISANDO, AO FINAL, AO TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. ALEGAÇÃO DE DENÚNCIA MANIFESTAMENTE INEPTA. APONTADA AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DE INDICAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS EXTRAPENAIIS DESTINADOS À TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. NORMA PENAL EM BRANCO. IRREGULARIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUFICIÊNCIA DE PERCEPÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO ACERCA DA POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO, QUE INDEPENDE DA EFICAZ PROVA DA POTENCIALIDADE DO PERIGO DE DANO. BASTA O RISCO. INTERPRETAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JANDELLE S.A. PELA EMPRESA SEARA ALIMENTOS LTDA. ARGUIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DENUNCIADA - EQUIPARAÇÃO À MORTE DO AGENTE PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSCENDÊNCIA DA PENA. ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA DESARRAZOADA. COMPROVADA A EXTINÇÃO DA

PESSOA JURÍDICA, ÚNICA DENUNCIADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU BURLA NA INCORPORAÇÃO. RECONHECIMENTO E DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FULCRO NO ART. 107, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. SEGURANÇA CONCEDIDA” (e-STJ, fls. 783-799).

Na origem, o *Parquet* ofereceu denúncia (e-STJ, fls. 43-45) em face da sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/1998, pelo suposto descarte de resíduos sólidos (derivados de milho e soja) em desconformidade com as exigências contidas na legislação estadual.

A exordial foi recebida em 24/8/2018 (e-STJ, fl. 46), ao que se seguiram o oferecimento de resposta à acusação e decisão de rejeição das preliminares em 14/5/2020 (e-STJ, fls. 47-50).

Contra este último *decisum*, SEARA ALIMENTOS LTDA., ora recorrida, impetrou mandado de segurança (e-STJ, fls. 1-28), suscitando, dentre outras teses, a extinção da punibilidade, porque a ré originária da ação penal (AGRÍCOLA JANDELLE S.A.) fora incorporada pela impetrante, com o encerramento de sua personalidade jurídica. Logo, em aplicação analógica do art. 107, I, do CP, seria inviável o prosseguimento da ação penal contra a sociedade empresária incorporadora.

O argumento convenceu a Corte local, que concedeu a segurança no acórdão cuja ementa transcrevi acima.

Os embargos de declaração contra ele opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 855-866).

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 874-893), o MP/PR alega ofensa aos arts. 4º e 24 da Lei 9.605/1998, bem como ao próprio art. 107, I, do CP. Como argumento central, a acusação afirma que o princípio da intranscendência da pena teria aplicabilidade restrita às pessoas naturais, sendo incompatível com a natureza ideal as pessoas jurídicas, até como forma de prevenir eventual “manobra de esquiva consistente na extinção formal do ente” (e-STJ, fl. 885). Aduz que as sanções patrimoniais, passíveis de aplicação às pessoas jurídicas, não se encontram abrangidas pela ordem constitucional de intranscendência (art. 5º, XLV, da CR/1988) e discorre sobre pontos divergentes no tratamento jurídico-penal das pessoas físicas e jurídicas, para demonstrar que regras atinentes às primeiras não se aplicam automaticamente às segundas.

Ao final, pede o provimento do recurso especial, “restabelecendo a vigência do inciso I, do art. 107, do Código Penal, c.c. arts. 4º e 24 da Lei 9.605/98” (e-STJ, fl. 893).

Com contrarrazões (e-STJ, fls. 897-924), nas quais a defesa aponta a incidência da Súmula 126/STJ e contraria os argumentos de mérito do MP/PR, o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ, fls. 925-932).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o provimento do recurso, em parecer com a seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESA. INCORPORAÇÃO. EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 107, I, DO CP, 4º E 24 DA LEI N. 9.605/98 - Extinção da personalidade jurídica mediante incorporação da empresa denunciada por crime de poluição ambiental. - Indevida no caso a aplicação da analogia para declarar extinta a punibilidade nos termos do art.107, I, do CP, pois a responsabilização da pessoa jurídica submete-se à principiologia diversa da estabelecida para a pessoa física. Pelo provimento” (e-STJ, fls. 946-952).

Na sessão de julgamentos do dia 10/5/2022, na Quinta Turma, apresentei meu voto pelo desprovimento do recurso especial, ao que se seguiu pedido de vista pelo douto Ministro JOEL ILAN PACIORNIK (e-STJ, fl. 957); quando da apresentação de seu voto-vista, porém, o colegiado decidiu transferir a esta Terceira Seção a competência para julgamento do feito, na forma do art. 14, II, do RISTJ, tendo em vista a relevância e ineditismo da questão aqui debatida (e-STJ, fl. 960).

Destaco que a parte recorrida interpôs recurso ordinário em face do mesmo aresto ora combatido pelo MP/PR, para que, no caso de provimento do recurso especial do *Parquet*, este STJ se pronunciasse sobre as demais preliminares suscitadas na inicial do mandado de segurança e rejeitadas na origem. Referido recurso ordinário foi autuado como o RMS 68.050/PR e recebeu do eminente Ministro HUMBERTO MARTINS, no exercício da Presidência, decisão de não conhecimento, por descabimento do recurso constitucional contra acórdão concessivo da ordem.

A decisão da Presidência foi mantida pela Quinta Turma na sessão de julgamentos de 19/4/2022, em sede de agravo regimental, enquanto os sucessivos embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados em 10/5/2022 e 24/5/2022, com certificação do trânsito em julgado em 31/5/2022.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 - PR (2021/0379224-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POLUIÇÃO (ART. 54, § 2º, V, DA LEI 9.605/1998). CONDUTA PRATICADA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA POSTERIORMENTE INCORPORADA POR OUTRA. EXTINÇÃO DA INCORPORADA. ART. 1.118 DO CC. PRETENSÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA INCORPORADORA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 107, I, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA.
2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976.
3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora.
4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento.
5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré – sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido –, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a consequente extinção de sua punibilidade.
6. Este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena.
7. Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora.
8. Recurso especial desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

1. Admissibilidade recursal e delimitação da controvérsia

O recurso especial atende a todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, merecendo conhecimento.

Ao contrário da defesa, não vislumbro aplicação da Súmula 126/STJ ao caso concreto, porque o acórdão recorrido, embora cite o princípio constitucional da intranscendência da pena, pauta-se primordialmente na aplicação analógica do art. 107, I, do CP e no regime societário da incorporação. Como consequência, embora a apreciação deste recurso – e de qualquer outro – não escape da força hermenêutica de princípios constitucionais, são relativas à legislação federal as questões que ora pedem resposta.

A controvérsia objeto de julgamento situa-se no campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica e pauta-se em duas indagações principais: ocorrendo a operação societária de incorporação de sociedade empresária, é possível imputar à incorporadora a responsabilidade penal por ato praticado pela incorporada? Ou cabe, nesse cenário, aplicar analogicamente o art. 107, I, do CP, para declarar a extinção da punibilidade pelo fim da existência da incorporada, como fez o acórdão recorrido?

A tese recursal, proposta pelo *Parquet*, é a de que tanto o princípio da intranscendência da pena como o art. 107, I, do CP têm incidência restrita às pessoas naturais, únicas capazes de morrer, mormente porque as penas patrimoniais previstas na Lei 9.605/1998 podem ser assumidas pela incorporadora.

A razão, acredito, está com o aresto impugnado, pelos motivos que passo a expor.

2. Incorporação de sociedade empresária e seus efeitos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica

A incorporação é uma operação societária típica, regida tanto no CC como na Lei 6.404/1976, por meio da qual uma sociedade empresária incorporadora assimila integralmente uma ou mais sociedades incorporadas, absorvendo totalmente seus patrimônios. Ao final da operação, apenas a sociedade incorporadora continuará a existir, na qualidade de sucessora de todas as relações patrimoniais da incorporada, cuja personalidade jurídica é extinta com a incorporação. É o que se extrai dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976, abaixo transcritos:

“Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”.

“Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio”.

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

São múltiplas, dessarte, as consequências jurídicas derivadas da incorporação, que potencialmente produz efeitos sobre diversos interessados.

Do ponto de vista da incorporadora, a operação traduz um modo de concentração da atividade empresarial capaz de torná-la mais eficiente ou rentável, ao mesmo tempo em que acompanha a assunção de responsabilidade pelas obrigações da incorporada e atrai a observância de deveres na esfera concorrencial. Para os sócios da incorporada, seus títulos do capital social convertem-se em quotas ou ações da incorporadora, a quem agora estarão atrelados seu investimentos. Credores, contratantes e contratados da incorporada passam a ver na incorporadora sua nova contraparte negocial, e em seu patrimônio a garantia de eventuais obrigações ainda existentes. Todas essas relações, como se vê, são marcadas pela continuidade, havendo somente uma *alteração subjetiva* em algumas delas, com a sucessão da incorporada pela incorporadora.

Para a incorporada, diferentemente, a incorporação marca *o fim de sua existência jurídica*; fossem as pessoas jurídicas capazes de vida biológica, a incorporação seria uma das muitas formas de *morte* do ente coletivo.

A operação não precisa, é claro, extirpar toda a estrutura econômica construída pela incorporada, sendo possível – e, na verdade, o mais comum – que a incorporadora aproveite em alguma medida o aparato criado pela outra sociedade. Já a personalidade jurídica da incorporada, ao revés, é finalizada com a incorporação. Essa diferenciação é bem captada por GLADSTON MAMEDE, que assim diz:

“Como resultado da incorporação, todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada passarão a ser direitos e obrigações da sociedade incorporadora. O artigo 1.116 do Código Civil fala em sucessão de direitos e obrigações, no que privilegia o aspecto nominal da incorporação: incorporada deixa de existir, sendo extinto o respectivo registro, incorporadora continua existindo e, assim, seria sucessora da incorporada. É uma meia verdade: na incorporação há apenas extinção do nome e registro da incorporada; o corpo social preservou-se: pessoas e patrimônio, ainda que absorvido por outra sociedade. Ora, o patrimônio é o conjunto de direitos e deveres. Se o patrimônio foi incorporado, não há sucessão, mas uma transformação (metamorfose) patrimonial e pessoal. Não há, em sentido jurídico, uma transferência de bens, nem uma circulação de mercadorias. Há mera alteração nominal do titular, já que ao corpo de uma sociedade acrescentou-se o corpo de outra” (MAMEDE, Gladston. *Direito societário*. 14. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 171).

Pode parecer intuitiva a ideia de que a “alteração nominal”, a que se refere MAMEDE, abranja de modo ilimitado todos os *atos jurídicos* praticados pela incorporada, atribuindo-se à incorporadora a titularidade pelos ônus e bônus deles decorrentes. Contudo, há situações jurídicas que não admitem essa alteração subjetiva, como explica SÉRGIO BOTREL:

“A incorporação (de sociedades) é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Assim como ocorre na fusão, a sucessão mencionada é aquela universal, de modo a não existir incorporação parcial de sociedades. A sucessão universal não alcança, contudo, as relações que, por sua natureza, não podem ser transmitidas. Desse modo, não se transferem as relações que pressupõem a existência da incorporada como sujeito de direitos, ou aquelas de natureza orgânica, como as mantidas com os administradores, sendo certo que os acordos de acionistas da incorporada são dissolvidos (ou

resolvidos, como preferem alguns) em virtude da perda de seu objeto e da impossibilidade de cumprimento de suas cláusulas” (*Fusões e aquisições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 128).

É importante lembrar que, enquanto negócio jurídico típico, a incorporação é regida primeiramente pela Lei (admitindo-se, é claro, o amplo estabelecimento de condições pelas partes interessadas, no exercício de sua autonomia privada), e é de seus termos que vem a disciplina básica do tema.

Com efeito, como se extrai dos sobreditos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976, a sucessão da incorporada pela incorporadora se opera quanto a *direitos e obrigações*, e mesmo assim somente para aqueles compatíveis com a natureza da incorporação, como aponta BOTREL. Obrigação, não custa lembrar, é instituto com um sentido jurídico próprio, diferente de seu significado popular, “e aí se concebe a obrigação como um **vínculo** de direito que liga uma **pessoa** a outra, ou uma relação de caráter **patrimonial**, que permite exigir de alguém uma **prestação**” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 4; destaques acrescidos).

As consequências de uma série de atos ilícitos cabem em tese no conceito de obrigações, e por isso estão abarcadas pela sucessão. É o caso, por exemplo, da reparação *in natura* do dano ambiental na esfera cível ou administrativa, juntamente da responsabilidade civil por indenizar terceiros eventualmente afetados pela suposta poluição praticada por AGRÍCOLA JANDELLE S.A. Em tais relações, de natureza indiscutivelmente patrimonial, é possível identificar todos os elementos que estruturam uma obrigação, a saber: (I) as partes ativa e passiva (elemento subjetivo), (II) o objeto, que consiste em prestações patrimoniais de dar ou fazer, e (III) o vínculo jurídico que os une (*ex lege*, nessa situação hipotética). Por conseguinte, possíveis obrigações reparatórias derivadas do ato ilícito descrito na denúncia podem ser redirecionadas (em tese, reforço) a SEARA ALIMENTOS LTDA., nos exatos limites dos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976.

Já a pretensão punitiva estatal contra AGRÍCOLA JANDELLE S.A., para vê-la sancionada pela prática do crime tipificado no art. 54 da Lei 9.605/1998, não se enquadra em nenhum desses conceitos ora analisados.

É verdade que, como diz o *Parquet*, as sanções passíveis de imposição à pessoa jurídica, previstas nos arts. 21 a 24 da Lei 9.605/1998, *assemelham-se* a obrigações de dar, fazer e não fazer, o que poderia induzir o intérprete a acreditar numa possível transmissibilidade à sociedade incorporadora. Afinal, há uma inegável similitude entre os efeitos práticos da obrigação civil de reparar o dano causado e, exemplificativamente, a imposição da pena de executar obras de recuperação do meio ambiente degradado, modalidade de reprimenda restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) tratada no art. 23, II, da Lei 9.605/1998.

Ignora o recorrente, entretanto, que as sanções criminais não se equiparam a obrigações cíveis, porque o fundamento jurídico de sua incidência é em todo distinto. Na relação entre o Ministério Público e o réu em uma ação penal, inexistem os três elementos obrigacionais há pouco referenciados, justamente porque **a pretensão punitiva criminal não é uma obrigação**, dela divergindo em suas fontes, estruturas e consequências.

Quanto ao primeiro aspecto, a obrigação tem sua origem em duas fontes centrais:

“A primeira é a vontade humana, que as cria espontaneamente, por uma ação ou omissão oriunda do querer do agente, efetuado na conformidade do ordenamento jurídico. A segunda é a lei, que estabelece obrigação para o indivíduo, em face de comportamento seu, independentemente de manifestação volitiva” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 53).

Já a pretensão sancionatória deriva da conduta humana que configure ofensa material e formalmente típica, ilícita e culpável a um bem jurídico protegido pela norma penal, desde que seja punível a conduta. Nota-se, até mesmo em expressão da natureza de *ultima ratio* do direito penal, que o surgimento jurídico do crime é condicionado à observância de pressupostos mais restritos e que simplesmente não encontram par na esfera obrigacional.

No aspecto estrutural, o vínculo das obrigações recai sobre o patrimônio do devedor (art. 798 do CPC), enquanto a pretensão punitiva sujeita não só os bens do acusado, mas também sua liberdade e, em casos extremos, sua própria vida (art. 5º, XLVII, “a”, da CR/1988) à potestade estatal. Essa severidade adicional do braço sancionador do Estado justifica outra diferença nas estruturas da obrigação e da pretensão punitiva: enquanto a obrigação, sem atravessar a crise do inadimplemento, pode ser espontaneamente cumprida pelo devedor, a pretensão punitiva sequer é tecnicamente adimplível. O autor de um delito não pode, ele próprio, reconhecer a prática do crime e privar-se de sua liberdade com uma pena reclusiva, sendo imprescindível a intermediação do Poder Judiciário para a imposição de sanções criminais – e isso mesmo nos casos em que o sistema jurídico permite negociações entre acusação e defesa a seu respeito, como nos acordos de colaboração premiada, regidos pela Lei 12.850/2013.

Por fim, as consequências jurídicas da obrigação e da pretensão punitiva são também distintas. Se de um lado a obrigação reclama adimplemento (espontâneo ou forçado) ou resolução em perdas e danos, a pretensão punitiva, de outro, gera a aplicação de pena quando julgada procedente pelo Poder Judiciário.

Todas essas diferenciações demonstram que não é possível enquadrar a pretensão punitiva na transmissibilidade regida pelos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976, o que nos traz a uma conclusão intermediária: não há, no regramento jurídico da incorporação, norma autorizadora da extensão da responsabilidade penal à incorporadora por ato praticado pela incorporada.

Pensando ainda no aspecto consequencial, a pena é disciplinada por um plexo normativo próprio, com matizes garantistas que delimitam sua extensão e também não têm correspondência no campo das obrigações. Para os fins deste voto, o mais relevante deles é o princípio da personalidade ou intranscendência, insculpido no art. 5º, XLV, da CR/1988. Eis o texto normativo:

“Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Para o MP/PR, referido princípio não teria aplicação às pessoas jurídicas, destinando-se exclusivamente às pessoas naturais. O recorrente não traz, todavia, nenhum argumento que, partindo da interpretação *jurídica* do texto constitucional, exclua as pessoas jurídicas de sua incidência, limitando-se a citar razões de conveniência prática em amparo a sua tese. Trata-se de leitura equivocada do art. 5º, XLV, da CR/1988, o qual não apresenta nenhuma incompatibilidade em abstrato com a natureza ideal das pessoas jurídicas. A compreensão sistemática da norma constitucional também aponta nessa direção: se o sistema criminal admite a punição de pessoas jurídicas, em que pesem as peculiaridades que derivam da ausência de um corpo físico, não pode o sistema valer-se dessas mesmas peculiaridades como fundamento para restringir garantias penais cujo exercício pela pessoa jurídica é, na prática, possível.

No campo infraconstitucional, relaciona-se com o princípio da pessoalidade o art. 107, I, do CP, que determina a extinção da punibilidade pela morte do agente. A conexão entre as duas normas foi percebida, dentre muitos, por CEZAR ROBERTO BITENCOURT, a quem recorro para explicá-la:

“Com a morte do agente (indiciado, réu, condenado, reabilitando), cessa toda atividade destinada à punição do crime: o processo penal em curso encerra-se, ou impede que ele seja iniciado, e a pena cominada ou em execução deixa de existir. Essa causa é uma decorrência natural do princípio da personalidade da pena, segundo o qual a pena criminal não pode passar da pessoa do criminoso: *mors omnia solvit*. Nem mesmo a pena de multa pode ser transmitida aos herdeiros.

O princípio da personalidade da pena vige tão somente para as sanções criminais, pecuniárias ou não, sendo inaplicável às consequências civis do crime. O espólio do condenado responde pelos danos do crime, cuja obrigação se transmite aos seus herdeiros, até os limites da herança” (*Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 343).

Foi o art. 107, I, do CP, a propósito, quem embasou o acórdão recorrido na decretação da extinção da punibilidade de SEARA ALIMENTOS LTDA. Penso que agiu com acerto o TJ/PR ao aplicar analogicamente o dispositivo, inclusive pelo fundamento sistemático mencionado anteriormente: se o direito pátrio não vê, nas idiosincrasias da pessoa jurídica, um entrave para seu apenamento na esfera criminal, lhe faltaria coerência se pretendesse retirar da pessoa jurídica garantias processuais importantíssimas, exatamente por ser a pessoa *jurídica*, em vez de *natural*. A pessoa jurídica de fato não tem vida biológica, mas tem uma vida *ideal*; do mesmo modo, não há para ela morte biológica, mas somente uma morte *ideal*, técnica, pela extinção de sua personalidade jurídica.

Se tivesse a oportunidade analisar estes autos, ARIANO SUASSUNA nos diria talvez que

AGRÍCOLA JANDELLE S.A. “cumpriu sua sentença e encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca de nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo o que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo o que é vivo morre” (*O auto da Compadecida*. 40. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, e-book não paginado).

A sentença de morte ideal da incorporada, decretada pelo art. 1.118 do CC, é a situação fática mais próxima, para as pessoas jurídicas, da causa de extinção de punibilidade prevista no art. 107, I, do CP. Ausente em nossa vetusta legislação penal um regramento específico sobre tal circunstância, e considerando a plena aplicabilidade do princípio da intranscendência da pena às pessoas jurídicas, a incidência analógica do art. 107, I, do CP é a medida que resolve o conflito de maneira mais técnica e impede a responsabilização penal objetiva da recorrida por fatos de terceiros.

No mesmo sentido, em sede doutrinária, recente artigo publicado na Revista Jurídica Luso-Brasileira:

“O nosso entendimento é no sentido de que à extinção da pessoa jurídica deve ser aplicada, por analogia, o quanto disposto no art. 107, I, CP, que prevê a extinção da punibilidade pela morte do agente. É óbvio que o dispositivo refere-se às pessoas físicas, até porque foi elaborado em um momento histórico em que não se falava em responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mas não há previsão em lei para as consequências advindas da extinção do ente moral. Ante a lacuna legislativa, toma-se possível o emprego da analogia que, em sendo benéfica ao réu (*in bonam partem*), como na espécie, é plenamente possível em Direito Penal” (ARAÚJO, Fábio Roque et al. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: temas controversos*. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 5, n. 3, 2019, p. 349-350).

Eventuais efeitos civis do ato ilícito, como diz o próprio art. 5º, XLV, da CR/1988 não se sujeitam ao princípio da intranscendência, sendo possível sua imputação a SEARA ALIMENTOS LTDA., mas não é a ação penal a via adequada para discuti-los. Isso porque a incidência do art. 107, I, do CP antes do trânsito em julgado de sentença condenatória prejudica todas as demais matérias controvertidas na lide, o que torna impossível o prosseguimento do feito criminal apenas para discutir efeitos extrapenais de uma condenação que não é mais possível. Fica ressalvado, por certo, o direito do *Parquet* de postular o que entender cabível na esfera cível, valendo-se da ampla legitimidade ativa que lhe conferem os arts. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 e 1º, I, c/c 5º, I, da Lei 7.347/1985 na defesa do meio ambiente.

A solução que ora encaminho, à vista disso, não deixa desguarnecido o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (assegurado no art. 225 da CR/1988), nem viola o princípio do poluidor-pagador (previsto no art. 4º, VII, da Lei 6.938/1981), pois não isentou – nem afirmou – nenhuma responsabilidade de SEARA ALIMENTOS LTDA. por supostos danos ambientais causados pela sociedade incorporada. A presente ação penal não é o meio adequado para analisar tais questões, mas não vem deste julgamento nenhuma espécie de impeditivo ao exame da responsabilidade por eventual dano ambiental nas esferas cível e administrativa.

Não é somente do campo material que brotam razões para impedir a assunção da responsabilidade penal por parte da incorporadora: também a legislação processual penal carece de meios para que se opere a transferência pretendida pela acusação.

Note-se que, no âmbito do processo civil, o CPC trata de hipóteses de *sucessão de partes* em seus arts. 108 a 110, em exceção à regra geral de estabilização subjetiva do processo após a citação (art. 329 do Código). Uma delas, *facultativa*, ocorre pela alienação do direito litigioso, em que o adquirente poderá ingressar nos autos como assistente ou mesmo suceder o alienante, desde que haja concordância da parte oposta; a outra, *obrigatória*, é a decorrente da morte. Mesmo na esfera cível, de todo modo, a possibilidade de modificação subjetiva da demanda não é irrestrita; como exemplo, cito a Súmula 392/STJ, que veda a correção de CDA pela Fazenda Pública para alterar o sujeito passivo da execução fiscal.

O CPP não tratou dessas situações, não prevendo nenhum instrumento similar capaz de permitir a troca do réu de uma ação penal. Nem é possível, no ponto, importar analogicamente as formas de sucessão do processo civil, pensadas para relações patrimoniais bastante diversas da pretensão punitiva estatal e não protegidas pelo princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CR/1988).

Vale, aqui, fazer um breve alerta: neste caso, não se está diante de extinção fraudulenta da pessoa jurídica ré, como expressamente reconheceu o acórdão recorrido, soberano no exame dos fatos e provas da causa (e-STJ, fl. 795). Consequentemente, não tem lugar o debate proposto pelo MP/PR quanto à prevenção de manobras (por parte de pessoas jurídicas acusadas em ações penais) para escapar à responsabilização penal, já que não guarda correspondência com a moldura fática construída pela Corte local. Também por isso, a ocorrência de fraude dessa espécie, se devidamente comprovada nos autos, é situação que gera *distinguishing* quanto ao precedente aqui firmado.

Semelhantemente, é distinta a hipótese da incorporação realizada para escapar ao cumprimento de uma pena já aplicada à sociedade incorporada em sentença definitiva, ainda que não exista fraude. Afinal, no presente caso, não chegou a ocorrer a prolação de sentença condenatória, porque a ação penal foi trancada em seu nascedouro pelo TJ/SC: o que se julgou neste recurso especial foi a possibilidade de a incorporadora suceder a incorporada para *responder a ação penal ainda em tramitação*. A situação seria diferente se já houvesse sentença definitiva impondo alguma pena à sociedade e esta, sentindo-se onerada pela reprimenda, aceitasse ser incorporada por outra, a fim de não arcar com os efeitos da sanção penal.

Para esses dois casos (tanto a ocorrência de fraude como a incorporação realizada após sentença condenatória transitada em julgado), pode-se pensar na desconsideração da incorporação, ou mesmo da personalidade jurídica da incorporadora, a fim de manter viva a sociedade incorporada até que a pena seja cumprida. Ou, no caso da pena mais gravosa do catálogo legal (a liquidação forçada, prevista no art. 24 da Lei 9.605/1998), é viável declarar a ineficácia da operação de incorporação em face do Poder Público, de modo a garantir que a parcela de patrimônio incorporada seja alcançada pela pena definitiva.

Trata-se de soluções em tese possíveis para evitar o esvaziamento da pretensão punitiva estatal, a serem aprofundadas pelo Judiciário nas hipóteses sobreditas; não me detenho sobre elas, aqui, porque simplesmente não correspondem ao caso ora julgado. O fundamental, neste julgamento, é compreender que **a situação dos autos não abrange fraude ou incorporação com o fim de escapar a uma pena já aplicada**, mesmo porque, repito, a ação penal foi trancada pouco após o recebimento da denúncia. Se configurada alguma dessas outras hipóteses, haverá distinção em relação ao precedente ora firmado, com a necessária aplicação de consequência jurídica diversa.

Por fim, na linha do que acontece com a responsabilidade civil em geral, as consequências extrapenais de uma condenação já proferida transmitem-se plenamente à pessoa jurídica incorporadora, tendo em vista sua natureza cível. É o caso, *v.g.*, da certeza quanto ao dever de indenizar (art. 91, I, do CP), do eventual perdimento de bens (art. 91, II, do CP) e da fixação de valor indenizatório mínimo (art. 20 da Lei 9.605/1998). Para esses efeitos extrapenais, vale a regra de ampla transmissibilidade instituída nos arts. 1.116 do CC e 227 da Lei 6.404/1976.

3. Dispositivo

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 - PR (2021/0379224-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com

fulcro no artigo 105, III, alínea a, da Constituição Federal – CF, em face de acórdão proferido no Mandado de Segurança Criminal n. 038170-25.2020.8.16.0000, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com a seguinte ementa:

“LANÇAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS EM LEIS OU REGULAMENTOS, EM NÍVEL CAPAZ DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA (ART. 54, § 2º, INCISO V, DA LEI N. 9.605/1998). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPETRAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA ESCORPORADORA DA EMPRESA INDICIADA, VISANDO, AO FINAL, AO TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. ALEGAÇÃO DE DENÚNCIA MANIFESTAMENTE INEPTA. APONTADA AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DE INDICAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS EXTRAPENAIIS DESTINADOS À TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. NORMA PENAL EM BRANCO. IRREGULARIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUFICIÊNCIA DE PERCEPÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO ACERCA DA POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO, QUE INDEPENDE DA EFICAZ PROVA DA POTENCIALIDADE DO PERIGO DE DANO. BASTA O RISCO. INTERPRETAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JANDELLE S.A. PELA EMPRESA SEARA ALIMENTOS LTDA. ARGUIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DENUNCIADA - EQUIPARAÇÃO À MORTE DO AGENTE PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSCENDÊNCIA DA PENA. ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA DESARRAZOADA. COMPROVADA A EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, ÚNICA DENUNCIADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU BURLA NA INCORPORAÇÃO. RECONHECIMENTO E DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FULCRO NO ART. 107, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.” (fls. 783/799)

Do que se lê dos autos, o Ministério Público estadual denunciara a sociedade empresária Agrícola Jandelle S/A em virtude da prática do crime previsto no artigo 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/1998, porque, em tese, descartou resíduos sólidos – derivados de milho e soja – em desconformidade com as exigências contidas na legislação estadual.

O juízo de primeiro grau recebeu a denúncia e, posteriormente, rejeitou as teses preliminares suscitadas pela Defesa na resposta à acusação (fls. 46, 47/50), dando ensejo à impetração do aludido mandado de segurança criminal por Seara Alimentos Ltda.

No aviamento do remédio constitucional, a ora recorrida asseverou que procedera à incorporação da empresa imputada, culminando, conseqüentemente, no fim da personalidade jurídica de Agrícola Jandelle S/A. Nesse sentido, requereu a aplicação analógica do artigo 107, I, do Código Penal – CP, que preconiza a extinção da punibilidade por morte do agente.

Como exposto na ementa anteriormente transcrita, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná acolheu os argumentos da impetrante e concedeu a segurança alvitada. Contra o acórdão, ainda, foram opostos embargos de declaração pelo órgão ministerial, os quais foram rejeitados (fls. 855/856).

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs o presente recurso especial, no qual aponta ofensa aos artigos 4º e 24, ambos da Lei nº 9.605/1998 e ao artigo 107, I, do Código Penal.

Aduz que “[...] o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou que a extinção da pessoa jurídica se equipara a à sua morte” (fl. 883). Obtempera que o dispositivo constitucional que impede a intranscendência da pena foi constituído “[...] para dar segurança ao ser humano frente a arbítrios estatais. Não foram constituídos para entes coletivos, como destinatários” (fl. 886). Pondera, também, que a intranscendência não alcança a reparação do dano nem a decretação do perdimento de bens, que podem recair sobre os sucessores, limitados ao valor do patrimônio transferido (fl. 886). Ao argumentar o equívoco da extinção da punibilidade da pessoa jurídica no caso, colaciona os artigos 28 e 29, ambos do *Decreto Legislativo 8 giugno 2001, nº 231*, oriundo do direito italiano e o artigo 130.2 do Código Penal espanhol, a fim de demonstrar, no direito comparado, que “[...] a ideia de intranscendência da pena é destinada aos seres humanos e não às empresas” (fls. 892/893).

Por fim, requereu o provimento do presente recurso, para que se determine a reforma dos acórdãos vergastados e para o restabelecimento da vigência do artigo 107, I, do Código Penal, c/c o artigo 4º e 24, ambos da Lei n. 9.605/1998.

A recorrida, por seu turno, ataca os argumentos do recorrente e alega incidência da Súmula n. 126 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. No entanto, o recurso foi admitido na origem (fls. 925/932).

Aportados nesta Corte, os autos foram remetidos ao MPF, que opinou pelo provimento do recurso:

“[...] indevida no caso a aplicação da analogia para declarar extinta a punibilidade nos termos do art. 107, I, do CP, pois a responsabilização da pessoa jurídica submetese à principiologia diversa da estabelecida para a pessoa física.” (fls. 946/952)

O recurso foi admitido e a controvérsia delimitada à possibilidade de imputar à pessoa jurídica incorporadora a responsabilidade penal decorrente de ato praticado pela pessoa jurídica incorporada ou de aplicar, analogicamente, o artigo 107, I, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade.

Ressalte-se, ademais, que a recorrida interpôs recurso ordinário contra o acórdão aqui transcrito, objetivando o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça acerca das outras preliminares contidas na impetração, rejeitadas na origem, acaso o presente recurso especial seja provido.

Todavia, o aludido recurso ordinário (RMS n. 68050/PR) não foi conhecido, porquanto incabível, na medida em que “[...] o Tribunal de origem concedeu a segurança” (RMS n. 68050/PR, decisão monocrática, Presidente Ministro Humberto Martins, 12/1/2012). Esta Quinta Turma manteve a decisão do Ministro Presidente da Corte, na sessão de julgamento do dia 19/4/2022; aos 24/5/2022, por unanimidade, rejeitou os embargos opostos pela Defesa.

Volvendo o olhar ao presente recurso especial em processamento, em pretérita Sessão

Ordinária desta 5ª Turma (10/5/2022), o em. Relator houve por bem negar provimento ao recurso especial, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor analisar o complexo tema.

Entrementes, em Sessão Ordinária de 21 de junho de 2022, apresentei meu voto-vista. Entretanto, o colegiado da 5ª Turma, em consideração à relevância e ao ineditismo da questão jurídica debatida, deliberou, por unanimidade, pela afetação do julgamento a esta Terceira Seção.

Eis, em síntese, o relatório.

Fundamento e decido.

O presente recurso traz consigo questionamento dos mais inquietantes e, paradoxalmente, timidamente debatido na doutrina e na jurisprudência penal pátria: a possibilidade de sucessão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Isso porque, ordinariamente, a criminalização do ente moral ainda suscita profundas discussões no campo da tipicidade, da culpabilidade e da individualização da pena, devido à insuperável e desafiadora transposição dos dogmas precisamente moldados para a imputação da pessoa natural à pessoa jurídica.

Destarte, embora igualmente importante, a questão dos efeitos jurídicos decorrentes da extinção da pessoa jurídica no palco penal e processual penal ainda fica relegada, quiçá como um subtema, como se observou no estudo do caso.

Diferente é a realidade de países como a Espanha, onde há maior aprofundamento do tema, devido, talvez, à expressa previsão da extinção da punibilidade do ente moral na hipótese prevista no seu artigo 130.2 do Código Penal espanhol.

Forte na premissa de que é necessário ampliar a discussão sobre algumas nuances referentes à incorporação de sociedades empresárias, uma das espécies legais de reestruturação das pessoas jurídicas, como fato análogo à morte humana, peço vênias para abrir divergência frente ao substancial voto do em. Relator, Ministro Ribeiro Dantas, neste particular aspecto.

Pois bem. Proficuamente, Sua Exa. dissecou o instituto relativo à incorporação societária, previsto no Código Civil e na Lei n. 6.404/1976, minuciando os efeitos jurídicos sob a lente da incorporadora, da incorporada e, inclusive, de terceiros envolvidos nos negócios com elas travados.

No âmbito do direito civil, negocial, é inegável a transcendentalidade dos direitos e obrigações da sociedade empresária que sucede outra. A doutrina colacionada no voto de relatoria traduz precisamente o teor da legislação privada quanto à natural sucessão dos direitos e obrigações da sociedade incorporada à incorporadora.

Nessa senda, ainda se distinguiu sagazmente os elementos das obrigações civis, os quais, sem controvérsia, não se equiparam à responsabilidade penal, impedindo qualquer exercício lógico-dedutivo para, a partir desse argumento, determinar que as referidas *obrigações* sucedidas abrangem também aquelas decorrentes da prática de uma infração penal.

Entretanto, como inicialmente salientou-se, não se busca aqui refutar nesse ponto o conteúdo do voto, tirante no que diz respeito à analogia entre a morte da pessoa natural e a sociedade incorporada, retratada no voto do em. Relator como “[...] *uma das muitas formas de morte do ente coletivo*”.

Ao menos na perspectiva científica, o ciclo da *vida humana* é inexorável: a morte é certa. Caio Mario da Silva Pereira declara, precisamente, que “[a] *vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin de (colab.). *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. 1, p. 189, E-book. ISBN 9786559644209). Esse, aliás, é o critério proposto pela medicina moderna e adotado pela Lei n. 9.434/1997 (dispõe sobre a remoção de órgão, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências) e regulamentado pelo Decreto n. 9.175/2017.

Portanto, apesar de serem muitas as formas pelas quais a pessoa humana *pode morrer*, irrefutável que só há *uma forma de morte*, que é o esvaimento completo da vida, distintamente do que ocorre em relação aos entes morais, que podem se extinguir pela dissolução e liquidação, por fusão ou incorporação.

Característica fulcral da morte do ser humano é a definitividade. Com a *passagem*, o indivíduo não será capaz de praticar qualquer conduta, uma vez que os pressupostos essenciais da vida, corpo e mente, se divorciaram de forma peremptória.

A estrutura física, agora inanimada, vazia, sofrerá um complexo processo de decomposição e o material biológico do receptáculo será totalmente consumido pela própria natureza, restando somente os ossos.

A mente ou o elemento psíquico da pessoa, por outro lado, também não transpõe a barreira da separação com o corpo. Não é dada ao ser humano, no atual estágio evolutivo da tecnologia, a possibilidade de sobreviver além de seu tempo.

Há, inquestionavelmente, um impedimento material para que a vida humana perpetue, salvo as explicações dogmáticas e filosóficas de ordem religiosa que vislumbram na alma, componente metafísico e invisível, um caminho para a ressurreição ou reencarnação, o que não é considerado para fins penais.

Com efeito, a equiparação da extinção da pessoa jurídica com a morte humana pressupõe uma identificação com suas características essenciais, ou seja, o fato jurídico deve corresponder a uma cessação completa de atividades, bem como ser material e formalmente irreversível.

Isso porque a integração de normas através da analogia requer uma adaptação hermética do fato supostamente análogo àquele previsto na lei. O caso não deve, obviamente, ser idêntico, pois aí não haveria necessidade de integração, mas tem de ser, efetivamente, semelhante.

E a semelhança, conforme leciona Bobbio, deve ser relevante, porquanto:

[...] para fazer a atribuição ao caso não regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante, é preciso ascender dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências.

(BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 153).

Destarte, vislumbra-se uma tênue semelhança entre a morte da pessoa natural e a morte da pessoa jurídica na medida em que ambas acarretam a extinção da personalidade. A partir do fim desse atributo, impossível a assunção de novas obrigações e a aquisição de outros direitos.

A morte e a extinção implicam, igualmente, a sucessão dos direitos e obrigações do indivíduo e do ente moral. Os negócios jurídicos transferíveis sucederão aos herdeiros e aos incorporadores. Porém, percebe-se o nítido paradoxo no qual a morte do ser humano é a causa da sucessão e, inversamente, a sucessão da empresa é a causa de sua “morte”.

Todavia, não se pode ignorar que a incorporação societária é tipificada no artigo 1.116 do Código Civil e no artigo 227 da Lei n. 6.404/1976 como a operação na qual uma ou mais sociedades são *absorvidas* por outra, o que apresenta, nesse específico ponto, uma falta de *semelhança relevante* em relação à morte humana.

Como dito, na dimensão científica, a morte da pessoa natural resulta, inexoravelmente, no seu *fim*, inexistindo qualquer possibilidade de aproveitamento ou reaproveitamento corpóreo e psíquico tal como acontece na incorporação relativamente a ações, cotas e estabelecimento comercial.

Nesse modelo de reestruturação societária, ressalte-se bem, uma *concentração* empresarial, a extinção da pessoa jurídica não representa, objetivamente, a sua morte, senão uma forma metamórfica, economicamente viável, de perpetuação de uma atividade com fins lucrativos.

Mesmo quando absorvida, é de hialina clareza que a sociedade absorvida *continua vivendo* através da incorporadora. Evidente que há um objetivo em comum, representado pela união de esforços das sociedades, como medida salutar aos seus negócios.

É possível entrever que não há um fim, propriamente dito, na medida em que “*com a incorporação, a sociedade absorvida deixa de existir no universo negocial, ocorrendo sua extinção sem dissolução e liquidação patrimonial*” (VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. Direito Empresarial. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 231, E-book. ISBN 9788597024784).

Destarte, “*não há liquidação da sociedade, pois as obrigações da incorporada passam à incorporadora no estado contratual e extracontratual em que se encontravam no momento da consumação do negócio jurídico de incorporação [...]*” (CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. Estudos de direito empresarial. São Paulo: Saraiva, 2010, E-book. ISBN 9788502144064).

Convenha-se que a incorporação significa a aglutinação de uma empresa em outra, da qual

passa a fazer parte, ainda que perca a sua própria personalidade. É, nas entrelinhas, a transposição completa de uma empresa para o seio da outra e não a sua aniquilação.

Evidência disso é o fato de haver o incremento patrimonial da incorporadora e a “[...] *emissão das ações a serem entregues aos acionistas da incorporada em substituição às de que eram titulares*” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 19. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 488. E-book. ISBN 9786559772803).

Ademais, vale mencionar, o fenômeno que origina essa simbiose decorre de um negócio jurídico contratual. Tais tipos de operações são próprias do dinamismo do mercado, bem como da autonomia, oportunidade e conveniência da reorganização societária.

Significa que não emanam de fato natural, inevitável e definitivo como a morte humana, para a qual faz sentido o aforismo *mors omnia solvit*, já que “*processar os mortos seria arrogar-se poderes próprios do Juízo final*” (REALE JR, Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, E-book. ISBN 9788530991593).

Por outro ângulo de análise, o cotejo de ambas as “mortes” como consequências de atos voluntários vulnera ainda mais o argumento central do acórdão impugnado: concorrer para o fim da vida humana, de regra, é crime, ao passo que a incorporação dos entes coletivos, a princípio, é um negócio jurídico lícito.

Logo, nesse aspecto, não se concilia a licitude do direito de reorganização societária, não interpretado, de regra, como um *canibalismo corporativo*, com a ordinária antijuricidade do homicídio, assim exemplificado para se equiparar como um ato antinatural, com participação de outrem.

Outro aspecto inconciliável na estrutura da tese defensiva diz com a irreversibilidade da morte humana em comparação com a possível anulação do processo de incorporação de sociedades empresárias, a ser requerida judicialmente pelo credor prejudicado.

Assim, respectivamente, rezam o Código Civil e a Lei n. 6.404/1976:

“Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.”

“Art. 232. Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido.”

Com efeito, a genérica assertiva de que a morte da pessoa jurídica equiparada à da pessoa física acarreta, por analogia, a extinção da punibilidade com esteio no artigo 107, I, do Código Penal, ignora tais vicissitudes e peculiaridades. Como gizado anteriormente, não se trata de desprezar as semelhanças, mas de apontar as incongruências que distanciam uma e outra e impossibilitam, por conseguinte, a integração de normas.

Nem sempre é possível encontrar uma norma aplicável ao caso concreto, devendo o juiz valer-se das fontes do Direito para, nos casos de lacunas da lei, realizar a integração normativa. Nenhum dos métodos, dentre eles a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, se impõe necessariamente sobre o outro. Nessa diretriz, com inegável pertinência à questão debatida, cabe ressaltar a eloquente diretriz do art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), com a redação que lhe conferiu a Lei n. 12.376/2010:

“Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Conforme a lição de Bobbio, deve-se perquirir a ratio do caso regulamentado, porque nela repousam os motivos pelos quais lhe atribuiu a lei determinada consequência jurídica. E a extinção do processo ou da pena se devem ao fato de que a morte humana é um fenômeno pragmaticamente impeditivo, razão pela qual se interrompe a persecução penal ou a execução da pena, impedindo que seus efeitos se espraíem aos sucessores ou qualquer outro indivíduo que não tenha concorrido para a prática delitiva, corolário da vedação à transcendência da responsabilidade penal.

A finitude da vida humana é inegociável. Cedo ou tarde, seremos todos só saudades, uma particularidade que não encontra semelhança na incorporação, que, ao contrário, é transcendente, mercê de não existirem obstáculos para sucessivas incorporações, havidas por mera liberalidade contratual, não possuindo a mesma limitação daquela (previsível e inevitável).

Nessa senda, é relevante e convincente a ponderação do Ministério Público de que as consequências penais atribuíveis às pessoas jurídicas “[...] podem ser arredadas com alterações contratuais, baixa de contrato de ente jurídico nos registros de uma junta comercial [...]” (fl. 891).

Dito de outra forma, equivaleria a franquear às pessoas naturais administradoras do ente moral a autonomia para solver, por ato particular, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como sua consequente sanção penal, proclamadas e impingidas em jurisdição cuja relação jurídica subjacente é de direito público (*jus puniendi*).

Objetivamente, mesmo as incorporações lícitas seriam um obstáculo à aplicação da lei penal, em assaz dissonância com a ordem jurídica. Afinal, a união de esforços em busca de melhor competitividade ou de resultados econômicos não pode fulminar o comando máximo do caráter ressocializador das penas, que é o principal objetivo da sanção penal no Brasil.

Enfim, chega-se à conclusão de que a intransponibilidade da sanção penal afligida à pessoa jurídica é *sui generis*, devendo ser compreendida e tratada na medida de sua excentricidade. As penas serão transmitidas às incorporadoras, sim. Nessa conjuntura, caberá às pretendentes utilizarem-se de mecanismos cautelares prévios a fim de apurarem eventuais pendências contratuais, violações administrativas, bem como o envolvimento e a increpação pelo crime ambiental por parte da incorporada, ou seja, a *due diligence* necessária para conhecer e considerar as implicações legais do risco inerente à operação.

A cegueira deliberada não as escusará, consubstanciando fenômeno jurídico validamente balizado pelos dogmas pragmáticos da ficção jurídica, em si, que é a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por mais imaturo que o sistema penal e processual penal ainda possa ser na ordem jurídica nacional.

Não se pode olvidar que a justificativa deontológica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importada do tronco anglo-saxônico do Direito, está na elevação exponencial de complexidade das relações sociais, percebida a partir do Século XX, o que, por sua vez, propiciou a forja de novos modelos de criminalidade altamente sofisticados e perniciosos no universo empresarial.

Nesse contexto contemporâneo, permitir a extinção da punibilidade somente com a prova de uma eventual *manobra de esquiva* também fragiliza a função preventiva do direito penal, favorecendo e validando, à guisa de sucessões corporativas, prováveis mascaramentos ardilosos de condutas lesivas a um dos bens jurídicos mais caros e essenciais à humanidade: o meio ambiente.

Não se trata, evidentemente, de presumir as reestruturações como fraudulentas, mas de compreender que seu caráter é transcendental e, portanto, não impede a responsabilização penal da pessoa jurídica prevalente, como, no caso em apreço, a sociedade empresária Seara Alimentos Ltda.

Nesse diapasão, em que pese haver o reconhecimento de que as pessoas jurídicas também são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, com razão o membro do Ministério Público ao asseverar que “[...] *não é possível transpor garantias destinadas aos seres humanos em moldes equivalentes aos entes coletivos*” (fl. 886), eis que, como dito alhures, nem todas são compatíveis. A propósito:

Há direitos fundamentais que necessitam de uma formatação, em sua estrutura e em seu conteúdo, ou seja, uma adaptação ou matização para serem aplicáveis à pessoa jurídica; outros não se aplicam e alguns são aplicáveis, de forma pacífica [...] Carece o Brasil da elaboração de um estatuto processual penal da pessoa jurídica e de um bill of rights dos entes corporativos. Diante da inexistência de uma normatização própria, o conteúdo e a funcionalidade dos direitos, princípios e garantias aplicáveis às pessoas físicas enquanto lesadas ou imputadas devem ser aplicados aos entes jurídicos, salvo impossibilidade fática (liberdade ambulatorial, v. g.), atendendo-se às especificidades corporativas

(GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 105 e 106, E-book. ISBN 978-85-97-00883-8).

Indubitavelmente, não há supressão ou restrição ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural e imparcial, à presunção de inocência, às impugnações recursais. Dito de outra forma: “[...] *las garantías procesales que asisten a las personas jurídicas en el proceso penal son exactamente las mismas que las de las peronas físicas*” (DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Thomson Reuters - Aranzadi, 2017, p. 102. ISBN 9788490997857) (g. n.).

No entanto, pura e simplesmente, certos primados e garantias materiais não se amoldam às pessoas coletivas, como ocorre com a personalidade absoluta das penas. Evidência irrefutável disso é que esse paradigma não se sustenta se confrontado cientificamente por um elementar paralelismo: inconcebível seria vaticinar a violação da personalidade absoluta das penas em relação aos sócios, acionistas minoritários ou administradores que, muitas vezes com votos dissidentes, não concorreram para a decisão coletiva ou orientação que culminou na prática do delito empresarial, tendo em vista que:

O Princípio da responsabilidade individual só seria maculado quando um diretor de uma empresa fosse processado por ato praticado por outro diretor. Não tendo havido contribuição pessoal, não há responsabilização; não há crime; não há pena. Reconhecer a responsabilidade da empresa, e isso só ocorrerá nos casos em que se evidenciar sua contribuição para o fato delituoso, é reconhecer só a sua responsabilidade. Nenhuma pessoa física será processada e apenada pelo reconhecimento de que a empresa contribuiu para a prática do ato delituoso. Isso só ocorrerá quando a pessoa natural de alguma forma praticar o ato delituoso, ou concorrer de algum modo para sua prática, razão pela qual – aqui também – não se pode falar em atingimento de um princípio norteador do direito penal, com a admissibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 132, ISBN 9788535241952) (g. n.).

[...] Definitivamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não representa, automaticamente, a de seus sócios, sob pena de se ver esvaziada a regra básica e civilizatória da intranscendência subjetiva das sanções. Por conseguinte, não se deve admitir que os “indícios” de autoria da pessoa jurídica redundem na prisão processual de seu sócio, sem que em relação a ele haja, igualmente, “indícios” de autoria em relação aos delitos investigados [...]

(RHC 71.923/PA, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, DJe 26/9/2016).

Esses matizes, a exemplo do que fez o legislador espanhol no artigo 130.2 do seu Código Penal, deveriam servir como parâmetro para não aplicar, indiscriminadamente, o princípio da intranscendência, na forma original em que concebido às pessoas naturais, às pessoas morais que resultam de reestruturações societárias. Apesar de não ser também no direito espanhol uma unanimidade, significa que:

Por un lado, la responsabilidad penal en casos de sucesión empresarial no es una transferencia de sanción y, en esta medida, no contraviene el principio de culpabilidad por el hecho propio y el de personalidad de las penas. Por otro lado, su fundamento no radica ni en un pretendido ilícito de la entidad originaria, ni en el acto posterior de reestructuración (fraudulenta). No es una regla de imputación o asignación de responsabilidad. Es una «no extinción de responsabilidad»: una perpetuación de responsabilidad, orientada a neutralizar la pervivencia de un estado de injusto previamente constituido. Se trata de un mecanismo de responsabilidad que convive junto al Derecho penal nuclear, pero que debe ser interpretado conforme a sus propios parámetros (VIVES, Beatriz Goena. Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad? Revista para el Análisis del Derecho, InDret Penal, n. 1, 2022, p. 230-264 (p. 235). ISSN 1698739X.

Disponível em: <https://indret.com/sancion-penal-yreestructuraciones-societarias-responsabilidad-porsucesion-o-sucesion-de-responsabilidad/?edicion=1.22>. Acesso em: 20 maio 2022).

Lado outro, não se ignora que dentre as diversas formas de morte da pessoa jurídica, a única que se aproxima à ratio do artigo 107, I, do Código Penal, é a que resulta na dissolução com liquidação, modalidade essa conciliável com a lógica do dispositivo legal, eis que

Com a dissolução, encerra-se a fase ativa da sociedade, que, a partir daí, entra em liquidação, que é uma espécie de preparação para a morte. Durante a liquidação, mantém a sociedade a personalidade jurídica, mas não pode realizar novos negócios.

(BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 19. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 105, E-book. ISBN 9786559772803) (g. n.).

Vale dizer que a sanção prevista no artigo 24 da Lei nº 9.605/1998, ou seja, a decretação da *liquidação forçada* da pessoa jurídica criada para permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental é interpretada pela doutrina como verdadeira *pena de morte*:

A sanção prevista no art. 24 da Lei 9.605/98 revela inconstitucionalidade, dado o caráter perpétuo da penalidade, ou, mesmo, por representar a morte da pessoa jurídica.

(MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coords.) Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011 (série IDP), p. 286. ISBN 9788502137660) (g. n.).

Igualmente dispõe a Circular nº 1/2011 da *Fiscalia General del Estado de España*:

No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el art. 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación (ESPAÑA. Circular nº 1/2011, de 1 de junio. Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. Fiscalia General del Estado.

Disponível em: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2011.html. Acesso em: 07 jun. 2022) (g. n.).

Em arremate, concito os eminentes pares a uma crucial reflexão jurídicofilosófica. A mera observação da realidade revela que a equiparação da fusão e da incorporação dos entes morais à

morte da pessoa natural implicaria risco grave ao primado constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Hipoteticamente, remida de seus pecados mais vis, bem no seio da sociedade, a empresa poluidora poderá manter suas instalações, fábricas e atividades, operando, agora, com uma nova placa, estampada com sua metamórfica denominação. Conviverá, bem ao seu redor, com a mesma sociedade perplexa e impotente que testemunhou e suportou as atrozes agressões ao meio ambiente que a Carta Política professou preservar com seu instrumento mais contundente, a última *ratio* do Estado Democrático, o Direito Penal.

Enfim e ao cabo, se hoje fosse concebível ao ser humano superar a morte ao depositar sua personalidade em algum dispositivo para futura realocação em outro corpo; ou incorporar sua personalidade à de outrem; quem sabe, até, cindir ou fundir personalidades; talvez nesse cenário hipotético, a lei explicitasse que para os casos de fusão e incorporação humanas não haveria extinção da punibilidade, porquanto não impediriam a continuação do processo (RIBEIRO, Bruno Salles; PARRA, Diogo Henrique Duarte de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sucessão societária. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 231, fev. 2012, p. 19. ISSN 16763661. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim231.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022).

Por todo o exposto, com a devida *vênia* ao laborioso e profícuo voto do em. Relator, por não vislumbrar cabimento na aplicação analógica do artigo 107, I, do Código Penal relativamente às operações de reestruturação societária, *in casu*, a incorporação da ré Agrícola Jandelle S/A por Seara Alimentos Ltda., dou provimento ao recurso especial para reformar os acórdãos proferidos na origem, cassar a declaração de extinção de punibilidade da pessoa jurídica e determinar o prosseguimento da ação penal.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 - PR (2021/0379224-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Razões recursais e contextualização

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** no Mandado de Segurança Criminal nº 038170-25.2020.8.16.0000.

Consta dos autos que o recorrente denunciou a sociedade empresária Agrícola Jandelle S.A. pela prática, em tese, do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/1998, porque haveria descartado resíduos sólidos – derivados de milho e soja – em desconformidade com as exigências contidas na legislação estadual.

O juízo de primeiro grau recebeu a denúncia e, posteriormente, rejeitou as teses preliminares suscitadas pela defesa na resposta à acusação (fls. 46-50), o que ensejou a impetração do *mandamus* perante a Corte de origem por parte da Seara Alimentos Ltda.

Naquela oportunidade, a empresa ora recorrida argumentou que realizou a incorporação da sociedade denunciada pelo *Parquet*, o que implica a extinção da personalidade jurídica de Agrícola Jandelle S/A, razão pela qual requereu a aplicação analógica do art. 107, I, do CP, que preconiza a extinção da punibilidade por morte do agente.

O Tribunal local concedeu a segurança em acórdão assim ementado (fls. 783-784, destaquei):

MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME DE CAUSAR POLUIÇÃO POR LANÇAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS EM LEIS OU REGULAMENTOS, EM NÍVEL CAPAZ DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA (ART. 54, § 2º, INCISO V, DA LEI N. 9.605/1998). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPETRAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA INCORPORADORA DA EMPRESA INDICIADA, VISANDO, AO FINAL, AO TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. ALEGAÇÃO DE DENÚNCIA MANIFESTAMENTE INEPTA. APONTADA AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DE INDICAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS EXTRAPENAIIS DESTINADOS À TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. NORMA PENAL EM BRANCO. IRREGULARIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUFICIÊNCIA DE PERCEPÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO ACERCA DA POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO, QUE INDEPENDE DA EFICAZ PROVA DA POTENCIALIDADE DO PERIGO DE DANO. BASTA O RISCO. INTERPRETAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA RÉ AGRÍCOLA JANDELLE S. A. JANDELLE S.A. PELA EMPRESA SEARA ALIMENTOS LTDA. ARGUIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DENUNCIADA - EQUIPARAÇÃO À MORTE DO AGENTE PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSCENDÊNCIA DA PENA. ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA

DESARRAZOADA. COMPROVADA A EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, ÚNICA DENUNCIADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU BURLA NA INCORPORAÇÃO. RECONHECIMENTO E DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FULCRO NO ART. 107, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs o presente recurso especial, no qual aponta violação dos arts. 4º e 24, ambos da Lei n. 9.605/1998, e 107, I, do CP.

O *Parquet* estadual sustenta, em síntese, que o princípio da intranscendência da pena teria aplicabilidade restrita às pessoas naturais, por ser incompatível com a natureza ideal das pessoas jurídicas, e que as sanções patrimoniais, passíveis de aplicação a estas, não estão abrangidas por esse postulado constitucional, até como forma de prevenir eventual “manobra de esquiva consistente na extinção formal do ente” (fl. 885).

Ainda, invocando também o direito comparado, discorre sobre pontos divergentes no tratamento jurídico-penal das pessoas físicas e jurídicas, com o intento de demonstrar que as regras atinentes às primeiras não se aplicam automaticamente às segundas.

Admitido o recurso na origem, o Ministério Público Federal manifestouse pelo seu provimento (fls. 946-952).

Levado o feito a julgamento, o relator, Ministro **Ribeiro Dantas**, votou pelo não provimento do recurso, sob os fundamentos de que a incorporação extingue a pessoa jurídica incorporada – circunstância equivalente à sua morte – e de que não havia indícios de fraude no caso concreto.

O Ministro **Joel Ilan Paciornik**, por sua vez, abriu divergência para dar provimento ao recurso ministerial. Argumentou, para tanto, que a incorporação de uma pessoa jurídica não podia ser equiparada à morte das pessoas físicas a ponto de ensejar a aplicação analógica do art. 107, I, do CP.

II. Delimitação da controvérsia

A controvérsia, portanto, cinge-se à possibilidade de transmitir à empresa incorporadora a responsabilidade penal decorrente de ato praticado pela pessoa jurídica incorporada ou de aplicar, analogicamente, o art. 107, I, do Código Penal, extinguindo-se a punibilidade.

III. Intranscendência da pena e incorporação empresarial

Desconheço a existência de algum julgado de outro tribunal – salvo, evidentemente, o ora analisado – que haja avançado nesse tema de Direito Penal, o qual, na sua essência, tem a ver com a própria razão de ser e a origem histórica do princípio da pessoalidade da pena.

Vale lembrar, a título de registro histórico, que, no antigo regime, não somente o condenado era punido, mas também toda a sua descendência. Veja-se, exemplificativamente, trecho da sentença proferida em desfavor de Tiradentes em 18 de abril de 1792 (grifei):

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baração e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da força e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais público della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; **declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu.**

Isso traduz um modo de punir que não se contentava com o corpo do acusado. Conforme ensina Michel Foucault, em sua clássica obra Vigiar e Punir, na virada do século XVIII para o XIX, com o extinguir das fogueiras e a criação da pena privativa de liberdade, transpôs-se a punição do corpo para o espírito do condenado. Aliás, um dos grandes avanços do Iluminismo Penal foi exatamente a proibição de que a punição incidisse também sobre os bens e familiares do condenado.

Justamente por esse motivo é que todas as Constituições brasileiras, à exceção da promulgada em 1937, passaram a prever o princípio da intranscendência (ou pessoalidade) da pena, consoante estabelece a atual Carta de 1988 em seu art. 5º, XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

A meu sentir, é importante ter isso em conta para analisar o presente caso, pois, como bem pontuou o eminente Ministro Joel Paciornik, **não há completa identidade entre a morte de um ser humano, que é imprevisível e definitiva, e a morte de uma pessoa jurídica, que pode ser até planejada.** Na verdade, tal morte é fictícia, porque, salvo na hipótese de falência – que não é o caso dos autos –, a pessoa jurídica não deixa efetivamente de existir. Ela deixa de existir somente naquela configuração original, mas, em virtude de mera operação societária, **continua a atuar sob um novo formato, com um novo nome e eventualmente com uma nova diretoria.** Vale dizer, ela continua a existir como estrutura de prestação de serviços, de fornecimento de bens etc.

Não vejo como, necessariamente, exigir-se a presença de fraude para admitir a sucessão da responsabilidade penal da pessoa jurídica e, dessa forma, afastar a pessoalidade da pena. Isso porque é possível que os responsáveis pela empresa decidam, por exemplo, não ser mais viável continuar a atuar no mercado diante da imposição de uma multa elevada ou da suspensão de contratos com o poder público, e, diante dessa avaliação, deliberarem pela incorporação da empresa.

Uma vez, portanto, que se permite a incorporação – não obrigatoriamente por fraude –, mas por uma deliberada e até mesmo legítima decisão de realizar a operação societária e, assim, deixar de sustentar uma empresa que sofreu um ônus judicial, tal encargo há de ser assumido conscientemente por quem vai incorporar a sociedade. Nesse caso, é intuitivo e usual que se proceda a uma avaliação por meio de auditoria para tomar ciência da integral situação da empresa e sopesar o que será

benéfico e prejudicial à incorporação, circunstância que interfere, inclusive, no preço do negócio a ser realizado. **Em suma, a empresa incorporadora, ao decidir realizar tal operação, recebe os bônus e assume os ônus do negócio.**

Não me parece, portanto, que a pena esteja efetivamente transcendendo a pessoa condenada. Temos de considerar que a responsabilidade penal de pessoa jurídica – admitida excepcionalmente em nosso ordenamento em relação a crimes ambientais – afasta a tradicional parêmia de que *societas delinquere non potest* e, por isso, aplicam-se, em princípio, as normas penais e processuais penais previstas no ordenamento para as pessoas físicas. Entretanto, isso deve ser feito *cum grano salis*, porque há situações em que não é possível valer-se totalmente a dogmática penal e processual penal.

Basta imaginar, ilustrativamente, um exemplo no processo penal: **como se interroga uma pessoa jurídica? Como se garantir a uma pessoa jurídica o direito de não se autoincriminar?** Naturalmente, embora se admita a responsabilidade penal própria da pessoa jurídica, ela age e participa dos atos processuais por meio dos seus prepostos. Ou, ainda, **como impor certas medidas cautelares a uma pessoa jurídica** (prisão preventiva, proibição de comparecimento a determinados locais, monitoração eletrônica)? Por óbvio, são medidas impossíveis de aplicação quando se tem, no polo passivo da controvérsia penal, uma pessoa jurídica.

Entendo, assim, que deve ser relativizada essa transposição *tout court* do Direito Penal tradicionalmente aplicado às pessoas humanas (físicas) para o Direito Penal aplicado às pessoas jurídicas, tal qual sugere o exemplo de que ora se cuida, em que não há identificação, segundo penso, da *ratio essendi* que justifica a incidência do princípio da responsabilidade pessoal na atividade punitiva estatal.

Não se trata, enfim, de punir outrem, mas apenas de **modificar formalmente** a pessoa jurídica que deverá se responsabilizar pelo crime perpetrado pela empresa condenada, a qual, por uma **deliberada e consciente decisão daquela, se houve por bem incorporar.**

Com essas considerações, pedindo vênias ao relator, Ministro **Ribeiro Dantas**, com seu substancial voto, e aos que o acompanharam, sigo a divergência aberta pelo Ministro **Joel Ilan Paciornik**.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **voto por dar provimento** ao recurso especial a fim de cassar a declaração de extinção de punibilidade da pessoa jurídica e determinar o prosseguimento da ação penal.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.172 - PR (2021/0379224-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

VOTO-DESEMPATE

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, em face de acórdão prolatado pelo TJPR, o qual restou assim ementado (e-STJ fls. 783/784):

MANDADO DE SEGURANÇA CRIME DE CAUSAR. POLUIÇÃO POR LANÇAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS SEM LEIS OU REGULAMENTOS, EM NÍVEL CAPAZ DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA (ART. 54, § 2º, INCISO V, DA LEI N. 9.605/1998). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPETRAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA INCORPORADORA DA EMPRESA INDICIADA, VISANDO, AO FINAL, AO TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. ALEGAÇÃO DE DENÚNCIA MANIFESTAMENTE INEPTA. APONTADA AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DE INDICAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS EXTRAPENAIIS DESTINADOS À TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. NORMA PENAL EM BRANCO. IRREGULARIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUFICIÊNCIA DE PERCEPÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO ACERCA DA POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO, QUE INDEPENDE DA EFICAZ PROVA DA POTENCIALIDADE DO PERIGO DE DANO. BASTA O RISCO. INTERPRETAÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. INCORPORAÇÃO DA EMPRESA RÉ AGRÍCOLA JANDELLE S. A. PELA EMPRESA SEARA ALIMENTOS LTDA. ARGUIDA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DENUNCIADA – EQUIPARAÇÃO À MORTE DO AGENTE PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSCENDÊNCIA DA PENA. ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA DESARRAZOADA. COMPROVADA A EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, ÚNICA DENUNCIADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU BURLA NA INCORPORAÇÃO. RECONHECIMENTO E DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FULCRO NO ART. 107, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Em sede de razões recursais, aduz o MP/PR ofensa aos arts. 4º e 24 da Lei n. 9.605/1998, bem como ao art. 107, I, do CP.

Assevera, em síntese, que o princípio da intranscendência da pena teria aplicação restrita às pessoas naturais, não sendo compatível com a natureza ideal das pessoas jurídicas.

Afirma, ademais, que as sanções de cunho patrimonial, passíveis de aplicação às pessoas jurídicas, não se encontram abrangidas pela garantia constitucional da intranscendência, estatuída no art. 5º, XLV, CF/88. Pugna pelo provimento do recurso especial.

Contra-razões ao recurso especial e parecer ministerial acostados aos autos.

Os autos, de início, foram distribuídos para 5ª Tuma desta Corte que decidiu, em face da relevância do tema, afetar o julgamento à 3ª Seção/STJ.

Iniciado o julgamento na 3ª Seção, após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Sebastião Reis Júnior, e o voto antecipado divergente do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, dando provimento ao recurso especial para reformar os acórdãos proferidos na origem, cassar a declaração de extinção de punibilidade da pessoa jurídica e determinar o prosseguimento da ação penal, **com a empresa incorporadora**, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogério Schietti Cruz, vieram-me os autos para prolação de voto-desempate, na condição de Presidente da 3ª Seção.

É o relatório.

Passo ao voto de desempate.

De início, cabe breve reflexão acerca da responsabilidade penal ambiental e sua função punitiva, para melhor compreensão do relevante tema em debate.

Acerca da responsabilidade penal ambiental, dispõe o art. 2º da Lei n. 9.605/1998, que:

“Art. 2º - Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário da pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

Mais adiante, no que concerne especificamente à responsabilidade da pessoa jurídica, o art. 3º da referida lei estabelece:

“Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”.

Embora os textos não deixem qualquer dúvida quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, fica a questão posta nos autos concernente à preservação de uma condenação criminal, ante a dissolução de pessoa jurídica decorrente, na hipótese específica dos autos, de incorporação. Em tal hipótese, restaria a imputação da pena preservada?

A resposta a tal questão, passa, de início, por reflexão acerca do instituto da incorporação e natureza da sanção decorrente da prática de crime ambiental.

Entende-se por incorporação, nos termos dos arts. 227, *caput* da Lei n. 6.404/1976 e art. 1.116 do Código Civil de 2002, “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outras, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

De outra banda, entendo que as sanções não possuem natureza de direito ou obrigação, nem tampouco decorrem de negócio jurídico, e que, embora possam ter seus custos equivalentes registrados como passivos, não serão transmissíveis à nova sociedade decorrente da incorporação.

Desta forma, por terem natureza sancionatória, representativa do *jus puniendi* do Estado, possuem assim natureza personalíssima, nos termos da lei penal e da Carta Magna Nacional, não comportando transmissão a terceiros, a que se equipara a nova sociedade resultante de incorporação.

No que concerne à responsabilidade penal, na medida em que ocorre a “morte” da sociedade que foi incorporada, extingue-se a punibilidade. Sendo a sociedade que cometeu a infração penal a que foi incorporada, será inviável prosseguir na persecução penal ou na execução da pena, vez que essa pessoa jurídica restou extinta.

A responsabilidade penal não pode ser considerada direito ou obrigação, face ao preceito fundamental estatuído no art. 5, XLV, da CF/88. Desta feita, na medida em que a sociedade deixe de existir, a situação se denota análoga à morte da pessoa física, e, portanto, a pena aplicada ou a ser aplicada não poderá ser transmitida à sociedade superveniente.

Assim, **exceto havendo comprovada fraude**, situação em que se há de reconhecer o provável cometimento de tipo penal que precede o crime ambiental, inclusive, a sociedade resultante da operação não pode ser chamada a responder criminalmente ou cumprir pena imposta à sociedade já extinta. Se houve fraude, desconsidera-se a incorporação e mantém-se a incorporada na lide penal. Se não houve fraude, o caminho penal a ser trilhado será sempre o das pessoas físicas, se denunciadas e processadas. Ou ainda, se o caso, aditamento ou nova denúncia contra a Incorporadora, com o devido processo legal.

Vale ressaltar, nesse ponto, por oportuno, distinção fundamental no que tange à responsabilidade civil ambiental, não aplicável à espécie. No que concerne a tal aspecto, de modo diverso daquilo que ocorre em relação à responsabilidade penal, necessário reconhecer que, ao estabelecer que a sociedade sobrevivente da operação sucede, em relação aos direitos e obrigações, as sociedades extintas, a obrigação de reparar um dano ambiental preexistente é transmitida à sociedade sobrevivente. Desta forma, no que diz respeito à responsabilidade civil ambiental, a sociedade incorporadora assume integralmente a obrigação de reparar ou indenizar os danos preexistentes

causados pela sociedade extinta, sucedendo-a, sob tal aspecto, a título universal. Em suma, no nível, a incorporadora, em qualquer hipótese, permanecerá com as obrigações referentes à reparação do dano ambiental eventualmente constatado.

No mesmo diapasão do ora decidido, vale conferir entendimento doutrinário esposado por Luciana Vianna Pereira (in “Sucessão de Responsabilidade Ambiental”, Revista de Direito Ambiental, vol. 62/2011, p.57-114, Abr.-Jun/2011), verbis:

“ (...)

Assim é que a ‘incorporação’ é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Destaca-se, ainda, o disposto no § 3.º do mesmo artigo, pelo qual, ‘aprovados pela Assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação’ (grifos nossos).

Observa-se que o que a lei prevê é que, uma vez aprovada a incorporação, a sociedade incorporadora assume os direitos e obrigações da incorporada que deixa de existir no mundo jurídico, operando-se o que se convencionou chamar de sucessão a título universal. Interessante aduzir aqui ressaltar lição de Grau sobre o tema das obrigações:

‘A propósito, entenda-se por dever jurídico uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Obrigação, em sentido estrito, como vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de certa prestação. O dever é um vínculo imposto à vontade; a obrigação, embora suponha uma situação de dever, na qual se coloca o devedor, é consequência da manifestação da vontade do devedor’.

(...)

É importante observar que o que é vertido ao patrimônio da incorporadora ou da sociedade resultante da fusão é o patrimônio líquido da sociedade(s) anterior(es), sendo o patrimônio líquido resultante da diferença entre o ativo e o passivo de uma sociedade.

Como noticia Borba, a tendência inclusive no direito comparado seria de que a sucessão universal operasse plenamente, exceto para situações especiais, como relações personalíssimas.

No nosso entendimento, como já exposto no item 2.1.3, o conceito de passivo ambiental não é de todo relevante para a definição de sucessão da responsabilidade ambiental, em suas três esferas. As sanções, que não têm natureza de direito ou obrigação, nem decorrerem de negócio jurídico, embora possam ter seus custos equivalentes registrados contabilmente como passivos, não serão transmissíveis à nova sociedade. Por terem natureza sancionatória, representativa do ius puniendi do Estado, tem assim natureza personalíssima, nos termos da lei penal e da lei administrativa, não comportando transmissão a terceiros, ao que se equipara a nova sociedade, resultante da fusão ou incorporação.

No que diz respeito à responsabilidade penal ambiental, na medida em que ocorre a ‘morte’ das sociedades fusionadas e daquela que foi incorporada, extingue-se a punibilidade. Santiago, quanto à incorporação, entende que ‘sendo a sociedade que cometeu a infração penal, a que foi incorporada, será inviável prosseguir na persecução penal ou na execução da pena, pois essa pessoa jurídica estará extinta’. Prossegue o autor tratando da sociedade incorporadora, para afirmar que a imputação do delito permanecerá possível, tendo em vista, que ao contrário da incorporada, esta não foi extinta.

A responsabilidade penal não é e nem pode ser considerada direito ou obrigação e que, segundo preceito fundamental inscrito no art. 5.º, XLV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Assim, uma vez que a sociedade deixa de existir, a situação é análoga à morte da pessoa física, e, portanto, a pena aplicada ou a ser aplicada não poderá ser transmitida à sociedade sobrevivente. Assim, exceto se comprovada fraude, caso em que há de se reconhecer o cometimento de tipo penal diverso do tipo ambiental que o precede, a sociedade sobrevivente da operação não pode ser chamada a responder criminalmente ou cumprir a pena imposta à sociedade extinta. A ação penal, no caso, prosseguirá contra a(s) pessoa(s) física(s), tendo em vista que segundo a jurisprudência, a imputação conjunta é obrigatória, mas deverá ser extinta quanto à pessoa jurídica incorporada ou fusionada.

Ante ao caráter pessoal da responsabilidade administrativa, também, não há sucessão para a sociedade sobrevivente, incorporadora ou resultante da fusão, por infração administrativa cometida pela(s) sociedade(s) extinta(s), posto que à sobrevivente não pode ser atribuída qualquer conduta omissiva ou comissiva, típica e ilícita. Com a 'morte' da infratora, extingue-se a responsabilidade administrativa ambiental a ela inerente.

Quanto à responsabilidade civil ambiental, por outro lado, é patente reconhecer que, ao estabelecer que a sociedade sobrevivente da operação sucede, em relação aos direitos e obrigações, à(s) sociedade(s) extinta(s), a obrigação de reparar um dano ambiental preexistente é transmitido à sociedade sobrevivente. Assim, em matéria de responsabilidade civil ambiental, tanto a sociedade incorporadora quanto a sociedade resultante da fusão, assumem integralmente a obrigação de reparar ou indenizar os danos preexistentes causados pelas sociedades extintas. Como esclarece Adamek, tanto na incorporação quanto na fusão, a sociedade sobrevivente sucede, a título universal, as extintas." (grifei)

Por fim, pontuo que em trinta anos de magistratura, **jamais vi substituição de parte no processo penal. Isto é simplesmente impossível.** Agride, *data venia*, a dogmática penal. Não posso conceber a transposição de conceitos do Direito Privado para um ramo jurídico que encontra arcabouço dogmático de índole constitucional e é a *ultima ratio*.

Feitas tais considerações, pedindo vênias ao entendimento divergente, voto no sentido de **acompanhar o relator, negando provimento ao recurso especial.**

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0379224-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.977.172/ PR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000031-44.2012.8.16.0045 00000314420128160045 00381702520208160000

00381702520208160000#3 003817025202081600003 314420128160045

3817025202081600003

PAUTA: 24/08/2022

JULGADO: 24/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: SEARA ALIMENTOS LTDA

POR INCORP: AGRÍCOLA JANDELLE S/A

ADVOGADOS: ANALICE CASTOR DE MATTOS - PR032330

RODRIGO CASTOR DE MATTOS - PR036994

RAPHAEL RICARDO TISSI - PR045052

LUIZ FELIPE GOMES RHEINHEIMER - PR092518

LIANA CASSEMIRO DE OLIVEIRA - PR044235

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Sebastião Reis Júnior, e o voto antecipado divergente do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, dando provimento ao recurso especial para reformar os acórdãos proferidos na origem, cassar a declaração de extinção de punibilidade da pessoa jurídica e determinar o prosseguimento da ação penal, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz, e o voto desempate do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Presidente da Terceira Seção), acompanhando o Relator, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca (Presidente da Terceira Seção) (voto desempate) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

RECURSO ESPECIAL Nº 1909276 - RJ (2019/0300693-7)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: GERARD ANDRES FISCHGOLD

RECORRENTE: MARIA CRISTINA FISCHGOLD

ADVOGADOS: BRUNO FISCHGOLD - DF024133

BRUNA CAVALCANTE DRUBI BURGER - RJ138185

RECORRIDO: GETULIO COSTA DA SILVA

RECORRIDO: ELZA MARIA AMARAL VIEIRA DA SILVA

ADVOGADO: CARLOS AUGUSTO BARBOSA CONCEICAO - MA013874

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS COISAS. ALTERAÇÃO FÁTICA SUBSTANCIAL. NATUREZA. POSSE. TRANSMUDAÇÃO. POSSIBILIDADE. *ANIMUS DOMINI*. CARACTERIZAÇÃO. PROPRIEDADE. METADE. IMÓVEL. USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRAZO. CURSO DO PROCESSO. CONTESTAÇÃO. INTERRUPTÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se (i) falha a prestação jurisdicional; (ii) a aquisição de metade do imóvel usucapiendo caracteriza a propriedade de outro imóvel, impedindo o reconhecimento da usucapião constitucional; (iii) o ajuizamento de ação cautelar de vistoria pode ser considerada como oposição à posse, impedindo o reconhecimento da usucapião extraordinária e (iv) o caráter original da posse pode ser transmutado na hipótese dos autos.
3. O fato de os possuidores serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo não recai na vedação de não possuir “outro imóvel” urbano, contida no artigo 1.240 do Código Civil.
4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser admissível a usucapião de bem em condomínio, desde que o condômino exerça a posse do bem com exclusividade.
5. A posse exercida pelo locatário pode se transmutar em posse com *animus domini* na hipótese em que ocorrer substancial alteração da situação fática.
6. Na hipótese, os possuidores (i) permaneceram no imóvel por mais de 30 (trinta) anos, sem contrato de locação regular e sem efetuar o pagamento de aluguel, (ii) realizaram benfeitorias, (iii) tornaram-se proprietários da metade do apartamento, e (iv) adimpliram todas as taxas e tributos, inclusive taxas extraordinárias de condomínio, comportando-se como proprietários exclusivos do bem.
7. É possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva ainda que o prazo exigido por lei se complete apenas no curso da ação de usucapião. Precedentes.

8. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.
9. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 27 de setembro de 2022.

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1909276 - RJ (2019/0300693-7)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: GERARD ANDRES FISCHGOLD

RECORRENTE: MARIA CRISTINA FISCHGOLD

ADVOGADOS: BRUNO FISCHGOLD - DF024133

BRUNA CAVALCANTE DRUBI BURGER - RJ138185

RECORRIDO: GETULIO COSTA DA SILVA

RECORRIDO: ELZA MARIA AMARAL VIEIRA DA SILVA

ADVOGADO: CARLOS AUGUSTO BARBOSA CONCEICAO - MA013874

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS COISAS. ALTERAÇÃO FÁTICA SUBSTANCIAL. NATUREZA. POSSE. TRANSMUDAÇÃO. POSSIBILIDADE. *ANIMUS DOMINI*. CARACTERIZAÇÃO. PROPRIEDADE. METADE. IMÓVEL. USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO.

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRAZO. CURSO DO PROCESSO. CONTESTAÇÃO. INTERRUPTÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se (i) falha a prestação jurisdicional; (ii) a aquisição de metade do imóvel usucapiendo caracteriza a propriedade de outro imóvel, impedindo o reconhecimento da usucapião constitucional; (iii) o ajuizamento de ação cautelar de vistoria pode ser considerada como oposição à posse, impedindo o reconhecimento da usucapião extraordinária e (iv) o caráter original da posse pode ser transmutado na hipótese dos autos.
3. O fato de os possuidores serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo não recai na vedação de não possuir “outro imóvel” urbano, contida no artigo 1.240 do Código Civil.
4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser admissível a usucapião de bem em condomínio, desde que o condômino exerça a posse do bem com exclusividade.
5. A posse exercida pelo locatário pode se transmutar em posse com animus domini na hipótese em que ocorrer substancial alteração da situação fática.
6. Na hipótese, os possuidores (i) permaneceram no imóvel por mais de 30 (trinta) anos, sem contrato de locação regular e sem efetuar o pagamento de aluguel, (ii) realizaram benfeitorias, (iii) tornaram-se proprietários da metade do apartamento, e (iv) adimpliram todas as taxas e tributos, inclusive taxas extraordinárias de condomínio, comportando-se como proprietários exclusivos do bem.
7. É possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva ainda que o prazo exigido por lei se complete apenas no curso da ação de usucapião. Precedentes.
8. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.
9. Recurso especial conhecido e provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por GERARD ANDRES FISCHGOLD e Outra, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a”, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“USUCAPIÃO - TENDO OS RÉUS DEMONSTRADO A PRÁTICA DE ATOS EM BUSCA DA SALVAGUARDA DE SUA PROPRIEDADE, ALÉM DE INCOMPROVADOS OS REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DO BEM, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 1.238, 1.240 E 1.242, TODOS DO CÓDIGO CIVIL, NÃO HÁ QUE SE COGITAR DE INTERVERSÃO DA POSSE, DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO, NO QUAL FIGURAM AUTORES E RÉUS, RESPECTIVAMENTE, COMO LOCATÁRIOS E LOCADORES - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE MANTÉM - DESPROVIMENTO DO RECURSO” (fl. 728, e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 753/755, e-STJ).

No recurso especial, os recorrentes apontam violação dos seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

(i) artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil – porque se estabeleceram no apartamento, utilizando-o como moradia habitual desde 1984, sem nunca manter nenhum tipo de contato com os recorridos, salvo uma citação em ação cautelar de vistoria proposta em 1991 e abandonada em 1992, a qual não pode ser considerada como oposição à sua posse. Ressaltam que buscavam, com a ação cautelar, apenas vistoriar o imóvel para antecipar provas para ações futuras que jamais foram propostas. Acrescentam, ainda, ser possível a alteração do caráter originário da posse, inclusive em casos de vínculo locatício, afirmando:

“(...) Ora, como vincular indefinidamente a natureza da posse dos Recorrentes a um contrato locatício de 12 meses, assinado em 1983, se há 35 anos nele residem no imóvel sem pagamento de aluguéis e arcam com todos os custos de conservação do bem?” (fl. 782, e-STJ).

(ii) artigo 493 do Código de Processo Civil de 2015 - porque abandonada a medida cautelar em 1992, ou caso se considere como última tentativa de contato em 1996, como fez o acórdão guerreado, o fato é que os recorridos apenas ingressaram nos presentes autos em 2010, com o que se completou, no curso do processo, o prazo para a usucapião;

(iii) artigo 1.240 do Código Civil - porque não passaram a ser proprietários de outro imóvel mas, sim, registraram a arrematação de 50% (cinquenta por cento) do próprio apartamento objeto da lide. Asseveram que, nos termos da lei, ser proprietário de outro imóvel significa ser proprietário de um segundo imóvel e não de parte do próprio apartamento que se pretende usucapir, como entendeu a Corte recorrida. Destacam que o apartamento é um bem indivisível, o que reforça a impossibilidade de ser considerado com um segundo imóvel. Ademais, fazem menção ao artigo 1.040-A do Código Civil como vetor interpretativo, e

(iv) artigos 489, § 1º, incisos IV e VI, 1.022, incisos I e II, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015 - porque o Tribunal de origem negou provimento a seu apelo sem considerar a maior parte dos elementos constantes dos autos, rejeitando a usucapião com fundamento apenas no depoimento pessoal do primeiro recorrido, sem esclarecer quais foram os atos de defesa praticados pelos réus até o ano de 1996, além de não ter se manifestado quanto ao cumprimento do prazo da prescrição aquisitiva no curso do processo, bem como acerca da possibilidade de interversão da posse e dos efeitos da revelia.

Requerem o provimento do recurso especial para que seja reconhecida a usucapião extraordinária em seu favor, ou a usucapião especial, e, subsidiariamente, que seja anulado o acórdão recorrido diante da negativa de prestação jurisdicional.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 803, e-STJ).

O recurso foi inadmitido na origem (fls. 811/819, e-STJ), tendo sido determinada sua reautuação pela decisão de fls. 918/919 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a definir se (i) falha a prestação jurisdicional; (ii) a aquisição de metade do imóvel usucapiendo caracteriza a propriedade de outro imóvel, impedindo o reconhecimento da usucapião constitucional; (iii) o ajuizamento de ação cautelar de vistoria pode ser considerada como oposição à posse, impedindo o reconhecimento da usucapião extraordinária e (iv) o caráter original da posse, na hipótese dos autos, pode ser transmudado.

1. Breve histórico

Colhe-se dos autos que os recorrentes, Gerard Andres Fischgold e Maria Cristina Fischgold ajuizaram a presente ação de usucapião urbana contra Getúlio Costa da Silva e Elza Maria da Silva em 3.12.2003, alegando estarem há mais de 5 (cinco) anos na posse mansa e pacífica do imóvel situado na Rua Marquês de São Vicente, nº 324, apartamento 101, bloco 2, na comarca do Rio de Janeiro, destacando preencherem todos os requisitos do artigo 1.240 do Código Civil.

Relatam que há mais de 10 (dez) anos pagam todos os tributos e despesas condominiais, ordinárias e extraordinárias, incidentes sobre o bem, esclarecendo, também, que adquiriram metade do imóvel em hasta pública, com o que também preencheriam os requisitos do artigo 1.242 do Código Civil.

Expedidos ofícios a vários órgãos, não foi possível localizar o endereço dos réus que, citados por edital, não compareceram aos autos, sendo decretada sua revelia (fl. 345, e-STJ).

Em 22.3.2010 os réus compareceram aos autos (fls. 358/360), afirmando a impossibilidade jurídica do pedido, por serem os autores proprietários de metade do imóvel, além de afirmarem que

“(…) Idosos e sem condições de permanecerem neste estado do Rio de Janeiro os demandados e os réus acordaram que estes residiriam no imóvel, contudo se responsabilizariam pelo pagamento total dos débitos carreados pelo uso do imóvel e seus tributos, em vez de pagar os aluguéis correspondentes à metade do imóvel. E que oportunamente, ambas as partes em melhores condições financeiras tratariam da extinção do condomínio. Dessa forma combinados com os Autores, o casal passou a residir no estado de Pernambuco, porém, jamais perderam o contacto (sic) com os ora demandantes, mantendo-se informados da regularidade da situação do

imóvel, e assim, confiavam, eis que afinal, os arrematantes, residentes garantiam aos réus a normalidade e a manutenção do acordo”.

O pedido foi julgado improcedente sob o fundamento da impossibilidade de ser usucapido imóvel por coproprietário que se encontre em condomínio pro indiviso (sentença de fls. 383/386, e-STJ).

A apelação interposta pelos autores, ora recorrentes, foi provida para determinar a anulação da sentença e o prosseguimento do feito, sob entendimento de que é possível ao condômino usucapir desde que prove exercer a posse exclusiva sobre o imóvel. Ademais, foi afastada a revelia, diante da contestação do curador especial, determinando-se a abertura de prazo para a especificação de provas (fls. 437/441, eSTJ).

Realizada a oitiva de testemunhas de ambas as partes, foram juntados documentos.

Em sequência, veio a sentença, julgando (i) extinto o feito sem resolução de mérito quanto ao pedido de usucapião da parte do imóvel pertencente aos autores por perda superveniente de interesse e (ii) improcedente o pedido de usucapião da parte do imóvel pertencente aos réus.

A apelação interposta pelos ora recorrentes não foi provida, sobrevindo o recurso especial.

2. Da violação dos artigos 489, § 1º, incisos IV e VI, 1.022, incisos I e II, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015

Da atenta leitura do aresto recorrido é possível extrair os elementos necessários ao julgamento do presente recurso especial, de modo que resta prejudicado o pedido de análise subsidiária da violação dos artigos 489, § 1º, incisos IV e VI, 1.022, incisos I e II, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015.

3. Da violação do artigo 1.240 do Código Civil

A usucapião constitucional ou especial urbana apresenta os seguintes requisitos para o seu reconhecimento: (i) área urbana não superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados); (ii) posse mansa e pacífica de 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, com animus domini; (iii) imóvel utilizado como moradia do possuidor ou de sua família, e (iv) o possuidor não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, não lhe tendo sido deferida a usucapião especial urbana em outra ocasião.

Na hipótese dos autos, a Corte de origem entendeu que os recorrentes não cumpriram um dos requisitos para a aquisição da propriedade com fundamento na usucapião constitucional, qual seja, não possuir outro imóvel urbano. Isso porque eles seriam proprietários da outra metade do imóvel que pretendem usucapir.

Eis os termos do acórdão:

“(...) Delineados os limites da ação proposta, denota-se que houve a perda superveniente do interesse de agir quanto à pretensão de usucapir a meação do imóvel adquirido em hasta pública, porquanto, no curso da lide, lograram os Autores registrar a carta de arrematação - Index 487, fls. 425/430 -, acarretando, por via transversa a impossibilidade de declaração da aquisição do domínio da área usucapienda, concernente à meação da segunda ré, com esteio na usucapião constitucional, por lhes faltar um dos requisitos legais, qual seja, não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano - artigo 1240 do Código Civil” (fl. 730, e-STJ - grifou-se).

Quanto ao ponto, vale esclarecer que os autores, ora recorrentes, enquanto residiam no imóvel, adquiriram 50% (cinquenta por cento) de sua propriedade em hasta pública, no ano de 1984. Tiveram dificuldade para registrar a carta de arrematação diante da existência de gravames na matrícula, ainda que prescritos, motivo pelo qual ingressaram com o pedido de declaração de propriedade da totalidade do imóvel.

Durante a tramitação do feito, conseguiram registrar a carta de arrematação, de modo que desapareceu o interesse processual no que diz respeito à metade do imóvel adquirida em leilão.

A controvérsia, portanto, gira em torno de definir se o fato de os recorrentes serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo corresponde a possuir “outro imóvel” urbano, faltando-lhes um dos requisitos do artigo 1.240 do Código Civil.

Como enfatiza Arnaldo Rizzardo, os constituintes, ao delinearem a usucapião especial urbana, tinham como preocupação contemplar as pessoas sem moradia própria, daí a exigência de não ser proprietário de outro imóvel. (Direito das Coisas. RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Ebook. 9788530990886. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990886/>. Acesso em: 31 ago. 2022).

Sob essa perspectiva, o fato de os recorrentes serem proprietários da metade ideal do imóvel que pretendem usucapir não parece constituir o impedimento de que trata o art. 1.240 do Código Civil, pois não possuem moradia própria, já que eventualmente teriam que remunerar o co-proprietário para usufruir com exclusividade do bem.

Vale destacar, no ponto, que o legislador criou a chamada usucapião familiar entre ex-cônjuges e ex-companheiros (art. 1.240-A do Código Civil), cujo reconhecimento também exige que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Comentando referida norma, explica Francisco Eduardo Loureiro:

“(...) O preceito diz que o usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Evidente que a propriedade da metade ideal do próprio imóvel usucapiendo não compromete o pedido, caso contrário a norma seria inoperante. A expressão ‘outro’ indica propriedade de um segundo imóvel, além daquele cuja metade se pretende usucapir”

(Peluso, Cezar. Coord. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 16ª ed. Editora Manole, 2022 - grifou-se)

Cumpra assinalar, ademais, que é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser admissível a usucapião de bem em condomínio, desde que o condômino exerça a posse do bem com exclusividade.

Confiram-se:

“DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. CONDOMÍNIO. POSSE. USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. TRIBUNAL A QUO CONCLUIU PELA PRECARIÉDADA DA POSSE ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. MERA PERMISSÃO DOS COPROPRIETÁRIOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **“O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários”** (REsp 668.131/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/8/2010, DJe de 14/9/2010).

2. O Tribunal de origem, ao analisar os elementos informativos do processo, concluiu que a autora exercia posse precária e sem animus domini sobre o bem cujo reconhecimento de usucapião se buscava, uma vez que decorrente de atos de mera permissão dos demais coproprietários.

3. No caso, a pretensão de alterar esse entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto, demandaria revolvimento de matéria fática probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

4. *Agravo interno a que se nega provimento.*” (AgInt no REsp n. 1.787.720/CE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 3/11/2021 - grifou-se)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. LIMITES DO PEDIDO. INTERPRETAÇÃO LÓGICA E SISTEMÁTICA. FUNDAMENTO LEGAL DIVERSO DO INDICADO PELA PARTE. POSSIBILIDADE. IURA NOVIT CURIA. BEM EM CONDOMÍNIO. POSSE EXCLUSIVA. USUCAPIÃO. ADMISSIBILIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. *Aplica-se o NCPC a este recurso 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. *Não ocorre julgamento extra petita quando a decisão é proferida nos limites do pedido formulado pela parte, devendo o pedido ser interpretado de forma lógica e sistemática, a partir de ampla e detida análise dos fatos pelo juiz. Precedentes.*

3. *Diante dos fundamentos da causa, o magistrado pode motivar sua decisão em fundamento legal diverso do indicado pela parte, considerando a premissa iura novit curia, sem que se configure julgamento extra petita. Precedente.*

4. **Admite-se a usucapião de bem em condomínio quando um condômino exerce posse exclusiva do imóvel, sem oposição do outro. Precedentes.**

5. *A questão da má-fé da agravada não foi suscitada no recurso especial, inviabilizando que seja levantada em agravo interno, por configurar inovação recursal.*

6. *Agravo interno não provido.*”

(AgInt no AREsp n. 1.472.974/RS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/2/2020, DJe de 19/2/2020 - grifou-se)

No caso dos autos, vale lembrar que transitou em julgado a decisão proferida em apelação que entendeu pela possibilidade da usucapião por coproprietário de imóvel que exerça a posse exclusiva do bem. Transcreve-se o seguinte trecho da decisão proferida na apelação:

“(…)

A sentença recorrida fundamenta seu entendimento em julgado do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, publicado em 29/07/2005, todavia, em consulta ao site do Superior Tribunal de Justiça, encontramos posicionamento mais recente em sentido totalmente contrário, tal como citado na peça de apelo.

Nas palavras do Ministro Sidney Beneti, a Corte Superior ‘firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel’ (AgRg no Ag 731971/MS - Órgão Julgador - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 23/09/2008).

Seguindo a mesma linha:

(…)

Portanto, diante do entendimento acima exposto, revela-se prematura a extinção do feito sem o devido exame de mérito” (fls. 439/440, e-STJ - grifou-se).

Diante disso, parece esbarrar na coisa julgada a conclusão de que os recorrentes não poderiam ver reconhecida a usucapião constitucional por serem proprietários da metade do imóvel, em outras palavras, por serem condôminos juntamente com os recorridos.

Superada essa questão, mostra-se necessário verificar a natureza da posse exercida pelos recorrentes.

Com efeito, é fato incontroverso que os recorrentes firmaram contrato de locação com os recorridos em 1983, tendo ingressado na posse do imóvel como locatários. No ano seguinte, adquiriram metade do imóvel em hasta pública, sendo que a última providência dos recorridos para salvaguardar seu patrimônio remontaria a 1996, conforme se extrai do seguinte excerto do aresto recorrido:

“(…) por ter o primeiro Autor afirmado, em seu depoimento pessoal, que passara a ocupar o imóvel, de propriedade dos Réus, em 1983, na condição de locatário e antes da arrematação da metade do imóvel - Index 476 -, cujo contrato por ele firmado com a segunda Ré se encontra às fls. 514/517 - Index 564 -, fato esse não ventilado na exordial, o que lhe conferia a posse direta sobre o imóvel, mas não como animus domini, sendo certo que a posterior arrematação de parte do imóvel não teve o condão de rescindir o contrato de locação, mas apenas de restringir o seu objeto à outra metade do bem. Some-se a isso a circunstância de a segunda

*Ré ter comprovado que sempre esteve em busca da defesa de seu patrimônio ao ajuizar, nos idos de 1991, ação cautelar de vistoria ad perpetuum em desfavor do primeiro Autor - Index 564, fls. 500/502 -, na qual postulava vistoriar o imóvel, na qualidade de locadora, sob o argumento que, desde 1983, não tinha acesso às dependências do imóvel, que estava guarnecido de armários e eletrodomésticos, daí porque se fazia necessária a inspeção para verificação e arbitramento de eventuais danos causados. O primeiro autora, regularmente citado na mencionada demanda, reconheceu, inclusive, que contra si a segunda Ré também já havia distribuído ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e encargos - Index 564, fls. 526, item -2 -, o que reforça, como já dito, a intenção da meeira em salvaguardar o seu patrimônio, ainda que manifestada de forma equivocada, ou seja, sobre a totalidade do imóvel, tendo em vista que ambos, requerente e requerido, à época, já haviam se tornado coproprietários do bem. (...) Neste contexto, evidenciado que os Réus não abandonaram o imóvel, **não se vislumbra a intersversão da posse**, cabendo ponderar, por fim, a inaplicabilidade do artigo 1238 do Código Civil à hipótese, considerando-se que, nos termos do depoimento pessoal prestado pelo primeiro Réu, Index 478 -, em consonância com a prova produzida, concernente à data de propositura da medida cautelar de vistoria, que tramitara, ao menos, até o ano de 1992, revela-se consentânea e lógica a sua afirmativa de que **até o ano de 1996 praticara atos de defesa de sua propriedade** (...)” (fls. 730/731, e-STJ - grifou-se)*

A conclusão de que não ocorreu a intersversão da posse diante desses fatos não parece correta.

No caso em análise, a situação fática alterou-se substancialmente desde o início da posse. Em um primeiro momento, é certo que a posse era exercida pelos recorrentes na qualidade de locatários, que firmaram com os recorridos, em 1983, contrato de locação pelo prazo de 12 (doze) meses. Porém, no caso, não é possível concluir que o contrato de locação por prazo determinado foi prorrogado, como fez a Corte local.

Nos termos do artigo 46, §1º, da Lei nº 8.245/1991, na hipótese de prorrogação da locação por prazo determinado, o prazo passa a ser indeterminado, sendo mantidas as demais cláusulas e condições do contrato (art. 46, § 1º, da Lei nº 8.245/1991).

No caso em apreço, porém, o próprio objeto da locação se alterou, já que se restringiu à metade do imóvel, o que determinaria, ainda, a redução do valor da locação, indicando que não se pode falar propriamente em prorrogação do contrato de locação.

Acrescenta-se que, a signatária do contrato de locação, administradora do bem, teve sua insolvência decretada, com consequente cessação do mandato (art. 682, III, do CC). Apesar disso, os locadores não se preocuparam em constituir outro mandatário, não sendo possível, da leitura do instrumento, nem sequer identificar quem eram os proprietários.

Transcreve-se, no ponto, trecho do bem lançado parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

“(…)

Conforme consta da cópia do referido contrato, o mesmo foi firmado no ano de 1983, no dia 20 de maio (fls. 514/519; Indexador 000564).

Ocorre que em 1984, a administradora do bem, Sóbria Administração Ltda., teve contra si distribuída uma ação de insolvência nº 1984.001.505817-69 (nº 0017591-32.1984.8.19.0001) em 16/08/1984 que tramitou no Juízo da 06ª Vara Empresarial da Capital, com sentença de mérito em 25/05/2005.

Houve a efetiva baixa em sua inscrição junto ao Ministério da Fazenda em fevereiro de 2015 (fl. 553; indexador 0000617).

A insolvência da administradora do bem imóvel, de certo, acarretou o fechamento de seu único ponto comercial, então situado no Largo do Machado, nº 29, Ed. Condor, nesta cidade do Rio de Janeiro, comprometendo, inequivocamente, a administração do bem objeto da lide, dentre todos os outros componentes de sua carteira.

Neste exato momento, ou seja, **com a instauração do processo de insolvência em agosto de 1984, apenas 15 (quinze meses) após o contrato de locação firmado com o autor/apelante, o repasse dos aluguéis já estava comprometido**, isto porque, conforme consta da cláusula “4. DOS PRAZOS DE PAGAMENTO:”, no contrato de locação, o aluguel seria pago exclusivamente na sede da administradora insolvente, confira-se:

‘4. DOS PRAZOS DE PAGAMENTO:

0(A) LOCATÁRIO(A) pagará o aluguel até o dia 05 (cinco) de cada mês, seguinte ao vencido, no escritório de sua procuradora, sito no Largo do Machado nº 29, grupos 1022 a 1023 nesta cidade, ou em qualquer outro local indicado pelo(a) LOCADOR(A).’(fl.514; indexador 0000564)

‘De sua procuradora”, leia-se, da procuradora da LOCADORA do bem, ora 2ª ré/apelada, eis que o locatário não era representado pela administradora insolvente. Cumpre registrar, ainda, que em todo o contrato não há qualquer descrição do endereço ou quaisquer outros contatos da LOCADORA Elza Maria do Amaral da Silva (02ª ré/apelada) ou seu marido Getúlio Costa da Silva (01º réu/apelado), tendo o contrato sido firmado por mandatário da locadora e não por esta.

Assim, a insolvência da empresa Sóbria Administração Ltda., no ano de 1984, acarretou, de uma só vez:

1. A ausência da administração do bem pela empresa, rememorando-se que o contrato foi assinado por representante desta e não pelos locadores;

2. problemas quanto à representação da locadora pelo mandatário, pois certamente o instrumento de mandato era específico no sentido da administração do bem imóvel pela empresa insolvente, o que não mais seria possível (não há nos autos comprovante da regularização do mandato ou nova outorga de poderes a terceiros);

3. a interrupção dos repasses dos aluguéis, uma vez que a sede não mais funcionava, e lá deveriam ser aqueles pagos, conforme disposto no contrato;

4. a impossibilidade de repasse dos aluguéis aos proprietários (locadores), eis que sequer havia endereço ou número de telefone destes no instrumento do contrato, conforme comprovam as cópias;

A intervenção unilateral do caráter da posse, apenas pelos fatos já descritos, já se configura” (fls. 712/713, e-STJ - grifou-se).

Ademais, os recorrentes adquiriram metade do imóvel, adimpliram com todas as taxas e tributos incidentes sobre ele, realizaram benfeitorias, agindo como proprietários exclusivos, como destaca o ilustre representante do Parquet em segundo grau:

“(…)

Todo o exposto, aliado à presença ostensiva dos autores no imóvel desde o ano de 1983, utilizando-o como sua residência e dele cuidando, com o devido pagamento de taxas e tributos, contribuindo para a sua melhoria, faz prova do elemento essencial à intervenção unilateral da posse, a manifestação externa inequívoca do animus domini” (fl. 714, e-STJ).

Assim, tendo os recorrentes (i) permanecido no imóvel durante ao menos 30 (trinta) anos, de 1984 até 2003, data da propositura da ação, sem contrato de locação regular, (ii) sem ter pago alugueres, (iii) tendo realizado benfeitorias, (iv) tendo se tornado proprietários da metade do apartamento, (v) adimplido com todas as taxas e tributos, inclusive taxas extraordinárias de condomínio, não há como afastar a hipótese de transmutação da posse, que passou a ser exercida com animus domini.

A propósito:

*“CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. MUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. O usucapião extraordinário - art. 55, CC - reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com animus domini; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção juris et de jure de boa-fé e justo título, “que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência”. E, **segundo o ensinamento da melhor doutrina, “nada impede que o caráter originário da posse se modifique”, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem. Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra “c” do permissivo constitucional, e provido.”** (REsp n. 154.733/DF, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5/12/2000, DJ de 19/3/2001 - grifou-se)*

“USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PROMESSA DE VENDA E COMPRA. TRANSMUTAÇÃO DA POSSE, DE NÃO PRÓPRIA PARA PRÓPRIA. ADMISSIBILIDADE.

*“O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, em princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, **uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria** (REsp nº 220.200-SP).*

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 143.976/GO, relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 6/4/2004, DJ de 14/6/2004 - grifou-se)

“RECURSO ESPECIAL - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA - INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS QUE JULGARAM IMPROCEDENTE OS PEDIDOS - POSSE AD USUCAPIONEM E POSSE PRECÁRIA - TRANSMUTAÇÃO DA SUA NATUREZA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE - INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA SUBSTANCIAL ENTRE A AQUISIÇÃO DA POSSE E O SEU EXERCÍCIO - CONTRATO DE COMODATO - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Hipótese: A presente controvérsia consiste em aferir se, para fins de usucapião extraordinário, a posse originariamente precária pode transmutar-se a dar ensejo àquela exercida com animus domini.

1. Tanto sobre a égide do Código anterior, quanto do atual, os únicos requisitos exigidos para a aquisição da propriedade por usucapião extraordinário são a posse *ad usucapionem* e o prazo previsto em lei.

2. Para fins de aquisição da propriedade por usucapião admite-se tanto a *accessio possessionis*, quanto a *successio possessionis*.

3. No caso dos autos, verifica-se que mesmo com a morte da primeira posseira, não houve alteração fática substancial a ponto de conduzir à transmutação da posse por ela exercida, já que durante todo o tempo a relação jurídica estabelecida entre as partes foi regida pelo comodato, primeiro verbal, depois escrito. **Nas hipóteses em que a alteração fática autorizar, admite-se a transmutação da natureza da posse para fins de configuração de usucapião**, todavia, tal não ocorreu na espécie, em que a posse originariamente adquirida em caráter precário, assim permaneceu durante todo o seu exercício.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.552.548/MS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 14/12/2016 - grifou-se)

“DIREITOS REAIS. RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IGREJA. TEMPLO. PASTOR QUE SE DESFILIA DOS QUADROS DE OBREIROS DA RELIGIÃO. TRANSMUDAÇÃO DA DETENÇÃO EM POSSE. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. ESBULHO. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMODATO. SÚM 7/STJ. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA

1. “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. (Código Civil, art. 1.198)

2. Na hipótese, o réu foi ordenado e designado para atuar na Comunidade Evangélica de Cachoerinha, na condição de pastor da IECLB, e justamente nessa qualidade é que se vinculava ao patrimônio da Igreja; isto é, exercia o controle sobre o imóvel em nome de outrem a quem estava subordinado, caracterizando-se como fâmulos da posse.

3. A partir do momento em que pleiteou o seu desligamento do quadro de pastores, continuando nas dependências do templo, deixando de seguir as ordens do legítimo possuidor, houve a transmutação de sua detenção em posse, justamente em razão da modificação nas circunstâncias de fato que vinculavam a sua pessoa à coisa. Assim, perdendo a condição de detentor e deixando de restituir o bem, exercendo a posse de forma contrária aos ditames do proprietário e possuidor originário, passou a cometer o ilícito possessório do esbulho, sobretudo ao privá-lo do poder de fato sobre o imóvel.

4. Desde quando se desligou da instituição recorrida, rompendo sua subordinação e convertendo a sua detenção em posse, fez-se possível, em tese, a contagem do prazo para fins da usucapião - **diante da mudança da natureza jurídica de sua apreensão. Precedente.**

5. Compulsando os autos, verifica-se que o recorrente solicitou o seu desligamento do quadro geral de obreiros da IECLB em 15 de julho de 2005, ficando afastada por completo qualquer pretensão de reconhecimento da usucapião extraordinária (CC, art. 1.238), como requerido em seu especial, haja vista a exigência do prazo mínimo de 15 (quinze) anos para tanto.

6. Recurso especial desprovido.”

(REsp n. 1.188.937/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/3/2014, DJe de 2/4/2014 - grifou-se)

Desse modo, consumado o prazo da usucapião constitucional, estando presentes os demais

requisitos do artigo 1.240 do Código Civil, deve ser declarada a propriedade dos recorrentes sobre a integralidade do imóvel.

4. Da violação dos artigos 1.238, parágrafo único, do Código Civil e 493 do Código de Processo Civil de 2015

Afirmam os recorrentes que também estaria consumado, na hipótese, o prazo da usucapião extraordinária.

Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, é possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva ainda que o prazo exigido por lei se complete apenas no curso da ação de usucapião, conforme se verifica do seguinte precedente:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO CC/16, DADA A APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DISPOSTA NO ART. 2.028 DO CC/02. VINTE ANOS. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO QUE SE IMPLEMENTA NO CURSO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 10/02/2010. Recurso especial concluso ao gabinete em 31/01/2018. Julgamento: CPC/2015.

2. Ação de usucapião extraordinária.

3. O propósito recursal é definir se é possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se implementa no curso da ação de usucapião.

4. O prazo da prescrição aquisitiva da propriedade aplicável à espécie não é o de 15 (quinze) anos previsto no art. 1.238 do CC/02 para a usucapião extraordinária, mas sim o de 20 (vinte) anos previsto no art. 550 do CC/16 para o mesmo fim, dada a aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do novo Código Civil.

5. O julgador deve sentenciar o processo tomando por base o estado em que o mesmo se encontra, recepcionando, se for o caso, fato constitutivo que se implementou supervenientemente ao ajuizamento da ação. É dizer: a prestação jurisdicional deve ser concedida de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença.

*6. É plenamente possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso da ação de usucapião, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes. *Precedentes.**

7. Recurso especial conhecido e provido”

(REsp n. 1.720.288/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 29/5/2020)

De acordo com o aresto recorrido, a última tentativa de defesa da posse pelos recorridos teria ocorrido em 1996:

(...)

nos termos do depoimento pessoal prestado pelo primeiro RéuIndex 478-, em consonância com a prova produzida, concernente à data de propositura da medida cautelar de vistoria, que tramitara, ao menos, até o ano de 1992, revela-se consentânea e lógica a sua afirmativa de que até o ano de 1996 praticara atos de defesa da sua propriedade, e à vista da propositura da presente ação em 2003, além da expressa oposição à posse, sequer decorreu o prazo decenal previsto em seu parágrafo único, não tendo, portanto, como prosperar a pretensão autoral, ora reiterada” (fl. 731, e-STJ - grifou-se).

Mesmo sendo questionável a eficácia de simples tentativa de contato como fato interruptivo da prescrição, ainda assim a usucapião extraordinária estaria configurada na hipótese.

Com efeito, iniciado o prazo em 1996, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não havia transcorrido metade do prazo de 20 (vinte) anos previsto no Código de 1916 para a usucapião extraordinária.

Diante disso, seria aplicável à hipótese o novo prazo decenal do artigo 1.238, parágrafo único, do CC, contado da entrada em vigor do referido diploma, isto é, 11.1.2003. Assim, o prazo da usucapião extraordinária estaria consumado em 11.1.2013, antes de proferida a sentença na presente ação.

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 1.238, CAPUT, DO CC. PRESCRIÇÃO QUINZENAL. TERMO INICIAL. ART. 2.028 DO CC. ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO. SÚMULAS Nº 7 E 83/STJ.

- 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.*
- 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de redução de prazo de prescrição, inclusive os aquisitivos, se na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não havia decorrido mais da metade do tempo previsto na lei revogada, aplica-se o novo prazo, a contar da entrada em vigor do referido diploma, isto é, 11.1.2003. Precedentes.*
- 3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).*
- 4. Agravo interno a que se nega provimento.”*

(AgInt no AREsp n. 952.068/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 2/12/2019.)

Vale lembrar que o comparecimento dos recorridos aos autos em 2010, com o oferecimento de contestação, não interrompeu a contagem o prazo da prescrição aquisitiva, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO. IMPLEMENTAÇÃO. CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE.

FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC/1973. CONTESTAÇÃO. INTERRUÇÃO DA POSSE. INEXISTÊNCIA. ASSISTENTE SIMPLES. ART. 50 DO CPC/1973.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda.
3. A decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido. Precedentes.
4. O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493 do CPC/2015).
5. **A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.**
6. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si. Precedentes.
7. Na hipótese, havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença e sendo reconhecido pelo tribunal de origem que estão presentes todos os demais requisitos da usucapião, deve ser julgado procedente o pedido autoral.
8. O assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, não podendo requerer a produção de provas e a reabertura da fase instrutória nesta via recursal (art. 50 do CPC/1973). Precedente.
9. Recurso especial provido.”

(REsp n. 1.361.226/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 9/8/2018 - grifou-se)

“DIREITOS REAIS E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. USUCAPIÃO. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL FIRMADO ENTRE EXTINTA FUNDAÇÃO PÚBLICA E A AUTORA. ANIMUS DOMINI. MOLDURA FÁTICA PECULIAR QUE IMPOSSIBILITA A APURAÇÃO ACERCA DA SUA EXISTÊNCIA. RESISTÊNCIA À POSSE PELO PROPRIETÁRIO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. DECLARAÇÃO DA USUCAPIÃO OCORRIDA NO TRANSCURSO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O caso é bastante peculiar, pois, em que pese o réu sustentar não ter havido animus domini, já que a posse era subordinada à da fundação pública, contraditoriamente, reconhece que houve “notificação judicial em 1987, interrompendo o prazo prescricional” dirigida, não à Fundação Pública, mas à genitora da recorrente e que, mesmo cientificada acerca da propriedade do demandado sobre a área, a usucapiante continuou se submetendo à pactuação firmada com a Fundação Pública.
2. Ademais, se a Fundação Pública tivesse exercido posse própria, dado ao decurso do tempo, a área seria pública, ora pertencente ao Distrito Federal, como sucessor em direitos e obrigações daquela Fundação, todavia, por reiteradas vezes, aquele ente federado manifestou seu desinteresse na presente lide, conforme consta da sentença.
3. Como a usucapiante opôs resistência à posse do proprietário, passou a fluir o prazo para reconhecimento do usucapião. Por isso, considerar não ter havido posse com animus domini, nem mesmo com a ciência formal de quem era o proprietário, aliada à resistência oferecida a esse, significaria conferir a contrato eivado de vício efeito que nem mesmo um negócio jurídico hígido teria.

4. A contestação oferecida na ação de usucapião não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva, sendo incontroverso que a resistência oposta limitou-se ao protesto, efetuado em fevereiro de 1987, tendo a ação reivindicatória sido ajuizada apenas em maio de 2009. Portanto, cabe, tendo em vista o disposto no artigo 462 do Código de Processo Civil, o reconhecimento e declaração da usucapião ocorrida durante a tramitação do processo.

5. Recurso especial parcialmente provido.”

(REsp n. 1.210.396/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/4/2012, DJe de 19/6/2012 - grifou-se)

Assim, também por esse ângulo estaria configurada a usucapião.

5. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para declarar a usucapião em favor dos recorrentes.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0300693-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.909.276/RJ Números Origem: 01404577520038190001
20030011464129 201825122324

PAUTA: 27/09/2022

JULGADO: 27/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: GERARD ANDRES FISCHGOLD

RECORRENTE: MARIA CRISTINA FISCHGOLD

ADVOGADOS: BRUNO FISCHGOLD - DF024133

BRUNA CAVALCANTE DRUBI BURGER - RJ138185

RECORRIDO: GETULIO COSTA DA SILVA

RECORRIDO: ELZA MARIA AMARAL VIEIRA DA SILVA

ADVOGADO: CARLOS AUGUSTO BARBOSA CONCEICAO - MA013874

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Aquisição - Usucapião Especial (Constitucional)

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. LARISSA BENEVIDES GADELHA, pela parte RECORRENTE: GERARD ANDRES FISCHGOLD

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.896.526 - DF (2020/0118931-6)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR: RODRIGO ALVES CHAVES - DF015241

RECORRIDO: NEIDE RIBEIRO DE SOUSA

RECORRIDO: LARISSA RIBEIRO DE SOUSA E SILVA RECORRIDO: FABIANA PIRES DE SOUSA

RECORRIDO: GABRIEL RIBEIRO DE SOUSA E SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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

PROCURADOR: LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN E OUTRO(S) - RS049394

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR: PEDRO LUIZ TIZIOTTI E OUTRO(S) - DF035038

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO - DEFENSOR PÚBLICO - AM007593

ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA - MG065071

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS E DIREITOS - ITCMD. ARROLAMENTO SUMÁRIO. ART. 659, CAPUT, E § 2º DO CPC/2015. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA OU DA ADJUDICAÇÃO. EXPEDIÇÃO DOS TÍTULOS TRANSLATIVOS DE DOMÍNIO. RECOLHIMENTO PRÉVIO DA EXAÇÃO. DESNECESSIDADE. PAGAMENTO ANTECIPADO DOS TRIBUTOS RELATIVOS AOS BENS E ÀS RENDAS DO ESPÓLIO. OBRIGATORIEDADE. ART. 192 DO CTN.

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. Aplica-se, no caso, o Estatuto Processual Civil de 2015.

II – O CPC/2015, ao disciplinar o arrolamento sumário, transferiu para a esfera administrativa as questões atinentes ao imposto de transmissão *causa mortis*, evidenciando que a opção legislativa atual prioriza

a agilidade da partilha amigável, ao focar, teleologicamente, na simplificação e na flexibilização dos procedimentos envolvendo o tributo, alinhada com a celeridade e a efetividade, e em harmonia com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

III – O art. 659, § 2º, do CPC/2015, com o escopo de resgatar a essência simplificada do arrolamento sumário, remeteu para fora da partilha amigável as questões relativas ao *ITCMD*, cometendo à esfera administrativa fiscal o lançamento e a cobrança do tributo

IV – Tal proceder nada diz com a incidência do imposto, porquanto não se trata de isenção, mas apenas de postergar a apuração e o seu lançamento para depois do encerramento do processo judicial, acautelando-se, todavia, os interesses fazendários – e, por conseguinte, do crédito tributário –, considerando que o Fisco deverá ser devidamente intimado pelo juízo para tais providências, além de lhe assistir o direito de discordar dos valores atribuídos aos bens do espólio pelos herdeiros.

V – Permanece válida, contudo, a obrigatoriedade de se comprovar o pagamento dos tributos que recaem especificamente sobre os bens e rendas do espólio como condição para homologar a partilha ou a adjudicação, conforme determina o art. 192 do CTN.

VI – Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixando-se, nos termos no art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva: **No arrolamento sumário, a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como a expedição do formal de partilha e da carta de adjudicação, não se condicionam ao prévio recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, devendo ser comprovado, todavia, o pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, a teor dos arts. 659, § 2º, do CPC/2015 e 192 do CTN.**

VII – Recurso especial do Distrito Federal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial do Distrito Federal, fixando-se, nos termos do art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva no TEMA 1074: “No arrolamento sumário, a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como a expedição do formal de partilha e da carta de adjudicação, não se condicionam ao prévio recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, devendo ser comprovado, todavia, o pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, a teor dos arts. 659, § 2º, do CPC/2015 e 192 do CTN nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Dr. FLÁVIO JARDIM, pela parte RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

Dr. LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN, pela parte INTERES.: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Dr. RAFAEL SOUZA DE BARROS, pela parte INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2022 (Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.896.526 - DF (2020/0118931-6)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR: RODRIGO ALVES CHAVES - DF015241

RECORRIDO: NEIDE RIBEIRO DE SOUSA

RECORRIDO: LARISSA RIBEIRO DE SOUSA E SILVA RECORRIDO: FABIANA PIRES DE SOUSA

RECORRIDO: GABRIEL RIBEIRO DE SOUSA E SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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

PROCURADOR: LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN E OUTRO(S) - RS049394

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR: PEDRO LUIZ TIZIOTTI E OUTRO(S) - DF035038

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO - DEFENSOR PÚBLICO - AM007593

ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA - MG065071

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto pelo **DISTRITO FEDERAL** contra acórdão prolatado pela 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por unanimidade, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 147e):

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARROLAMENTO SUMÁRIO. PARTILHA AMIGÁVEL. HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA. PRÉVIA QUITAÇÃO. TRIBUTOS. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Código de Processo Civil de 2015 dispõe que, no caso de Arrolamento Sumário, a partilha amigável será homologada de plano pelo Juiz e, transitada em julgado a Sentença, serão expedidos os Alvarás referentes aos bens e rendas por ele abrangidos. Somente após, será o fisco intimado para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos, porventura incidentes.
2. Consoante entendimento jurisprudencial e doutrinário, não é necessária a prévia comprovação da quitação do ITCD - Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação e demais tributos eventualmente devidos pelo Espólio para que haja a homologação da partilha e a expedição do formal.
3. Não se trata de tratamento mais gravoso conferido à Fazenda Pública, pois, para a averbação do registro da Partilha no Cartório Imobiliário competente, é necessário o prévio recolhimento do imposto, consoante determina o artigo 143 da Lei de Registros Públicos.
4. Não procede a alegação de violação aos preceitos insertos na Constituição Federal em seu artigo 146, III, “b”, porquanto o Código de Processo Civil tão somente disciplinou o procedimento, sem afastar a incidência da legislação tributária em relação ao lançamento e à cobrança do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação.
5. Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 171/175e).

Com amparo no art. 105, III, a, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese:

– Arts. 192 do CTN, 31 da Lei n. 6.830/1980, 659, § 2º, 663, e 664, §§ 4º e 5º, do CPC/2015 – “[...] o disposto no art. 659, § 2º deve ser interpretado em consonância com o próprio art. 664, § 5º, do CPC, que exige a quitação prévia dos tributos como condição para encerramento do arrolamento. Ora, não se mostra lógico nem razoável que tal exigência se aplique ao arrolamento comum (que, em tese, envolve divergência entre os herdeiros e/ou interesse de incapazes), e seja dispensada justamente no arrolamento sumário, em que a partilha é amigável e as partes são maiores e capazes, o que, com mais razão, imporia a prévia quitação dos tributos incidentes sobre o espólio. Mais ainda, Colendo STJ: o v. acórdão recorrido submete a Fazenda Pública credora com crédito privilegiado nos termos do art. 192 do CTN e art. 31 da LEF a tratamento mais gravoso que os concedidos a qualquer credor quirografário, os quais, nos termos do art. 663 do CPC, possuem direito de ao menos terem reservados bens suficientes para o pagamento de seus créditos. [...] Ora, remeter a Fazenda Pública aos ‘meios próprios’ para a cobrança do imposto de transmissão e de outros tributos eventualmente devidos pelo espólio implica, na maioria das vezes, o ajuizamento de uma ou mais execuções fiscais, além da manutenção de tantas outras já ajuizadas. Abrevia-se, aparentemente, um processo de arrolamento para, do outro lado, abarrotar ainda mais as Varas de Execução Fiscal” (fls. 193e e 206e).

Com contrarrazões (fls. 251/255e), o recurso foi inadmitido, tendo sido interposto Agravo, posteriormente convertido em recurso especial (fl. 315e).

Preenchidos os pressupostos formais e materiais de admissibilidade, propus a submissão do presente recurso a julgamento pela sistemática repetitiva, tendo sido acolhida a proposta pela Seção, por unanimidade, com determinação para suspender a tramitação dos feitos envolvendo a matéria ora tratada (fls. 328/336e).

Foram expedidas as comunicações e intimações pertinentes (fls. 338/365e).

O Ministério Público Federal, entendendo desnecessária a comprovação, no arrolamento sumário, do pagamento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens e Direitos - ITCMD como requisito para a homologação da partilha e para a expedição dos títulos de domínio, manifestou-se pelo não provimento do recurso especial (fls. 415/422e).

Admitidos como *amici curiae* (fls. 437/451e), os Estados do Rio Grande do Sul, de São Paulo e o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital dos Tribunais Superiores - GAETS apresentaram memoriais, nos quais defendem, os dois primeiros, em síntese, a adoção da tese favorável ao Recorrente (fls. 366/377e e 424/436e), e, o último, posição contrária à pretensão recursal (fls. 378/412e).

Às fls. 524/526e, indeferi pedido formulado pela Associação dos Advogados de São Paulo - AASP para ingressar no feito na condição de colaborador da Corte.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.896.526 - DF (2020/0118931-6)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR: RODRIGO ALVES CHAVES - DF015241

RECORRIDO: NEIDE RIBEIRO DE SOUSA

RECORRIDO: LARISSA RIBEIRO DE SOUSA E SILVA RECORRIDO: FABIANA PIRES DE SOUSA

RECORRIDO: GABRIEL RIBEIRO DE SOUSA E SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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

PROCURADOR: LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN E OUTRO(S) - RS049394

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR: PEDRO LUIZ TIZIOTTI E OUTRO(S) - DF035038

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO - DEFENSOR PÚBLICO - AM007593

ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA - MG065071

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS E DIREITOS - ITCMD. ARROLAMENTO SUMÁRIO. ART. 659, CAPUT, E § 2º DO CPC/2015. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA OU DA ADJUDICAÇÃO. EXPEDIÇÃO DOS TÍTULOS TRANSLATIVOS DE DOMÍNIO. RECOLHIMENTO PRÉVIO DA EXAÇÃO. DESNECESSIDADE. PAGAMENTO ANTECIPADO DOS TRIBUTOS RELATIVOS AOS BENS E ÀS RENDAS DO ESPÓLIO. OBRIGATORIEDADE. ART. 192 DO CTN.

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. Aplica-se, no caso, o Estatuto Processual Civil de 2015.

II – O CPC/2015, ao disciplinar o arrolamento sumário, transferiu para a esfera administrativa as questões atinentes ao imposto de transmissão *causa mortis*, evidenciando que a opção legislativa atual prioriza a agilidade da partilha amigável, ao focar, teleologicamente, na simplificação e na flexibilização dos procedimentos envolvendo o tributo, alinhada com a celeridade e a efetividade, e em harmonia com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

III – O art. 659, § 2º, do CPC/2015, com o escopo de resgatar a essência simplificada do arrolamento sumário, remeteu para fora da partilha amigável as questões relativas ao ITCMD, cometendo à esfera administrativa fiscal o lançamento e a cobrança do tributo

IV – Tal proceder nada diz com a incidência do imposto, porquanto não se trata de isenção, mas apenas de postergar a apuração e o seu lançamento para depois do encerramento do processo judicial, acautelando-se, todavia, os interesses fazendários – e, por conseguinte, do crédito tributário –, considerando que o Fisco deverá ser devidamente intimado pelo juízo para tais providências, além de lhe assistir o direito de discordar dos valores atribuídos aos bens do espólio pelos herdeiros.

V – Permanece válida, contudo, a obrigatoriedade de se comprovar o pagamento dos tributos que recaem especificamente sobre os bens e rendas do espólio como condição para homologar a partilha ou a adjudicação, conforme determina o art. 192 do CTN.

VI – Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixando-se, nos termos no art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva: **No arrolamento sumário, a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como a expedição do formal de partilha e da carta de**

adjudicação, não se condicionam ao prévio recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, devendo ser comprovado, todavia, o pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, a teor dos arts. 659, § 2º, do CPC/2015 e 192 do CTN.

VII – Recurso especial do Distrito Federal parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.896.526 - DF (2020/0118931-6)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR: RODRIGO ALVES CHAVES - DF015241

RECORRIDO: NEIDE RIBEIRO DE SOUSA

RECORRIDO: LARISSA RIBEIRO DE SOUSA E SILVA RECORRIDO: FABIANA PIRES DE SOUSA

RECORRIDO: GABRIEL RIBEIRO DE SOUSA E SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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

PROCURADOR: LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN E OUTRO(S) - RS049394

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR: PEDRO LUIZ TIZIOTTI E OUTRO(S) - DF035038

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO - DEFENSOR PÚBLICO - AM007593

ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA - MG065071

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a presença dos requisitos formais e materiais de admissibilidade foi oportunamente reconhecida quando da afetação do recurso (fl. 333e).

I. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de ação de inventário, processada sob o rito do arrolamento sumário, na qual foi proferida sentença homologatória do plano de partilha apresentado pelos herdeiros, sem determinação para que comprovassem o recolhimento prévio do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens e Direitos – ITCMD e de outros tributos eventualmente devidos pelo espólio (fl. 99e).

A Corte a qua, por sua vez, desproveu a apelação por entender correta a dispensa, na partilha amigável, da prova da quitação do apontado imposto e de outros tributos (fl. 147e).

A questão ora debatida, portanto, diz com *a necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do ITCMD como condição para a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como para a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, à luz dos arts. 192 do CTN e 659, § 2º, do CPC/2015, a seguir enfocados.*

II. Moldura normativa

Sobre a garantia do crédito tributário na transmissão de herança, estatui o Código Tributário Nacional:

Art. 192. Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas. (destaquei)

Quanto ao rito do arrolamento sumário, estabelece o CPC/2015:

Art. 659. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.

[...]

§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662.

[...]

Art. 662. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

[...]

§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros. (destaquei)

A disciplina legal do processo judicial de transmissão de herança no País, no que tange ao aspecto fiscal, é, historicamente, pendular, oscilando entre opções legislativas que ora conferiram às Fazendas Públicas ampla e ativa participação para velar pelo pagamento dos tributos envolvidos, ora trouxeram regramento voltado a desburocratizar a tramitação das ações, para isso minimizando ou postergando sua manifestação.

Com efeito, já em 1923, o art. 11 da Lei n. 4.632 estabelecia a intervenção do Fisco nos processos de inventariança, inclusive os consensuais, precisamente pelo interesse do Estado em arrecadar o Imposto de Transmissão *Causa Mortis*, nos seguintes termos: “Em todos os inventários, arrecadações e partilhas amigáveis, em que for interessada a Fazenda Municipal do Distrito Federal pelo pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*, intervirá a Prefeitura Municipal, pelo seu representante, em todos os termos do processo, ficando assim revogado o art. 19 do Decreto n. 2.800, de 1898”.

O CPC/1973, por sua vez, em sua redação original, condicionava a prolação da sentença de homologação da partilha ou adjudicação ao recolhimento do imposto de transmissão, bem como impunha a intervenção da fazenda pública estadual no arrolamento sumário, e, discordando ela dos valores atribuídos pelos interessados aos bens imóveis, conferia-lhe ainda o direito de impugná-los nos próprios autos (arts. 1.033 e 1.035).

Tal metodologia, previsivelmente, infligia morosidade ao arrolamento sumário, o que motivou a alteração do Estatuto Processual Civil de 1973 pela Lei n. 7.019/1982, expressamente editada para “simplificar o processo de homologação judicial da partilha amigável e da partilha de bens de pequeno valor”.

Com isso, a par da intervenção do Fisco estadual ter sido suprimida no arrolamento abreviado, passou-se a prever que não seriam “conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio” (arts. 1.031 e 1.034), deixando-se de condicionar a homologação da partilha ou da adjudicação, assim como a expedição dos respectivos alvarás, ao pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*.

Catorze anos depois, essa conjuntura foi modificada pela Lei n. 9.280/1996, responsável por inserir o § 2º no art. 1.031 do CPC/1973, mediante o qual se subordinou a expedição dos alvarás de partilha e adjudicação à comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do recolhimento de todos os tributos, *indistintamente*.

O apontado diploma legal, anote-se, foi resultado do Projeto de Lei n. 3.314/1992, de autoria do Senado Federal, cujo texto da Justificação revela, explicitamente, o principal motivo para que o legislador promovesse a mudança: permitir que, logo após o encerramento do arrolamento sumário, “[...] o Estado – que representa a sociedade – [tivesse] os seus interesses atendidos, com a fiscalização da Fazenda Pública” (Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0pepxefqax3wetypd5z4kjiq2787072.node0?codteor=1137931&filename=Do](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0pepxefqax3wetypd5z4kjiq2787072.node0?codteor=1137931&filename=Do%20ssie+-PL+3314/1992) ssie+-PL+3314/1992 Acesso 06.09.2022 – destaquei).

Em contrapartida, o advento do CPC/2015 evidencia que a tônica legislativa *atual* voltou a priorizar a agilidade do arrolamento sumário, focando, teleologicamente, na simplificação e na flexibilização dos procedimentos envolvendo o ITCMD, alinhada com a celeridade e aefetividade, vetores que devem nortear a interpretação do novel diploma processual – conforme predicam seus arts. 4º e 6º –, em harmonia com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

De fato, a disposição do art. 659, *caput* e § 2º, do CPC/2015, ao desobrigar os interessados de quitarem o tributo no curso do processo, transferindo para a seara administrativa eventuais discussões a seu respeito, promoveu acertado reencontro com a disciplina legal de quatro décadas atrás, fomentada pela Lei n. 7.019/1982, avessa à burocracia na partilha amigável.

Vistos o regramento legal e seu retrospecto, trago, a seguir, breve abordagem doutrinária acerca do tema.

III. Lineamentos doutrinários

Embora inseridos no CTN em Seção dedicada às preferências do crédito tributário, “alerta a doutrina para o fato de que os arts. 191, 192 e 193 não dispõem sobre preferências, mas sobre garantias que conferem maior efetividade ao crédito tributário”, como anota Misabel Derzi, com apoio em clássica lição de Celso Cordeiro Machado (BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 14ª ed, notas de atualização, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.416).

Nessa condição, o art. 192 do CTN constitui instrumento assecuratório do direito de o Estado exigir tributos, devendo orientar suas adequadas interpretação e aplicação os princípios da *legalidade* e da *supremacia do interesse público sobre o particular*.

Na seara processual, o arrolamento, instrumento de jurisdição voluntária, configura “uma abreviação do inventário, para causas menos complexas, em que seriam exageradas as exigências formais [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. 3, p. 213).

Quando processado sob a modalidade *sumária*, isso se traduz na exiguidade de requisitos de cabimento, os quais se resumem à divisão amigável entre partes capazes (art. 659, *caput*, do CPC/2015), diferenciando-se da disciplina legal anterior, a qual exigia, além de tais pressupostos, “a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas” (art. 1.031, *caput*, do CPC/1973).

Outrossim, o vigente estatuto processual modificou o regramento da lavratura do formal de partilha e da elaboração da carta de adjudicação relativamente ao ITCMD, *ao dispensar a comprovação do pagamento do imposto*, outrora determinada pelo art. 1.031, § 2º, do CPC/1973, bastando agora, após o trânsito em julgado da sentença homologatória, a intimação do Fisco para lançá-lo administrativamente, porém depois da expedição dos títulos translativos de domínio (art. 659, § 2º do CPC/2015).

As mudanças legislativas apontadas, ao deslocarem todas as questões relacionadas ao ITCMD

para a esfera administrativa, conformaram a cobrança do tributo ao perfil enxuto e menos solene do arrolamento sumário, acelerando o trâmite do procedimento “que, naturalmente, deveria mesmo ser mais simples em comparação com o do inventário” (NERY JÚNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1.466).

Nem por isso foram reduzidas as garantias fazendárias, consoante pondera Humberto Theodoro Júnior:

A sistemática do arrolamento sumário dos arts. 659 a 663 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão causa mortis (art. 662, § 1º). [...]

A apuração, lançamento e cobrança do tributo sucessórios serão realizados totalmente pelas vias administrativas (art. 662, § 2º). Isto não diminui as garantias do Fisco, uma vez que, após a homologação da partilha, o seu registro não se poderá fazer no Registro de Imóveis sem o comprovante do recolhimento do tributo devido (art. 143 da Lei dos Registros Públicos). Por outro lado, independentemente de intervir no processo de arrolamento, a Fazenda Pública não estará adstrita aos valores nele declarados pelas partes.

Com isso, tornaram-se estranhas ao arrolamento todas as questões relativas ao tributo incidente sobre a transmissão hereditária de bens. [...]

[...]

Poderão, todavia, serem exigidos pelo juiz, antes da homologação da partilha amigável, certidões negativas pertinentes a outros tributos incidentes sobre os bens integrantes do acervo arrolado, nos moldes do art. 192 do CTN.

(Curso de Direito Processual Civil. 54ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Vol. II, p. 311 - destaquei)

Nesse contexto, extrai-se que o art. 659, § 2º, do CPC/2015, ao se harmonizar com o art. 192 do CTN, traz a reboque aprimoramento da sistemática contida no dispositivo da codificação tributária, explicitando sua não-incidência no arrolamento sumário, *quanto ao ITCMD*.

Ademais, a aplicação do art. 192 do CTN salvaguarda a possibilidade de cobrança de créditos tributários eventualmente apurados contra a pessoa falecida, porquanto, ultimado o arrolamento, não mais se poderá imputar a dívida fiscal ao espólio, já inexistente, conforme precisa lição de Sacha Calmon sobre o dispositivo em tela:

A partilha pode ser amigável ou litigiosa. Quando não há partilha, há adjudicação. É assim que terminam os inventários e arrolamentos. Todavia, o juiz não sentencia sem antes verificar a quitação dos tributos dos tributos devidos pelo espólio, sucessor mortis causa do defunto. Note-se que a lei fala em “tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”. Quer dizer que, após a partilha ou a adjudicação, créditos tributários que venham a ser apurados contra o de cujus já não mais podem ser irrogados ao espólio, que desaparece do mundo jurídico com o encerramento do inventário ou do arrolamento. “O direito não socorre aos que dormem”. A Fazenda não pode reabrir o inventário nem atribuir aos herdeiros, meeiros e legatários, o pagamento de tais créditos. Passou o momento próprio. Ocorreu a preclusão.

(Curso de Direito Tributário Brasileiro. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 594 - destaquei)

Brevemente traçados alguns referenciais teóricos, passo ao memorial da jurisprudência sobre a matéria.

IV. Panorama jurisprudencial

Este Superior Tribunal, sob a égide do CPC/1973, firmou posicionamento segundo o qual não são cognoscíveis questões atinentes à apuração, lançamento e pagamento do ITCMD no arrolamento sumário (cf. 1ª T., AgRg no Ag n. 746.703/MS, Rel. Min. José Delgado, j. 16.05.2006, DJ 08.06.2006; 2ª T., REsp n. 927.530/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.06.2007, DJ 28.06.2007; 2ª T., AgRg no REsp n. 1.080.245/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.02.2009, DJe 24.3.2009).

Tal entendimento foi consolidado na 1ª Seção, sob o Tema repetitivo n. 391/STJ, cuja tese vinculante fixada foi assim enunciada: “O juízo do inventário, na modalidade de arrolamento sumário, não detém competência para apreciar pedido de reconhecimento da isenção do ITCMD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos), à luz do disposto no *caput* do art. 179, do CTN” (1ª S., REsp n. 1.150.356/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.2010, DJe 25.08.2010 - destaquei).

No mesmo precedente, firmou-se ainda a seguinte compreensão:

[...] nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento sumário (nos quais não cabe o conhecimento ou a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação do tributo de transmissão causa mortis, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda até a prolação da sentença de homologação da partilha ou da adjudicação), revela-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179, do CTN, que confere, à autoridade administrativa, a atribuição para aferir o direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral.

Ademais, prevalece o comando inserto no artigo 192, do CTN, segundo o qual “nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”, impondo-se o sobrestamento do feito de arrolamento sumário até a prolação do despacho administrativo reconhecendo a isenção do ITCMD.

(REsp 1.150.356/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe de 25/08/2010 - destaquei)

Já sob o influxo da nova disciplina do art. 659, § 2º do CPC/2015, as Turmas desta Seção assentaram a desnecessidade da quitação prévia do ITCMD, no arrolamento sumário, tanto para a homologação da partilha ou da adjudicação, quanto para a expedição do formal de partilha ou para a elaboração da carta de adjudicação, na linha dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO SUMÁRIO. TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE OS BENS DO ESPÓLIO E DE SUAS RENDAS. COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO. CONDIÇÃO PARA A SENTENÇA DE HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA. EXPEDIÇÃO DOS FORMAIS DE PARTILHA. PRÉVIO PAGAMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO. DESNECESSIDADE.

1. *A sucessão causa mortis, independentemente do procedimento processual adotado, abrange os tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, porquanto integrantes do passivo patrimonial deixado pelo de cujus, e constitui fato gerador do imposto de transmissão (ITCM).*
2. *Segundo o que dispõe o art. 192 do CTN, a comprovação da quitação dos tributos referentes aos bens do espólio e às suas rendas é condição sine quo non para que o magistrado proceda à homologação da partilha.*
3. *O CPC/1973, em seu art. 1.031, em conformidade com o art. 192 do CTN, exigia a prova de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas como condição para a homologação da partilha (caput) e o pagamento de todos os tributos devidos, aí incluído o imposto de transmissão, para a ulatimação do processo, com a expedição e a entrega dos formais de partilha (§ 2º).*
4. *O novo Código de Processo Civil, em seu art. 659, § 2º, traz uma significativa mudança normativa no tocante ao procedimento de arrolamento sumário, ao deixar de condicionar a entrega dos formais de partilha ou da carta de adjudicação à prévia quitação dos tributos concernentes à transmissão patrimonial aos sucessores.*
5. *Essa inovação normativa, todavia, em nada altera a condição estabelecida no art. 192 do CTN, de modo que, no arrolamento sumário, o magistrado deve exigir a comprovação de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas para homologar a partilha e, na sequência, com o trânsito em julgado, expedir os títulos de transferência de domínio e encerrar o processo, independentemente do pagamento do imposto de transmissão.*
6. *Recurso especial parcialmente provido.*

(REsp 1.704.359/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 02/10/2018 - destaquei)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/ STJ. ARROLAMENTO SUMÁRIO. CONDICIONAMENTO DA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ ANTES DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ITCMD). NÃO CABIMENTO DE TAL EXIGÊNCIA NESTE PROCEDIMENTO.

1. *A homologação da partilha no procedimento do arrolamento sumário não pressupõe o atendimento das obrigações tributárias principais e tampouco acessórias relativas ao imposto sobre transmissão causa mortis.*
2. *Consoante o novo Código de Processo Civil, os artigos 659, § 2º, cumulado com o 662, § 2º, com foco na celeridade processual, permitem que a partilha amigável seja homologada anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, e somente após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, supostamente devido.*
3. *Recurso especial não provido.*

(REsp 1.751.332/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/9/2018, DJe 03/10/2018 - destaquei)

Na mesma esteira: 2ª T., AgInt no AREsp n. 1.298.980/DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 06.05.2020, DJe 12.05.2020; 1ª T., AgInt no REsp n. 1.723.980/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 17.02.2020, DJe 19.02.2020; 1ª T., AgInt no AREsp n. 1.497.714/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 25.11.2019, DJe 04.12.2019; 2ª T., REsp n. 1.832.054/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 1º.10.2019, DJe 11.10.2019; 1ª T., AgInt no REsp n. 1.676.354/DF, de minha relatoria, j. 18.03.2019, DJe 21.03.2019.

Exposto o cenário jurisprudencial da matéria nesta Corte, prossigo com a análise da questão afetada.

V. Desnecessidade do pagamento prévio do ITCMD, no arrolamento sumário, como condição para homologar a partilha ou a adjudicação e para expedir os respectivos títulos de domínio

Como visto, o art. 659, § 2º, do CPC/2015, com o escopo de resgatar a essência simplificada do arrolamento sumário, remeteu para fora da partilha amigável as questões relativas ao ITCMD, cometendo à esfera administrativa fiscal o lançamento e a cobrança do tributo.

Tal proceder, frise-se, *nada diz com a incidência do imposto*, porquanto não se trata de isenção, mas apenas de postergar a apuração e o seu lançamento para depois do encerramento do processo judicial, acautelando-se, contudo, os interesses fazendários – e, por conseguinte, do crédito tributário –, considerando que o Fisco deverá ser devidamente intimado pelo juízo para tais providências, além de lhe assistir o direito de discordar dos valores atribuídos aos bens do espólio pelos herdeiros (arts. 659, § 2º, e 662, § 2º, do CPC/2015).

Ademais, os títulos translativos de domínio de bens imóveis obtidos pelas partes somente serão averbados se demonstrado o pagamento do imposto de transmissão, consoante dispõem os arts. 143 e 289 da Lei de Registros Públicos, sujeitando-se os oficiais de registro à responsabilidade tributária em caso de omissão no dever de observar eventuais descumprimentos das obrigações fiscais pertinentes (art. 134, VI, do CTN).

De igual modo, a emissão de novo Certificado de Registro de Veículo - CRV supõe o prévio recolhimento do tributo, conforme determinado pelo art. 124, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

Noutro plano, o art. 192 do CTN, por seu turno, não tem o condão de impedir a prolação da sentença homologatória da partilha ou da adjudicação, ou de obstar a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, quando ausente o recolhimento do ITCMD.

Isso porque tal dispositivo traz regramento específico quanto à exigência de pagamento de tributos concernentes aos *bens do espólio e às suas rendas, vale dizer, disciplina hipóteses de incidência cujas materialidades são claramente distintas da transmissão causa mortis*, evidenciando, desse modo, a ausência de incompatibilidade com o art. 659, § 2º, do CPC/2015.

Efetivamente, a redação do art. 192 do CTN coincide com a do revogado 1.031, *caput*, do CPC/1973, o qual, “[...] quando mencionava tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, referia-se ao IPTU, ao ITR, ao IPVA e a outros tributos devidos pelos bens inventariados (imóvel urbano, imóvel rural, automóveis etc.), assim como eventual IR devido pelo espólio pelas rendas dos bens inventariados (aluguel, rendimentos financeiros etc.)” (ARAÚJO, Luciano Vianna. *A homologação da partilha amigável, a entrega do formal de partilha e o lançamento do imposto de transmissão causa mortis no arrolamento sumário, conforme o CPC/15 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.074)*. in “*Direito das Sucessões: problemas e tendências*”. Coord. Ana Carolina Brochado Teixeira e Ana Luiza Maia Nevares. Foco: Indaiatuba, 2022. p. 394 - destaquei).

Assim, permanece válida a obrigatoriedade de se comprovar o pagamento das exações

correspondentes aos bens do espólio e às suas rendas como condição para homologar a partilha ou a adjudicação, entendimento esse ecoado pela doutrina atual, *litteris*:

Apesar de o art. 659, § 2º, CPC, prever que só depois de transitada em julgado a sentença de homologação da partilha ou adjudicação é que a Fazenda Pública procederá ao lançamento dos tributos incidentes, o art. 192, CTN, estabelece comando diverso, que prevalece no caso [...]. Por isso, a homologação da partilha está condicionada à comprovação de pagamento de todos os tributos referentes aos bens do espólio (art. 192, CTN). Somente com a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio pode o juiz homologar a partilha ou a adjudicação.

(MARINONI, Luiz Guilherme; AREHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 811 - destaquei)

Com efeito, ainda sob a égide do CPC/1973, já se apontava que os documentos comprobatórios do recolhimento dos demais tributos incidentes sobre bens e rendas do espólio deveriam acompanhar a petição inicial do arrolamento sumário, verbis:

Essa prova se faz através da apresentação das certidões negativas das fazendas municipal, estadual e federal, como, por exemplo, o imposto de renda sobre receita financeira obtida pelo de cujus, IPTU de imóvel do espólio etc., tal como estabelece o art. 192 do Código Tributário Nacional. É por demais evidente que a exigência posta no art. 1.031 refere-se aos tributos antecedentes ao inventário e não aqueles deste decorrentes. Assim, questões que envolvam discussão sobre taxa judiciária e o imposto de transmissão causa mortis ficam fora do inventário.

(FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil – Dos Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 14, p. 181 - destaquei)

Isso considerado, correta a orientação jurisprudencial segundo a qual a expressão “outros tributos porventura existentes”, encartada no art. 659, § 2º do CPC/2015, relaciona-se com a locução “incidentes sobre a *transmissão* da propriedade dos bens do espólio’ de que trata o caput do art. 662 [...]”, de modo que, “como já era previsto pelo art. 1.034, § 2º, do CPC/1973, à Fazenda Pública caberá lançar e promover a regular cobrança do imposto e dos demais tributos eventualmente incidentes sobre a *transmissão* dos sucessores beneficiados pela transmissão patrimonial” (1ª T., REsp n. 1.704.359/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 28.08.2018, DJe 02.10.2018 - destaquei).

Desse modo, a homologação da partilha ou da adjudicação, no arrolamento sumário, prende-se à liquidação antecipada dos tributos que incidem especificamente sobre os bens e as rendas do espólio, sendo incabível, contudo, qualquer discussão quanto ao ITCMD, que deverá ocorrer na esfera administrativa, exclusivamente.

VI. Proposição da tese a ser firmada

Diante do exposto, propõe-se a fixação da seguinte tese para efeito dos arts. 1.036 do CPC/2015

e 256-Q do RISTJ: **No arrolamento sumário, a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como a expedição e entrega do formal de partilha e da carta de adjudicação, não se condicionam ao prévio recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, devendo ser comprovado, todavia, o pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, a teor dos arts. 659, § 2º, do CPC/2015, e 192 do CTN.**

Ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, mostra-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

VII. Solução do caso concreto (recurso especial do Distrito Federal)

Na espécie, foi prolatada, em sede de arrolamento sumário, sentença homologatória de partilha que dispensou a quitação adiantada de quaisquer tributos (fl. 99e), tendo sido mantida em grau de apelação (fl. 147e).

Assim, diante da tese proposta e nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ, impõe-se a *reforma parcial* do acórdão impugnado.

Posto isso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso especial para, cassando o acórdão recorrido e a sentença homologatória, determinar o **retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição**, a fim de que se proceda à comprovação do pagamento dos tributos referentes aos bens do espólio e às suas rendas como condição para homologar a partilha.

Por conseguinte, à vista da solução adotada, prejudicado o exame dos honorários advocatícios – suspensos por força da concessão de gratuidade de justiça –, os quais poderão ser objeto de nova análise pela instância ordinária, se assim entender de direito.

Publicado o acórdão, determino a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, aos Ministros da Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0118931-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.896.526/DF

Números Origem: 0701450-86.2019.8.07.0005 07014508620198070005 7014508620198070005

PAUTA: 26/10/2022

JULGADO: 26/10/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretária

Bela. **MARIANA COUTINHO MOLINA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR: RODRIGO ALVES CHAVES - DF015241

RECORRIDO: NEIDE RIBEIRO DE SOUSA

RECORRIDO: LARISSA RIBEIRO DE SOUSA E SILVA

RECORRIDO: FABIANA PIRES DE SOUSA

RECORRIDO: GABRIEL RIBEIRO DE SOUSA E SILVA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

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

PROCURADOR: LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN E OUTRO(S) - RS049394

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR: PEDRO LUIZ TIZIOTTI E OUTRO(S) - DF035038

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO - DEFENSOR PÚBLICO - AM007593

ADRIANA PATRICIA CAMPOS PEREIRA - DEFENSORA PÚBLICA - MG065071

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. FLÁVIO JARDIM, pela parte RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

Dr. LUIS CARLOS KOTHE HAGEMANN, pela parte INTERES.: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Dr. RAFAEL SOUZA DE BARROS, pela parte INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial do Distrito Federal, fixando-se, nos termos do art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva no TEMA 1074: “No arrolamento sumário, a homologação da partilha ou da adjudicação, bem como a expedição do formal de partilha e da carta de adjudicação, não se condicionam ao prévio recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, devendo ser comprovado, todavia, o pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, a teor dos arts. 659, § 2º, do CPC/2015 e 192 do CTN”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.881.788 - SP (2020/0158716-2)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

ADVOGADO: ELISEU GOMES DE OLIVEIRA - SP297755

RECORRIDO: FELIPE FLORENTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: PAULO FERNANDO ESTEVES DE ALVARENGA II - SP258896

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ESTADO DO ACRE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE ALAGOAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAPÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAZONAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO CEARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO ESPIRITO SANTO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE GOIAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO MARANHÃO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE MATO GROSSO - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE MINAS GERAIS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DA PARAÍBA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARANÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE PERNAMBUCO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PIAUÍ - “AMICUS CURIAE”

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

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

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

INTERES.: ESTADO DE RONDÔNIA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE RORAIMA - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES. : ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE SERGIPE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO TOCANTINS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: DISTRITO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

PROCURADORES: VANESSA SARAIVA DE ABREU - MG064559

RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS - DF017303 PROCURADORES: MIRELLA MARQUES TRIGO DE LOUREIRO E OUTRO(S) - DF014646

DAVI MACHADO EVANGELISTA - DF018081

RICARDO DE LIMA SÉLLOS - MA008386

ULISSES SCHWARZ VIANA - DF030991

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO - DF040008

LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO - MT016309B

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA - DF053464

LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA - CE016003

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES - IPVA. VENDA DO VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO PELO ALIENANTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA COM BASE NO ART. 134 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL ESPECÍFICA.

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. Aplica-se, no caso, o Estatuto Processual Civil de 2015.

II – O art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB não permite aos Estados e ao Distrito Federal imputarem sujeição passiva tributária ao vendedor do veículo automotor, pelo pagamento do IPVA devido após a alienação do bem, quando não comunicada, no prazo legal, a transação ao órgão de trânsito.

III – O art. 124, II do CTN, aliado a entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal, autoriza os Estados e o Distrito Federal a editarem lei específica para disciplinar, no âmbito de suas competências, a

sujeição passiva do IPVA, podendo, por meio de legislação local, cominar à terceira pessoa a solidariedade pelo pagamento do imposto.

IV – Tal interpretação é reverente ao princípio federativo, que, em sua formulação fiscal, revela-se autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

V – Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixando-se, nos termos no art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva: **Somente mediante lei estadual/distrital específica poderá ser atribuída ao alienante responsabilidade solidária pelo pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA do veículo alienado, na hipótese de ausência de comunicação da venda do bem ao órgão de trânsito competente.**

VI – Recurso especial do particular parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial do particular para, cassando o acórdão recorrido e a sentença, determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, a fim de que, quanto à solidariedade tributária, a lide seja reexaminada à luz de eventual lei local específica, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Dr. ELISEU GOMES DE OLIVEIRA, pela parte RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

Brasília (DF), 23 de novembro de 2022 (Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.881.788 - SP (2020/0158716-2)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

ADVOGADO: ELISEU GOMES DE OLIVEIRA - SP297755

RECORRIDO: FELIPE FLORENTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: PAULO FERNANDO ESTEVES DE ALVARENGA II - SP258896

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ESTADO DO ACRE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE ALAGOAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAPÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAZONAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO CEARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO ESPIRITO SANTO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE GOIAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO MARANHÃO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE MATO GROSSO - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE MINAS GERAIS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DA PARAÍBA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARANÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE PERNAMBUCO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PIAUÍ - “AMICUS CURIAE”

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

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

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

INTERES.: ESTADO DE RONDÔNIA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE RORAIMA - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE SERGIPE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO TOCANTINS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: DISTRITO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

PROCURADORES: VANESSA SARAIVA DE ABREU - MG064559

RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS - DF017303 PROCURADORES: MIRELLA MARQUES TRIGO DE LOUREIRO E OUTRO(S) - DF014646

DAVI MACHADO EVANGELISTA - DF018081

RICARDO DE LIMA SÉLLOS - MA008386

ULISSES SCHWARZ VIANA - DF030991

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO - DF040008

LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO - MT016309B

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA - DF053464

LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA - CE016003

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por **LOURDES DA SILVA MELO** contra acórdão prolatado pela 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 143e):

APELAÇÃO - “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA” - Compra e venda de veículo entre particulares - Transferência de propriedade não comunicada ao órgão de trânsito pela vendedora - Débitos oriundos de impostos, juros e multa - Inscrição do nome da antiga proprietária na Dívida Ativa Estadual Pedido de restituição total dos valores despendidos com os referidos débitos - Descumprimento do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - Culpa concorrente - Despesas devem ser rateadas entre as partes - Sentença Parcialmente reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 166/171e).

Com amparo no art. 105, III, a, da Constituição da República, aponta-se ofensa ao art. 134 do CTB, alegando-se, em síntese: “Em virtude da não realização/efetivação da transferência de propriedade do veículo, junto ao Detran, pelo recorrido, a recorrente passou a suportar multas de trânsito e o pagamento de tributos incidentes sobre o veículo. É certo que o artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece a responsabilização solidária do vendedor e do comprador, enquanto

não comunicada a venda do veículo ao Detran. Todavia, tal responsabilidade, como assentado pelo C. STJ é exclusivamente quanto às penalidades, e não quanto ao IPVA. [...]” (fl. 183e).

Com contrarrazões (fls. 190/193e), o recurso foi admitido (fls. 194/195e).

Preenchidos os pressupostos formais e materiais de admissibilidade, propus a submissão do presente recurso a julgamento pela sistemática repetitiva, tendo sido acolhida a proposta pela Seção, por unanimidade, com determinação para suspender a tramitação dos feitos envolvendo a matéria ora tratada (fls. 243/260e).

Foram expedidas as comunicações e intimações pertinentes (fls. 262/295e).

O Ministério Público Federal manifestou-se “pela fixação de tese que condicione a responsabilidade solidária tributária sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, quando o alienante deixar de providenciar a comunicação da venda do bem móvel ao órgão de trânsito competente, à previsão em lei estadual” (fls. 298/303e).

Admitidos como *amici curiae* (fls. 317/321e), os Estados do Pará e outros, mediante o Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG, apresentaram memoriais, nos quais defendem, em síntese, a adoção de tese contrária à pretensão da Recorrente (fls. 305/316).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.881.788 - SP (2020/0158716-2)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

ADVOGADO: ELISEU GOMES DE OLIVEIRA - SP297755

RECORRIDO: FELIPE FLORENTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: PAULO FERNANDO ESTEVES DE ALVARENGA II - SP258896

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ESTADO DO ACRE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE ALAGOAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAPÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAZONAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO CEARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO ESPIRITO SANTO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE GOIAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO MARANHÃO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE MATO GROSSO - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE MINAS GERAIS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DA PARAÍBA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARANÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE PERNAMBUCO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PIAUÍ - “AMICUS CURIAE”

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

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

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

INTERES.: ESTADO DE RONDÔNIA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE RORAIMA - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE SERGIPE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO TOCANTINS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: DISTRITO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

PROCURADORES: VANESSA SARAIVA DE ABREU - MG064559

RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS - DF017303 PROCURADORES: MIRELLA MARQUES TRIGO DE LOUREIRO E OUTRO(S) - DF014646

DAVI MACHADO EVANGELISTA - DF018081

RICARDO DE LIMA SÉLLOS - MA008386

ULISSES SCHWARZ VIANA - DF030991

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO - DF040008

LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO - MT016309B

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA - DF053464

LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA - CE016003

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES - IPVA. VENDA DO VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO PELO ALIENANTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA COM BASE NO ART. 134 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL ESPECÍFICA.

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. Aplica-se, no caso, o Estatuto Processual Civil de 2015.

II – O art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB não permite aos Estados e ao Distrito Federal imputarem sujeição passiva tributária ao vendedor do veículo automotor, pelo pagamento do IPVA devido após a alienação do bem, quando não comunicada, no prazo legal, a transação ao órgão de trânsito.

III – O art. 124, II do CTN, aliado a entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal, autoriza os Estados e o Distrito Federal a editarem lei específica para disciplinar, no âmbito de suas competências, a sujeição passiva do IPVA, podendo, por meio de legislação local, cominar à terceira pessoa a solidariedade pelo pagamento do imposto.

IV – Tal interpretação é reverente ao princípio federativo, que, em sua formulação fiscal, revela-se autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

V – Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixando-se, nos termos no art. 256-Q, do RISTJ, a seguinte tese repetitiva: **Somente mediante lei estadual/distrital específica poderá ser atribuída ao alienante responsabilidade solidária pelo pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA do veículo alienado, na hipótese de ausência de comunicação da venda do bem ao órgão de trânsito competente.**

VI – Recurso especial do particular parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.881.788 - SP (2020/0158716-2)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

ADVOGADO: ELISEU GOMES DE OLIVEIRA - SP297755

RECORRIDO: FELIPE FLORENTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: PAULO FERNANDO ESTEVES DE ALVARENGA II - SP258896

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ESTADO DO ACRE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE ALAGOAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAPÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO AMAZONAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO CEARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO ESPIRITO SANTO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE GOIAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO MARANHÃO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE MATO GROSSO - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE MINAS GERAIS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DA PARAÍBA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARANÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE PERNAMBUCO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PIAUÍ - “AMICUS CURIAE”

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

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

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

INTERES.: ESTADO DE RONDÔNIA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE RORAIMA - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE SERGIPE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO TOCANTINS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: DISTRITO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

PROCURADORES: VANESSA SARAIVA DE ABREU - MG064559

RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS - DF017303 PROCURADORES: MIRELLA MARQUES TRIGO DE LOUREIRO E OUTRO(S) - DF014646

DAVI MACHADO EVANGELISTA - DF018081

RICARDO DE LIMA SÉLLOS - MA008386

ULISSES SCHWARZ VIANA - DF030991

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO - DF040008

LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO - MT016309B

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA - DF053464

LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA - CE016003

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a presença dos requisitos formais e materiais de admissibilidade foi oportunamente reconhecida quando da afetação do recurso (fl. 257e).

I. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de ação de obrigação de fazer combinada com perdas e danos, na qual a parte autora busca compelir o adquirente do seu automóvel a promover a transferência administrativa do bem para o próprio nome, bem como a sua condenação ao pagamento de multas e valores de IPVA eventualmente devidos (fls. 05/06e).

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido (fls. 115/117e), tendo sido reformada, em parte, em grau de apelação, porquanto a Corte *a qua* entendeu que “a autora agiu com omissão, e culpa concorrente, dando causa à inscrição de seu nome na dívida ativa, motivo pelo qual não é caso de se acolher integralmente o pedido de condenação do comprador à restituição integral dos valores despendidos no pagamento do IPVA em atraso” (fl. 145e).

A questão ora debatida, portanto, diz com a *necessidade de sedefinir se o alienante de veículo automotor incorre, solidariamente, na responsabilidade pelo pagamento do Imposto sobre a Propriedade*

de Veículos Automotores - IPVA, quando deixa de providenciar a comunicação da venda do bem ao órgão de trânsito competente

II. Moldura normativa

A Constituição da República outorga aos Estados e ao Distrito Federal a competência para “instituir imposto sobre propriedade de veículos automotores” (art. 155, III, CR).

Por sua vez, a responsabilidade tributária é regida, basilarmente, por normas gerais sediadas em lei complementar, assim determinado pelo texto constitucional:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; (destaquei)

No plano legal, o Código Tributário Nacional – recepcionado pela Lei Maior com *status* de lei complementar –, ao assumir o papel da disciplina geral, dispõe:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (destaquei)

[...]

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. (destaquei)

Já o Código de Trânsito Brasileiro - CTB preceitua:

Art. 134. No caso de transferência de propriedade, expirado o prazo previsto no § 1º do art. 123 deste Código sem que o novo proprietário tenha tomado as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo, o antigo proprietário deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no prazo de 60 (sessenta) dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação. (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020 - destaquei)

Parágrafo único. O comprovante de transferência de propriedade de que trata o caput deste artigo poderá ser

substituído por documento eletrônico com assinatura eletrônica válida, na forma regulamentada pelo Contran. (Redação dada pela Lei n. 14.071/2020)

Visto o regramento normativo pertinente, trago, a seguir, breve abordagem doutrinária acerca do tema.

III. Lineamentos doutrinários

O IPVA, outrora denominado “*taxa rodoviária única*, [...] é modalidade de imposto sobre o patrimônio pessoal, direto e progressivo, em razão do valor do veículo de propriedade do contribuinte” (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 238 - destaque do original).

O CTN não disciplina o IPVA, inexistente no sistema tributário nacional à época de sua edição, de modo que a sua materialidade, extraída do texto constitucional, consiste na “propriedade de veículo automotor”.

No que tange ao aspecto pessoal, o sujeito passivo é o proprietário do veículo, na qualidade de contribuinte, bem como os terceiros, indicados como responsáveis nos termos da lei.

A esse respeito, pontua Paulo de Barros Carvalho:

O território de eleição do sujeito passivo das obrigações tributárias e, bem assim, das pessoas que devam responder solidariamente pela dívida, está circunscrito ao âmbito da situação factual contida na outorga de competência impositiva, cravada no texto da Constituição.

(Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 352 - destaquei).

A solidariedade, por seu turno, revela-se como mais um instrumento de praticabilidade no campo fiscal, uma vez que propicia ao Fisco a escolha do devedor em relação ao qual seja mais fácil e cômodo exigir a dívida integral, visando à garantia da arrecadação.

Não fosse desse modo, diante da multiplicidade de devedores numa mesma relação jurídica, a Administração Fiscal estaria obrigada a cobrá-los todos, cada qual por parte do débito, o que, indubitavelmente, acarretaria maior custo e dificuldades à satisfação do crédito tributário.

Por outro lado, a prescrição contida no inciso II do art. 124 do CTN parece, à primeira vista, inócua, pois a solidariedade tributária sempre decorre da lei.

Mas, o que o dispositivo estabelece, a rigor, é que a lei poderá apontar pessoas que, mesmo não sendo partícipes da situação fática que constitua a hipótese de incidência tributária, respondam solidariamente pelo débito.

A justificativa para isso está no fato de que tais terceiras pessoas assumem a responsabilidade solidária em virtude de *outro vínculo jurídico, deflagrado pela prática de ato ilícito*.

Ademais, a aplicação do art. 124, II do CTN deve se entrosar com as balizas do art. 128 do mesmo diploma, do qual se extrai que a escolha do terceiro responsável, pelo legislador, não é livre, porquanto há de se tratar de sujeito vinculado indiretamente ao fato descrito na hipótese de incidência tributária, prestigiando a noção de razoabilidade.

Por fim, registre-se que o art. 134 do CTB não aponta a solidariedade do antigo proprietário pelo pagamento do IPVA devido após a alienação do veículo até a comunicação da venda à Administração, responsabilizando-o, tão somente, pelas *penalidades (multas)* havidas nesse período (RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código Brasileiro de Trânsito*. 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2019. p. 380).

Brevemente traçados alguns referenciais teóricos, passo ao memorial da jurisprudência sobre a matéria.

IV. Panorama jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal há muito assentou, com eficácia vinculante, a compreensão segundo a qual “o preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas ‘as pessoas expressamente designadas por lei’, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN [...]” (Tema 13, Tribunal Pleno, RE n. 562.276/PR RG, Rel(a). Min. Ellen Gracie, j. 03.11.2010, DJe 09.02.2011 - destaquei).

A Corte entendeu, outrossim, ser legítimo a legislação estadual fixar, para efeito de incidência do IPVA, alcance mais ampliado do conceito de propriedade, admitindo a posse ou o domínio útil como fatos geradores da exação, afastando, assim, a inconstitucionalidade de lei “que prevê como fato gerador do imposto a propriedade, plena ou não, de veículos automotores” (Tribunal Pleno, ADI n. 4.612/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.06.2020; DJe 14.08.2020).

Igualmente em sede de repercussão geral, *consolidou* o entendimento de que os Estados-membros e o Distrito Federal, à falta de lei complementar nacional disciplinando o IPVA, detêm competência legislativa plena para editar normas gerais sobre o tributo, nos termos do art. 24, § 3º da Constituição da República, e 34, § 1º do ADCT (Tema 708, Tribunal Pleno, RE n. 1.016.605/MG RG, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 16.09.2020, DJe 15.12.2020).

Já no Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a ocorrência da controvérsia ora afetada desde 2009, quando a 1ª Turma firmou, acerca do art. 134 do CTB, orientação no sentido de que “o referido dispositivo não se aplica a débitos tributários relativos ao não pagamento de IPVA, por não serem relacionados à penalidade aplicada em decorrência de infração de trânsito” (1ª T., REsp n. 1.116.937/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 1º.10.2009, DJe 08.10.2009).

A partir daí, tal posicionamento passou a ser abraçado por ambas as Turmas integrantes desta Seção (cf. 1ª T., AgRg no AREsp n. 382.552/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 21.11.2013; 1ª T., AgRg no REsp n. 1.528.438/SP, de minha relatoria, DJe 05.02.2016; 2ª T., AgInt no REsp n. 1.576.601/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 25.08.2016; 2ª T., AgRg no AREsp n. 728.647/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 16.09.2015; 2ª T., AgRg no REsp n. 1.576.541/SP, Rel. Min.

Mauro Campbell Marques, DJe 14.03.2016).

A uniformidade do entendimento culminou com a edição, em dezembro de 2016, do verbete sumular n. 585/STJ, assim enunciado: “a responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, não abrange o IPVA incidente sobre o veículo automotor, no que se refere ao período posterior à sua alienação”.

Embora se entendesse inviável extrair a solidariedade tributária do apontado dispositivo legal, firmou-se, em 2017, posicionamento no sentido de que a obrigação *pode ser fixada pela legislação do respectivo Estado-membro ou do Distrito Federal*, porquanto, “nos termos do art. 124 do CTN, somente por lei *específica* pode ser instituída a solidariedade quanto à responsabilidade pelo pagamento de tributos, de modo que *a atribuição da responsabilidade solidária, por débitos de IPVA, ao ex-proprietário do veículo é condicionada à previsão da lei estadual*” (1ª T., REsp n. 1.640.978/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 06.04.2017, DJe 12.05.2017 - destaquei).

Nessa linha, anatem-se ainda os seguintes acórdãos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SÚMULA 282/STF. IPVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA APÓS ALIENAÇÃO DO VEÍCULO. ACÓRDÃO AMPARADO NA EXEGESE DE LEI ESTADUAL. SÚMULA 280/STF.

1. O acórdão hostilizado reconheceu a responsabilidade tributária solidária da alienante com base na exegese das Leis Estaduais 6.606/1989 e 13.296/2008, o que atrai a incidência da Súmula 280/STF.

2. Se por um lado é correto afirmar que o art. 134 do CTB prevê apenas a responsabilidade solidária pelas “penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação”, daí não se extrai a artificiosa conclusão de que inexistente responsabilidade tributária, até mesmo porque o Código de Trânsito não disciplina, mas preserva o exercício da competência tributária pelo ente estatal (o CTB, lei federal, realmente não poderia invadir a atividade legislativa tributária estadual, única apta a dispor sobre os tributos específicos do ente estatal). Nesse sentido, o STJ possui jurisprudência que admite a fixação de responsabilidade solidária, em relação aos tributos estaduais, em caso de previsão na legislação específica: REsp 1.640.978/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 12/5/2017.

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.773.936/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 19/12/2019 - destaquei)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. IPVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ALIENANTE. DÉBITOS POSTERIORES À ALIENAÇÃO, MAS ANTERIORES À COMUNICAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE ÀS AUTORIDADES DE TRÂNSITO. SÚMULA 585/STJ. NÃO APLICAÇÃO. LEI ESTADUAL. OBSERVÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se da responsabilidade tributária do ex-proprietário de veículo automotor pelo IPVA devido, posteriormente à alienação, enquanto não comunicada a transferência da propriedade às autoridades de trânsito.

2. O Tribunal de origem responsabilizou solidariamente o recorrente por não ter havido a comunicação acerca

da alienação do veículo automotor à autoridade de trânsito competente, conforme previsto no art. 6º, II, da Lei Estadual 13.296/2008 e art. 134 do CTB.

3. Não obstante, esta Corte editou a Súmula 585 sobre o tema: “A responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, não abrange o IPVA incidente sobre o veículo automotor, no que se refere ao período posterior à sua alienação.” (Súmula 585, Primeira Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 1º/2/2017).

4. Em que pese o entendimento sobredito, esta Corte tem afastado tal enunciado sumular quando o Tribunal de origem adota como fundamento, a regra prevista na legislação local, como no caso em apreço. Nesse sentido: REsp 1.640.978/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 12/5/2017; REsp 1.543.304/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 12/5/2017.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no REsp n. 1.719.549/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 19/11/2018 - destaques)

Mais recentemente, esta Seção, corroborando a validade do apontado verbete sumular, reiterou que “a responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no art. 134 do CTB, somente pode ser mitigada na hipótese da Súmula 585/STJ”, isto é, para desonerar o alienante faltoso da quitação do **imposto estadual** (1ª S., AgInt no PUIL n. 1.556/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 10.06.2020, DJe 17.06.2020).

Exposto o cenário jurisprudencial da matéria, prossigo com a análise da questão afetada.

V. Responsabilidade tributária solidária do alienante de veículo automotor pelo pagamento do IPVA, quando deixa de providenciar a comunicação da venda do bem móvel ao órgão de trânsito competente

O art. 134 do CTB não encerra comando normativo capaz de autorizar os Estados e o Distrito Federal a imputarem sujeição passiva tributária ao vendedor do veículo automotor, pelo pagamento do IPVA devido após a alienação do bem, quando não comunicada a transação à repartição de trânsito, no prazo legal de sessenta dias.

De fato, o dispositivo limita a responsabilização do ex-proprietário, solidariamente com o adquirente, ao pagamento de valores relativos às *penalidades administrativas* associadas ao veículo até a data da comunicação da venda, e não a eventuais débitos fiscais ocorrentes no período.

Assim, diante do caráter oneroso do qual reveste a solidariedade, deve-se interpretá-la restritivamente, impondo-se que todas as situações e destinatários atingidos pelo vínculo jurídico estejam, inequivocamente, discriminados na lei, hipótese não verificada, todavia, no aludido permissivo legal, quanto a dívidas de natureza tributária.

Tal exegese prestigia o *princípio federativo*, que, em sua formulação fiscal, revela-se autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

Por outro lado, eventual interpretação extensiva daria azo à interferência indevida da codificação de trânsito na competência tributária constitucionalmente conferida aos apontados entes federados, porquanto em desobediência aos ditames da lei complementar, conforme preconizado pelo art. 146, III, *b*, da Constituição da República.

Nem por isso, contudo, o débito fiscal deixará de ser exigível, *também*, do antigo proprietário omissor do veículo alienado.

Isso porque o art. 124, II, do CTN – aliado a entendimento vinculante do STF –, autoriza os Estados e o Distrito Federal a editarem lei específica para disciplinar, no âmbito de suas competências, a sujeição passiva do IPVA, podendo-se cominar à terceira pessoa a solidariedade pelo pagamento do imposto.

Logo, “uma vez que as normas gerais estejam estabelecidas em lei complementar, as pessoas políticas podem, por meio de leis ordinárias, criar hipóteses de responsabilidade tributária, compatíveis com referidas normas gerais, sendo vedada a inovação sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade” (FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 60).

Some-se a isso o fato de a imputação da solidariedade ao alienante desidioso, mediante lei estadual ou distrital, observar os pressupostos que validam a instituição do vínculo à luz do art. 124, II, do CTN, porquanto presente o ato ilícito, revelado pelo descumprimento da obrigação legalmente imposta de comunicar a venda do veículo ao respectivo DETRAN, bem como porque, uma vez alienado o bem móvel, o antigo proprietário assume a condição de sujeito indiretamente atrelado ao fato descrito na hipótese de incidência tributária.

Desse modo, arremata José Eduardo Soares de Melo, pode ser responsável pelo pagamento do imposto, também, “o proprietário do veículo de qualquer espécie, que o alienar e não comunicar a ocorrência ao órgão público encarregado do registro e licenciamento, inscrição ou matrícula de veículo de qualquer espécie, sem a prova de pagamento ou do reconhecimento de isenção ou imunidade do imposto” (PAULSEN, Leandro. SOARES DE MELO, José Eduardo. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 329).

Noutro prisma, merece registro o empenho do legislador ordinário em desestimular o atraso ou a ausência da comunicação aqui retratada, perspectiva essa que o exame verticalizado, inerente à sistemática repetitiva, permite ter presente.

Com efeito, a apontada Lei n. 14.071/2020, vigente a partir de abril de 2021, ao alterar o art. 134 do CTB, dobrou o prazo previsto para a realização de tal ato de trinta para sessenta dias.

Além disso, nele incluiu o parágrafo único, que desburocratizou o processo de transferência do veículo, ao permitir o cumprimento onlineda obrigação, possibilitando a prática do ato via “Carteira Digital de Trânsito”, aplicativo oficial desenvolvido para dispositivos móveis, responsável por reduzir, significativamente, a necessidade de deslocamento para atendimento físico na Administração.

Anote-se que mais da metade dos Estados da Federação já aderiram à ferramenta, disponível para proprietários de veículos, que “permite a realização da transferência de propriedade entre pessoas físicas com a assinatura digital do Gov.br e biometria facial, sem necessidade de reconhecer firma ou assinar contrato em papel”, viabilizando, assim, “a comunicação automática da venda por meio do aplicativo [...], após a autorização do DETRAN de registro do veículo” (Disponível <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/agosto/transferenciaeletronica-de-veiculos-ja-e-possivel-em-14-estados> em Acesso 28.10.2022).

Em síntese, portanto, o art. 134 do CTB não contém disciplina normativa apta a legitimar a atribuição de solidariedade tributária pelo pagamento do IPVA ao alienante omissor; porém, observados os parâmetros constitucionais e as balizas dispostas no CTN, os Estados-membros e o Distrito Federal poderão imputar-lhe tal obrigação, desde que explicitamente prevista em lei local específica.

VI. Proposição da tese a ser firmada

Diante do exposto, propõe-se a fixação da seguinte tese para efeito dos arts. 1.036 do CPC/2015 e 256-Q do RISTJ: **Somente mediante lei estadual/distrital específica poderá ser atribuída ao alienante responsabilidade solidária pelo pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA do veículo alienado, na hipótese de ausência de comunicação da venda do bem ao órgão de trânsito competente.**

Ausentes os requisitos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, mostra-se desnecessária a modulação dos efeitos do presente julgamento.

VII. Solução do caso concreto (recurso especial do particular)

Na espécie, as instâncias ordinárias reconheceram, unicamente com base no art. 134 do CTB, a possibilidade de se imputar a responsabilidade tributária solidária à parte autora pelo pagamento do IPVA, uma vez constatada sua omissão em comunicar a transferência da titularidade do veículo ao DETRAN (fls. 115/117e e 142/148e).

Assim, diante da tese proposta e nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ, impõe-se a *reforma parcial* do acórdão impugnado.

Posto isso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso especial para, cassando o acórdão recorrido e a sentença, determinar o **retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição**, a fim de que, quanto à solidariedade tributária, a lide seja reexaminada à luz de eventual lei local específica.

Por conseguinte, à vista da solução adotada, prejudicado o exame dos honorários advocatícios, os quais poderão ser objeto de nova fixação pela instância ordinária, se assim entender de direito.

Publicado o acórdão, determino a comunicação à Presidência do Superior Tribunal de Justiça, aos Ministros da Primeira Seção, bem como aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e à Turma Nacional de Uniformização.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0158716-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.881.788/SP

Números Origem: 1003492-84.2017.8.26.0002 10034928420178260002 20190000903669

PAUTA: 23/11/2022

JULGADO: 23/11/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA**

Secretária Bela. **MARIANA COUTINHO MOLINA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

ADVOGADO: ELISEU GOMES DE OLIVEIRA - SP297755

RECORRIDO: FELIPE FLORENTINO DE OLIVEIRA

ADVOGADOS: PAULO FERNANDO ESTEVES DE ALVARENGA II - SP258896

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ESTADO DO ACRE - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: ESTADO DE ALAGOAS - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: ESTADO DO AMAPÁ - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: ESTADO DO AMAZONAS - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: ESTADO DO CEARÁ - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: ESTADO DO ESPIRITO SANTO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE GOIAS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO MARANHÃO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE MATO GROSSO - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE MINAS GERAIS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DA PARAÍBA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PARANÁ - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE PERNAMBUCO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO PIAUÍ - “AMICUS CURIAE”

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

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

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

INTERES.: ESTADO DE RONDÔNIA - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE RORAIMA - “AMICUS CURIAE”

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

INTERES.: ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DE SERGIPE - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: ESTADO DO TOCANTINS - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: DISTRITO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

PROCURADORES: VANESSA SARAIVA DE ABREU - MG064559

RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS - DF017303 PROCURADORES: MIRELLA MARQUES TRIGO DE LOUREIRO E OUTRO(S) - DF014646

DAVI MACHADO EVANGELISTA - DF018081

RICARDO DE LIMA SÉLLOS - MA008386

ULISSES SCHWARZ VIANA - DF030991

GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO - DF040008

LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO - MT016309B

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA - DF053464

LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA - CE016003

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IPVA - Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. ELISEU GOMES DE OLIVEIRA, pela parte RECORRENTE: LOURDES DA SILVA MELO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial do particular para, cassando o acórdão recorrido e a sentença, determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, a fim de que, quanto à solidariedade tributária, a lide seja reexaminada à luz de eventual lei local específica, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 5052752-49.2022.8.24.0000/SC

REQUERENTE: MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC

REQUERIDO: JUÍZO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

DESPACHO/DECISÃO

O Município de Balneário Camboriú/SC formulou pedido de suspensão de liminar tendo por objeto a decisão proferida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Balneário Camboriú nos autos da Ação Civil Pública n. 0900526-54.2018.8.24.0005/SC proposta pelo Ministério Público (Evento 440 do processo originário).

O ente público requerente afirmou que a referida demanda foi ajuizada com o objetivo de internar compulsoriamente interessado para tratamento de drogadição e, após o deferimento da tutela de urgência e diversas internações custeadas pelo município em instituições particulares, uma das clínicas na qual o interessado permaneceu internado postulou a intervenção nos autos e o pagamento dos valores relativos a tal período. Acrescentou que, embora tenha se insurgido quantos aos valores exigidos, ausência de regular contratação e diversas irregularidades na prestação dos serviços, o Juízo de origem deferiu o pagamento na decisão do evento 420 e especificou a quantia na decisão do evento 440 (R\$ 78.600,00 para cada réu). Ressaltou que, apesar de ter interposto agravos de instrumento contra as referidas decisões, não obteve êxito nos pedidos de efeito de suspensivo (5015144-17.2022.8.24.0000 e 5050994-35.2022.8.24.0000).

Sustentou que é cabível o presente pedido de suspensão porque a decisão do Juízo de origem seria capaz de causar grave lesão à ordem pública por provocar interferência na ordem administrativa. Destacou que a determinação para pagamento imediato de valores sem observância do regime do precatório ou da requisição de pequeno valor fere o artigo 100, § 3º e 5º, LV, da Constituição Federal e os artigos 141, 319, 492 e 535 do Código de Processo Civil. Asseverou que não é possível a execução provisória de prestação de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, conforme definido no julgamento do RE n. 573.872/RS (Tema 45 do STF), e que os valores exigidos devem ser discutidos em ação própria.

Defendeu, ainda, o risco de grave lesão à saúde e economia pública, pois a determinação para pagamento de quantia vultuosa prejudicará o planejamento orçamentário destinado à saúde dos municípios. Saliou também que há perigo de irreversibilidade da medida, dada a impossibilidade de ressarcimento dos valores pagos, e não há perigo de dano ao interessado, uma vez que não se encontra mais internado na referida clínica.

Por fim, requereu a concessão do efeito suspensivo liminar, visto que, como destacado na inicial, há relevância em seus argumentos e também urgência na concessão da medida, pois o prazo para pagamento já se esgotou e está iminência de sofrer bloqueio da quantia.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de pedido de suspensão formulado contra a decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 0900526-54.2018.8.24.0005/SC (Evento 440 do processo originário).

Sobre o tema, sabe-se que a execução de liminar e de sentença nas ações movidas contra o Poder Público pode ser suspensa para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme estabelece o artigo 4º da Lei n. 8.437/1992. Veja-se:

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

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Nesse sentido, é oportuno destacar que a suspensão de liminar e sentença possui pressupostos específicos para a sua concessão, relacionados ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, razão pela qual não é possível, via de regra, eventual análise da matéria de mérito do processo principal nos estreitos limites desta via processual.

Noutras palavras, “o mérito da medida de suspensão de segurança não se confunde com o mérito dos autos originários, porquanto tem como objeto a análise do potencial risco de abalo grave à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas do ato questionado” (STF, SS 5305 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/12/2019).

Portanto, na concessão da suspensão de liminar e sentença não se analisa o conteúdo da decisão cuja eficácia se pretende suspender, mas somente o risco concreto de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas potencialmente gerado pela decisão concedida contra o Poder Público.

Na hipótese em tela, não se verifica, em juízo de cognição sumária, a plausibilidade do direito invocado a ensejar a concessão do efeito suspensivo liminar com base no § 7º do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, uma vez que não constata a existência de risco grave lesão à ordem, à saúde ou à economia públicas alegadas pelo ente público requerente.

Especificamente quanto à alegação de grave lesão à ordem pública, é oportuno mencionar, conforme assinala Elton Venturi, o valor protegido pelo “regime jurídico dos pedidos de suspensão é a chamada ordem pública administrativa, vale dizer, a ordinária prestação das essenciais atividades estatais constitucional e legalmente estabelecidas.”¹

Noutras palavras, há grave lesão à ordem pública “todas as vezes que uma decisão judicial provisória tem capacidade de comprometer os serviços públicos (água, esgoto, iluminação, internet, transporte etc.) de forma grave e atingindo parcela considerável da população local, proporcionando um caos social e administrativo”.²

Nesse sentido, não se avista tal potencialidade lesiva da decisão que determinou ao município requerente o pagamento de valor no montante de R\$ 78.600,00 pelo atendimento ao paciente cuja internação fora determinada na ação civil pública. Ao que tudo indica, o ente público fundamenta o seu pedido com base na violação da ordem jurídica, na medida em que defendeu que o pagamento ordenado pela decisão ora combatida não observou o regime do precatório ou da requisição de pequeno valor, desconsiderou a impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, bem como a necessidade de apuração dos valores exigidos em ação própria.

A respeito do tema, bem esclarece Elton Venturi:

1 Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. p. 207.

2 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança: suspensão da execução de decisão judicial contra o poder público. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

A grave lesão à ordem pública não poderia jamais ser confundida com grave violação da ordem jurídica, da ordem constitucional ou da ordem processual, como algumas vezes pretendem os postulantes de pedidos de suspensão.

Ainda que se revelem manifestamente equivocadas a concessão da medida liminar ou a decisão de procedência da ação movida contra o Poder Público, sob o ponto de vista de seus eventuais erros in procedendo ou erros in judicando, se não decorrer de suas execuções lesão concreta a algum dos interesses públicos tutelados pelo incidente de suspensão não há guarida para a pretensão cautelar analisada.³

Na mesma direção é a lição de Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezzini:

Elton Venturi faz pertinente observação quando frisa que grave lesão à ordem pública, não pode em hipótese alguma ser confundida com violação da ordem jurídica, pois por mais equivocada que seja a decisão atacada, não é dado ao Presidente do tribunal, ou ao órgão colegiado, na estreita via do incidente, analisar eventuais erroris in judicando ou erroris in procedendo, sob pena de estar-se usurpando a competência previamente estabelecida para tanto e, conseqüentemente, o princípio do juiz natural.

O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacífico nese sentido: “Na via excepcional da suspensão não se analisa lesão a ordem jurídica, tampouco erro de julgamento ou procedimento”.

Portanto, ainda que haja flagrante desrespeito, por exemplo, à legislação processual, ou à própria Constituição, não estarão preenchidos os requisitos para concessão da medida.⁴

Dessa forma, como o pedido de suspensão é vocacionado a tutelar somente os bens especificados pelo artigo 4º da Lei n. 8.437/1992 (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), não se revela possível examinar o acerto ou desacerto da decisão cujos efeitos se pretende sobrestar e avaliar se ocorreu possível lesão à ordem jurídica.

No que diz respeito à alegação de lesão à saúde e economia pública, neste momento processual, não se infere potencialidade lesiva na decisão que determinou o pagamento da importância de R\$ 78.600,00, montante que se afigura inexpressivo diante do orçamento do município requerente, com arrecadação prevista para o exercício de 2022 no montante de R\$ 1.382.629.369,63 (portal da transparência), o que, salvo melhor juízo, não se revela capaz de comprometer o seu equilíbrio financeiro e prejudicar a prestação do serviço público de saúde.

Ante o exposto, com base no § 7º do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, **indefiro o pedido de efeito suspensivo liminar** formulado pelo Município de Balneário Camboriú/SC.

Faculto a manifestação, em 15 (quinze) dias, da autora da ação no Juízo de origem

Na seqüência, exaurido o prazo supra, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

3 Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. p. 210/211.

4 Suspensão de segurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 93

Cientifique-se, com brevidade, o Juízo prolator da decisão momentaneamente suspensa.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **ALTAMIRO DE OLIVEIRA**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2754981v39** e do código CRC **1e77112d**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Data e Hora: 20/9/2022, às 16:56:24

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 5068208-39.2022.8.24.0000/SC

REQUERENTE: MUNICÍPIO DE GAROPABA/SC

REQUERIDO: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE GAROPABA

DESPACHO/DECISÃO

O Município de Garopaba formulou pedido de suspensão de liminar tendo por objeto as decisões proferidas pelo Desembargador Relator dos Agravos de Instrumento n. 5064593-41.2022.8.24.0000 e 5067141-39.2022.8.24.0000 por ocasião da análise do pedido de efeito suspensivo/antecipação da tutela recursal (Eventos 6 e 4, respectivamente).

Afirmou que a Expresso Garopaba Eireli propôs o Cumprimento de sentença contra a fazenda pública n. 5002746-22.2022.8.24.0167 referente ao acordo homologado judicialmente nos autos n. 5010730-91.2021.8.24.0167/SC. Destacou que interpôs o Agravo de Instrumento n. 5064593-41.2022.8.24.0000 contra a decisão que determinou o cumprimento da obrigação de fazer consistente na concessão do subsídio tarifário objeto de transação entre as partes, sob pena de sequestro de valores (Evento 4), o qual teve o pedido de efeito suspensivo indeferido. Acrescentou que a exequente interpôs o Agravo de Instrumento n. 5067141-39.2022.8.24.0000 contra a decisão que determinou o sequestro dos valores dos subsídios tarifários vencidos a partir da intimação do município na demanda, no valor de R\$ 250.000,00 (Evento 37), e o Desembargador Relator concedeu a antecipação da tutela recursal para permitir o sequestro também da integralidade dos valores vencidos, no montante total de R\$ 1.406.835,31.

Sustentou, em síntese, que as decisões poderão causar grave lesão à ordem e economia públicas, uma vez que obrigam a criação de despesa elevada sem a respectiva previsão orçamentária, o que viola a regra prevista no art. 167, V, da Constituição Federal e nos arts. 26, §2º, 37, III e IV da Lei Complementar n. 101/2000, os quais exigem lei específica para tanto. Defendeu, ainda, que o sequestro de valor superior a um milhão de reais será capaz de comprometer gravemente a sua saúde financeira, uma vez que é um município de pequeno porte e possui um significativo déficit em suas contas (R\$3.527.485,10), de modo que haverá prejuízo à manutenção de serviços essenciais à população e ao pagamento dos servidores municipais nos meses de novembro e dezembro. Por fim, requereu a concessão de efeito suspensivo liminar para suspender as decisões que determinaram o sequestro de verba pública e, após a oitiva da requerida e do Ministério Público, a confirmação da liminar, com o deferimento do pedido de suspensão.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de pedido de suspensão das decisões proferidas contra o Município de Garopaba nos autos dos Agravos de Instrumento n. 5064593-41.2022.8.24.0000 e 5067141-39.2022.8.24.0000.

Sobre o tema, sabe-se que a execução de liminar e de sentença nas ações movidas contra o Poder Público pode ser suspensa para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme estabelece o artigo 4º da Lei n. 8.437/1992. Veja-se:

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

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Nesse sentido, é oportuno destacar que a suspensão de liminar e sentença possui pressupostos específicos para a sua concessão, relacionados ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, razão pela qual não é possível eventual análise da matéria de mérito do processo principal nos estreitos limites desta via processual.

Noutras palavras, “o mérito da medida de suspensão de segurança não se confunde com o mérito dos autos originários, porquanto tem como objeto a análise do potencial risco de abalo grave à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas do ato questionado” (STF, SS 5305 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/12/2019).

Portanto, na concessão da suspensão de liminar e sentença não se analisa, via de regra, o conteúdo da decisão cuja eficácia se pretende suspender, mas somente o risco concreto de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas gerado pela decisão concedida contra o Poder Público.

Inicialmente, é oportuno destacar que o presente pedido de suspensão tem por objeto as decisões monocráticas que analisaram os pedidos de efeito suspensivo e de antecipação da tutela recursal formulados nos Agravos de Instrumento n. 5064593-41.2022.8.24.0000 e 5067141-39.2022.8.24.0000, de modo que, como ainda não há decisão de mérito nos referidos recursos, a competência para análise do pedido pertence a esta 1ª Vice-Presidência deste Tribunal, conforme recentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DENEGAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DO MÉRITO RECURSAL PELO ÓRGÃO COLEGIADO. SUSPENSÃO DE LIMINAR PERANTE A PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO.

1. O indeferimento de efeito suspensivo ativo a agravo de instrumento manejado contra decisão concessiva de liminar não tem, por si só, o condão de afastar a competência do presidente do Tribunal de origem, visto que a pretensão suspensiva ainda se vincula a questão controvertida presente na decisão da instância inferior. Precedentes.

2. Hipótese diversa acontece quando o mérito do agravo de instrumento já foi julgado, pois, nesse caso, o entendimento do relator não poderia ser reprimido por manifestação de outro magistrado desprovido de superposição hierárquica.

3. Ainda que a análise de mérito do agravo de instrumento ocorra de forma monocrática, não há óbice ao manejo da suspensão no STJ, pois, consoante já consagrado na jurisprudência, “não é necessário o exaurimento das vias recursais na origem para que se possa ter acesso à medida excepcional prevista na Lei n. 8.437/1992” (AgInt na SLS n. 2.702/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 27/8/2020).

4. No caso dos autos, no momento do manejo da suspensão pelo Estado do Pará, não havia manifestação do relator ou do colegiado quanto ao mérito do agravo de instrumento - mérito esse nem sequer analisado até a presente data -, o que revela a higidez do procedimento adotado pelo ente estadual ao protocolar o pedido de suspensão na Presidência do TJPA. Portanto, não se configura usurpação de competência. Agravo interno provido para rejeitar os anteriores embargos de declaração e, em consequência, julgar improcedente a reclamação. (AgInt nos EDcl no AgInt na Rcl n. 38.323/PA, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 9/3/2021, DJe de 11/3/2021.)

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. PEDIDO SUSPENSIVO DEFERIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO DOS RECURSOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Não há usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça se, ao tempo da apreciação do pedido de suspensão de liminar e de sentença pelo tribunal reclamado, o mérito do agravo de instrumento ainda não havia sido julgado.

2. Agravo interno desprovido. (AgInt na Rcl n. 28.192/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 21/5/2019, DJe de 24/5/2019.)

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

I - A reclamação, nos termos do art. 105, I, “f”, da Lex Maxima e art. 187 do RISTJ, somente tem cabimento para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, hipóteses em que não se enquadra o presente caso.

II - Não configura usurpação de competência desta Corte a decisão de Presidente de Tribunal a quo que defere pedido de suspensão de liminar concedida monocraticamente por Desembargador em sede de agravo de instrumento, uma vez que desta decisão é cabível agravo interno, nos termos do art. 4º da Lei nº 4.348/64.

III - Ademais, a reclamante interpôs agravo interno contra a decisão que suspendeu a liminar, recurso que ainda está pendente de julgamento no e. Tribunal a quo, não havendo, portanto, o esgotamento das instâncias ordinárias capaz de atrair a competência desta Corte. Reclamação improcedente. (Rcl n. 1.397/AM, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 1/7/2005, DJ de 29/8/2005, p. 134.)

Realizada a consideração necessária, observa-se que o município requerente defende que as decisões proferidas pelo nobre Desembargador Relator dos Agravos de Instrumento n. 5064593-41.2022.8.24.0000 e 5067141-39.2022.8.24.0000 teriam a aptidão de causar grave lesão à ordem e à economia públicas ao determinar o sequestro de verbas públicas sem previsão orçamentária e em montante capaz de comprometer o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Como já destacado, é sabido que a concessão do efeito suspensivo liminar ao pedido de suspensão, previsto no mencionado § 7º do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, depende da verificação, em juízo de cognição sumária, da plausibilidade do direito invocado pelo requerente e da urgência na concessão da medida de contracautela.

Nessa direção, verifica-se, em juízo superficial, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida, uma que vez, via de regra, não é possível o sequestro/bloqueio de verbas públicas para o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública, já que o adimplemento de tais obrigações devem se submeter ao regime de precatórios, e o imediato sequestro de significativos valores para o orçamento do município podem causar desordem no controle e execução das despesas públicas.

A respeito do tema, extraem-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO IMPUGNADA QUE AFASTA O REGIME DE PRECATÓRIOS. ALEGADO RISCO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. OCORRÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA QUE ATRAI A SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 100 DA CF E 534 E SEQUINTE DO CPC. RISCO INERENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. RECURSOS PÚBLICOS ESCASSOS. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS QUE SE SUBMETE NECESSARIAMENTE A ESCOLHAS ALOCATIVAS. PRECEDENTES. RELEVANTE VALOR DA CONSTRIÇÃO. PRESSÃO ORÇAMENTÁRIA QUE DECORRE DA PANDEMIA DA COVID-19. PEDIDO DE SUSPENSÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE (STP 834, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), julgado em 29/06/2022).

SUSPENSÃO DE LIMINAR. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO IMPUGNADA QUE AFASTA O REGIME DE PRECATÓRIOS. ALEGADO RISCO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. OCORRÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA QUE ATRAI A SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 100 DA CF E 534 E SEQUINTE DO CPC. RISCO INERENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. RECURSOS PÚBLICOS ESCASSOS. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS QUE SE SUBMETE NECESSARIAMENTE A ESCOLHAS ALOCATIVAS. PRECEDENTES. VALOR EXEQUENDO SOBREMODO ELEVADO. PRESSÃO ORÇAMENTÁRIA QUE DECORRE DA PANDEMIA DA COVID- 19. PEDIDO DE SUSPENSÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE. (SL 1.516, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), julgado em 05/05/2022).

SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO IMPUGNADA QUE AFASTA O REGIME DE PRECATÓRIOS. ALEGADO RISCO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. OCORRÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA QUE ATRAI A SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 100 DA CF E 534 E SEQUINTE DO CPC. RISCO INERENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. RECURSOS PÚBLICOS ESCASSOS. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS QUE SE SUBMETE NECESSARIAMENTE A ESCOLHAS ALOCATIVAS. PRECEDENTES. RELEVANTE VALOR DA CONSTRIÇÃO. PRESSÃO ORÇAMENTÁRIA QUE DECORRE DA PANDEMIA DA COVID-19. PEDIDO DE SUSPENSÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE. (STP 851, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), julgado em 04/05/2022)

Ainda na mesma linha, seguem demais arestos da Corte Suprema:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Previsão de bloqueio de verbas públicas em caso de descumprimento de obrigação. Impossibilidade. Precedentes.

1. Segundo a jurisprudência da Suprema Corte, a única hipótese autorizadora de sequestro de bens públicos é a ocorrência de quebra da ordem cronológica no pagamento de precatórios, nos termos do que dispõe o art. 100, § 2º, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental não provido.

3. Inaplicável art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de ação civil pública (art. 18 da Lei nº 7.347/85). (ARE 1352090 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 08-08-2022 PUBLIC 09-08-2022, grifou-se).

Agravo regimental na reclamação. Cerceamento de defesa. Inexistência. Contrato de disponibilização de mão de obra firmado com empresa terceirizada. Bloqueio de verbas municipais para garantia de dívida relativa a contrato de prestação de serviços. Impossibilidade. ADPF nºs 275, 375 e 485. Aderência estrita. Agravo regimental não provido.

1. Não se admite determinação judicial para que verbas públicas municipais sejam objeto de bloqueio, penhora e/ou sequestro destinados à garantia de pagamento a empresas terceirizadas detentoras de créditos relativos a contrato de disponibilização de mão de obra firmado com a respectiva administração pública, sob pena de violação das normas orçamentárias constantes do art. 167 da Constituição Federal e do princípio da separação de poderes (art. 2º, CF).

2. Verifica-se relação de semelhança do caso com a hipótese fática subjacente às ADPF nºs 485 e 275. 3. Agravo regimental não provido.

(Rcl 40898 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021, grifou-se).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. VIOLA A ADPF 485 E A ADPF 275 DECISÃO DETERMINANDO A RETENÇÃO DE VALORES DEVIDOS PELO ENTE PÚBLICO A PARTICULAR SEM SUBMISSÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DE PRECATÓRIOS. RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, o Juízo da 3ª Vara do Trabalho de São Luís/MA expediu mandado de intimação em desfavor do Município de São Luís/MA, mediante o qual determinou o seguinte: “expeça-se mandado de cumprimento ao MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS instando a autoridade competente a reter os valores referentes ao crédito que a primeira reclamada Intechne-Tecnologia de Informação Ltda possua em razão de contrato firmado com o ente público, no valor exato de R\$ 11.970,95, devendo o montante retido ser depositado em conta judicial à disposição da 3ª Vara do Trabalho de São Luís para garantir o saldo remanescente da presente execução, com comprovação do cumprimento da ordem no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 limitada a R\$ 3.000,00, a ser revertida em favor do autor” (doc. 7, fl. 1).

2. Não se admite a constrição indiscriminada de verbas públicas por meio de decisões judiciais, sob pena de afronta ao preceito contido no art. 167, VI, da CF, e ao modelo constitucional de organização orçamentária das finanças públicas, bem como ao preceito da separação funcional de poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, da CF) e aos princípios da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da CF) e da continuidade dos serviços públicos (art. 175 da CF).

3. Nessas circunstâncias, em que o Juízo reclamado determinou ao Município de São Luís/MA a retenção de valores devidos à empresa ré, em ação trabalhista, sob pena de multa diária, sem a submissão ao regime constitucional de precatórios, há evidente ofensa ao que decidido na ADPF 275 (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 27/6/2019) e na ADPF 485 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, Sessão Virtual de 27/11/2020 a 4/12/2020).

4. Recurso de agravo a que se dá provimento.

(Rcl 41604 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 09-02-2021 PUBLIC 10-02-2021)

Assim, neste momento processual, o sequestro/bloqueio de verbas públicas municipais determinado pelas decisões ora impugnadas afigura-se potencialmente lesivo à ordem pública, na medida em que se mostra aparentemente incompatível com a legislação de regência e o regime constitucional de precatórios, sobretudo porque o caso em tela não trata de situações excepcionais em que se admite tal medida, a exemplo da quebra da ordem cronológica do pagamento de precatórios ou do fornecimento de medicamentos.

Além disso, também se vislumbra potencial risco de grave lesão à economia pública a partir do sequestro/bloqueio de valores expressivos para o orçamento do município (R\$1.406.835,31), especialmente porque, conforme afirmado pelo ente público e indicado nos documentos instruídos com a peça inicial, as contas públicas possuem déficit atual de aproximadamente R\$ 3.527.485,10, razão pela qual o comprometimento de importância considerável de seu orçamento poderá afetar seu equilíbrio econômico-financeiro e prejudicar a prestação dos diversos serviços públicos essenciais para a coletividade, tais como educação, saúde e assistência social.

Ante o exposto, presentes os requisitos do § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, **defiro o pedido de concessão de efeito suspensivo liminar** para sustar os efeitos das decisões proferidas pelo Desembargador Relator dos Agravos de Instrumento n. 5064593-41.2022.8.24.0000 (Evento 6) e 5067141-39.2022.8.24.0000 (Evento 4) que mantiveram/determinaram o sequestro de verbas públicas do Município de Garopaba.

Faculto a manifestação, em 15 (quinze) dias, da autora da ação no Juízo de origem.

Na sequência, exaurido o prazo supra, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Cientifique-se, com brevidade, o Desembargador Relator dos recursos e também o Juízo da Vara Única da Comarca de Garopaba.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **ALTAMIRO DE OLIVEIRA**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2997744v75** e do código CRC **e1fd603f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Data e Hora: 30/11/2022, às 12:51:48

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 5073419-56.2022.8.24.0000/SC

REQUERENTE: MUNICÍPIO DE TAIÓ/SC

REQUERIDO: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE TAIÓ

DESPACHO/DECISÃO

Município de Taió requereu a suspensão da medida liminar concedida no mandado de segurança n. 5003094-40.2022.8.24.0070, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público do Município de Taió – SINTRASP, na qual se assegurou aos professores da rede pública municipal de ensino o gozo das férias durante o período de recesso escolar.

É o relato necessário.

Decido.

A suspensão da execução da liminar concedida em mandado de segurança está prevista no art. 15 da Lei n. 12.016/2009, que assim dispõe:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

O deferimento da medida, portanto, submete-se a pressupostos específicos, relacionados com

o risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sem adentrar, contudo, no mérito da decisão impugnada.

De fato, conforme o STJ:

A suspensão de liminar e de sentença é meio inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia, sendo, de igual modo, inviável o exame do acerto ou do desacerto da decisão cujos efeitos a parte busca sustar, sob pena de transformação do pedido de suspensão em sucedâneo recursal e de indevida análise de argumentos jurídicos que atacam especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

(STJ, AgInt na SLS n. 3.020/PA, rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, j. 22/03/2022, DJe 24/3/2022).

No mesmo sentido, do STF:

Não se aufere, em sede de suspensão de segurança, a eventual legalidade ou mesmo a razoabilidade da decisão atacada, mas tão somente se verifica o risco de grave lesão à ordem ou à economia públicas representado pela referida suspensão.

(STF, SL 1102 AgR, rel. Min. Dias Toffoli (Presidente), Tribunal Pleno, j. 20/04/2020, DJe 14/05/2020).

É irrelevante, assim, que a decisão de origem não tenha respeitado «*o mandamus legal de intimação da fazenda pública para manifestação em 72 horas*» ou que esteja fundada «*em legislação que há quase três décadas não produz mais efeito no ordenamento jurídico*», como defendido pelo Município, pois aqui, reitero, a análise não está voltada para o acerto ou desacerto daquele provimento.

Por outro lado, o alegado prejuízo ao erário e ao serviço público municipal, em princípio, não restou inequivocamente comprovado, afinal a medida liminar apenas manteve a praxe administrativa já adotada até então.

Uma busca simples no *site* do Município, aliás, permite concluir que as férias do corpo docente durante o período de recesso escolar nunca foram empecilho para a realização do plantão da educação infantil no mês de janeiro, que ocorreu normalmente nos anos anteriores.¹

Não bastasse isso, nem todos os professores escalados para o plantão estão na listagem daqueles supostamente impedidos de gozar férias em janeiro, o que evidencia a possibilidade de acerto entre os servidores interessados e a Administração para que o atendimento ininterrupto na educação infantil seja garantido.

¹ A propósito, confirmam-se as seguintes notícias: <<https://www.taio.sc.gov.br/noticias/ver/2018/11/secretaria-de-educacao-apresenta-plano-de-atendimento-nos-ceis-para-o-mes-de-janeiro>>; <<https://www.taio.sc.gov.br/noticias/ver/2018/11/secretaria-de-educacao-apresenta-plano-de-atendimento-nos-ceis-para-o-mes-de-janeiro>>; <<https://www.taio.sc.gov.br/noticias/ver/2021/11/secretaria-de-educacao-de-taio-divulga-informacoes-sobre-as-rematriculas-e-matriculas-da-educacao-infantil-para-2022>>. Acesso em: 21/12/2022.

Por isso, indefiro o pedido de efeito suspensivo liminar.

Intime-se nesta data.

Documento eletrônico assinado por **VILSON FONTANA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3071296v16** e do código CRC **122957d8**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VILSON FONTANA

Data e Hora: 21/12/2022, às 19:51:33

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

APELAÇÃO Nº 0300620-70.2014.8.24.0141/SC

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU)

APELADO: SIRLEI MENDES DE GODOI MEDEIROS (AUTOR)

DESPACHO/DECISÃO

Esta 2ª Vice-Presidência determinou a remessa dos autos à Câmara Julgadora para eventual juízo de retratação, consoante sistemática prevista no artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil, em virtude das teses firmadas no julgamento do **TEMA 1.044/STJ**.

Oportunamente, o Órgão Fracionário procedeu ao juízo positivo de retratação para, em adequação às disposições do Tema 1.044/STJ, alterar o acórdão hostilizado e dar provimento ao recurso do INSS e, assim, determinar a restituição pelo Estado de Santa Catarina dos honorários periciais adiantados pela autarquia federal.

Os autos retornaram conclusos.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Reclamo se encontra prejudicado pela perda superveniente do objeto.

Conforme exposto alhures, o presente Recurso Especial foi sobrestado por versar sobre controvérsia submetida a julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, relativa ao **TEMA 1044/STJ** (REsp n. 1.824.823/PR e REsp 1.823.402/PR), assim delimitada: “*Responsabilidade pelo custeio de honorários periciais, em ações acidentárias, de competência da Justiça Estadual, adiantados pelo INSS, nos casos em que a parte autora, beneficiária da gratuidade da justiça, é sucumbente.*”

Em decisão publicada na data de 25.10.2021, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese jurídica:

Nas ações de acidente do trabalho, os honorários periciais, adiantados pelo INSS, constituirão despesa a cargo do Estado, nos casos em que sucumbente a parte autora, beneficiária da isenção de ônus sucumbenciais, prevista no parágrafo único do art. 129 da Lei 8.213/91.

A propósito, destaca-se a ementa do acórdão paradigma:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DE NATUREZA REPETITIVA. AÇÃO ACIDENTÁRIA EM QUE A PARTE AUTORA, BENEFICIÁRIA DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA, NA FORMA DE ISENÇÃO, É SUCUMBENTE. ISENÇÃO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS DO ART. 129, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.213/91. CUSTEIO DE HONORÁRIOS PERICIAIS, ADIANTADOS PELO INSS. ART. 8º, § 2º, DA LEI 8.620/93. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DEVER CONSTITUCIONAL DE PRESTAR ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS HIPOSSUFICIENTES. PRECEDENTES DO STJ. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, aplicando-se, no caso, o Enunciado Administrativo 3/2016, do STJ, aprovado na sessão plenária de 09/03/2016 (“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”). II. Trata-se, na origem, de ação ajuizada por segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o restabelecimento de auxílio-doença, decorrente de acidente de trabalho, ou, alternativamente, a concessão de auxílio-acidente. III. O Juízo de 1º Grau, após deferir o benefício da gratuidade da justiça, sob a forma de isenção de ônus sucumbenciais, prevista no art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91, julgou improcedente o pedido e dispensou a parte autora de tais ônus, na forma do mencionado dispositivo legal. O INSS apelou e o Tribunal de origem manteve a sentença, ao fundamento de que a situação dos presentes autos é diversa daquela em que a parte autora litiga sob o pálio da Lei 1.060/50, hipótese em que, se vencida, caberá ao Estado o ressarcimento das despesas relativas ao processo, incluindo os honorários periciais, pois tem ele o dever constitucional de prestar assistência judiciária aos hipossuficientes. Destacou que, no caso, trata-se de ação de acidente do trabalho, julgada improcedente, incidindo, em favor da parte autora, a isenção dos ônus sucumbenciais prevista no art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91, pelo que será de responsabilidade exclusiva do INSS o pagamento dos honorários periciais, independentemente de sua sucumbência. Concluiu que o Estado não tem o dever de ressarcir o INSS pelos honorários periciais que antecipou, por ausência de previsão legal. IV. No Recurso Especial sustenta o INSS violação aos arts. 8º, § 2º, da Lei 8.620/93, 1º da Lei 1.060/50, 15 e 16 da Lei Complementar 101/2000, para concluir que, sendo sucumbente o autor da ação acidentária, beneficiário da gratuidade de justiça, sob a forma de isenção de ônus sucumbenciais de que trata o art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91, deve a autarquia ser ressarcida, da despesa de honorários periciais que antecipara, pelo Estado, que é responsável constitucionalmente pela assistência jurídica aos necessitados. V. A controvérsia ora em apreciação cinge-se em definir a quem cabe a responsabilidade pelo custeio, em definitivo, de honorários periciais antecipados pelo INSS, na forma do art. 8º, § 2º, da Lei 8.620/93, nas ações de acidente do trabalho em curso na Justiça dos Estados e do Distrito Federal, nas quais a parte autora, sucumbente, é beneficiária da gratuidade de justiça, por força da isenção de custas e de verbas de sucumbência, prevista no art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91. VI. Nas causas acidentárias, de competência da Justiça dos Estados e do Distrito Federal, o procedimento judicial, para o autor da ação, é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência, conforme a regra do art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91. Em tais demandas o art. 8º, § 2º, da Lei 8.620/93 estabeleceu norma especial, em relação ao CPC/2015, determinando, ao INSS, a antecipação dos honorários periciais. VII. A exegese do art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91 – que presumiu a hipossuficiência do autor da ação acidentária – não pode conduzir à conclusão de que o INSS, que, por força do art. 8º, § 2º, da Lei 8.620/93, antecipara os honorários periciais, seja responsável, em definitivo, pelo seu custeio, ainda que vencedor na demanda, em face do disposto no art. 82, § 2º, do CPC/2015, que, tal qual o art. 20, caput, do CPC/73, impõe, ao vencido, a obrigação de pagar, ao vencedor, as despesas que antecipou. VIII. Entretanto, como, no caso, o autor da ação acidentária, sucumbente, é beneficiário de gratuidade de justiça, sob a forma de isenção de ônus sucumbenciais de que trata o art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91 – que inclui o pagamento de honorários periciais –, a jurisprudência do STJ orientou-se no sentido de que, também nessa hipótese, tal ônus recai sobre o Estado, ante a sua obrigação constitucional de garantir assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, como determina o art. 5º, LXXIV, da CF/88. IX. O acórdão recorrido sustenta a diferença

entre a assistência judiciária – prevista na Lei 1.060/50 e nos arts. 98 a 102 do CPC/2015 – e a gratuidade de justiça, sob a forma de isenção de ônus sucumbenciais, sobre a qual dispõe o art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91, concluindo que, na última hipótese, o Estado não pode ser responsabilizado pelo custeio definitivo dos honorários periciais, à míngua de previsão legal, recaindo tal ônus sobre o INSS, ainda que vencedor na demanda. X. Contudo, interpretando o referido art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91, quando sucumbente o autor da ação acidentária, firmou-se “a jurisprudência do STJ (...) no sentido de que o ônus de arcar com honorários periciais, na hipótese em que a sucumbência recai sobre o beneficiário da assistência judiciária gratuita ou de isenção legal, como no caso dos autos, deve ser imputado ao Estado, que tem o dever constitucional de prestar assistência judiciária aos hipossuficientes” (STJ, AgInt no REsp 1.666.788/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.720.380/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/08/2018; REsp 1.790.045/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/08/2019; REsp 1.782.117/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2019; AgInt no REsp 1.678.991/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/12/2017. XI. Tese jurídica firmada: “Nas ações de acidente do trabalho, os honorários periciais, adiantados pelo INSS, constituirão despesa a cargo do Estado, nos casos em que sucumbente a parte autora, beneficiária da isenção de ônus sucumbenciais, prevista no parágrafo único do art. 129 da Lei 8.213/91.” XII. Recurso Especial conhecido e provido, para determinar que cabe ao Estado do Paraná o pagamento, em definitivo, de despesa de honorários periciais adiantados pelo INSS, em ação de acidente do trabalho na qual o autor, sucumbente, é beneficiário da gratuidade de justiça, sob a forma de isenção de ônus sucumbenciais, prevista no art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91. XIII. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2005 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

Posteriormente, o Estado de Santa Catarina opôs Embargos de Declaração contra esse julgamento, os quais foram rejeitados pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão publicado na data de 15.03.2022 (EDcl no Resp 1.823.402/PR).

A referida decisão paradigmática transitou em julgado em 16.05.2022 e, diante do dessorbamento do presente Recurso Especial, foram intimadas as partes para se manifestarem a respeito de eventuais reflexos do julgamento do **TEMA 1.044/STJ**.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Órgão Julgador de origem, que procedeu ao juízo positivo de retratação a fim de, em adequação às disposições do TEMA 1.044/STJ, alterar o acórdão impugnado e determinar a restituição, pelo Estado de Santa Catarina, dos honorários periciais adiantados pela autarquia federal.

Destarte, como a decisão combatida foi reformada em juízo de retratação nos termos ora expostos, o Apelo nobre conseqüentemente perde seu objeto, porquanto caracterizada a ausência de interesse recursal ou de utilidade da prestação jurisdicional.

Afinal, “recurso prejudicado é recurso na qual a parte já não tem mais interesse processual, haja vista a perda do seu objeto – enquadrando-se, portanto, no caso de inadmissibilidade recursal (ausência de requisito intrínseco de admissibilidade recursal)” (Marinoni, et al. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 879).

Nessa compreensão, em face da perda superveniente de objeto, diante da adequação da decisão combatida ao **TEMA 1.044/STJ**, resulta prejudicado o expediente Recursal.

Publique-se e intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **GETULIO CORREA, 2º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2638846v1** e do código CRC **ebdf59e3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GETULIO CORREA

Data e Hora: 17/8/2022, às 15:48:51

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO Nº 0307935-10.2018.8.24.0045/SC

RECORRENTE: ROSELIA JOCHEN BROERING (AUTOR)

RECORRIDO: TELEFONICA BRASIL S.A.

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Rosélia Jochen Broering EPP - Moenda Móveis, com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 4º e 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 e 6º, do Código de Processo Civil; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito à ocorrência de danos morais por indevida interrupção da linha telefônica utilizada por pessoa jurídica.

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

É o relatório.

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade recursal.

Em relação à alegada ofensa aos arts. 4º, da Lei n. 8.078/90 e 6º, do CPC, a admissão do reclamo é vedada pelas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis de forma análoga, haja vista que o acórdão objurgado não exerceu juízo de valor acerca de tais dispositivos, e não foram opostos embargos de declaração para forçar a manifestação do órgão fracionário a respeito. Ausente, portanto, o necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial.

Como é cediço, “o prequestionamento é exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do recurso especial. Sua ocorrência se dá quando a causa tiver sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, situação não verificada na hipótese.” (STJ, AgInt no AREsp n. 1886856/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 11.10.2021).

Nesse norte:

Dirimida a lide sem qualquer menção dos dispositivos legais mencionados no apelo nobre, padece o recurso do indispensável prequestionamento, o que faz incidir, por analogia, o óbice da Súmula 282 do STF. (STJ, AgInt no REsp n. 1826410/RS, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 15.12.2020).

No que diz respeito à apontada vulneração do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 e ao dissenso pretoriano correlato, a admissão do apelo especial pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional é vedada pelas Súmulas 7 e 83, do STJ, tendo em vista que a 7ª Câmara de Direito Civil decidiu a controvérsia em consonância com a jurisprudência da Corte Superior, concluindo pelo afastamento do dever de indenizar, diante das circunstâncias fáticas que permeiam a lide.

Merece destaque o seguinte excerto do acórdão hostilizado (**evento 27, RELVOTO2**):

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na “ação de reparação por lucros cessantes c/c danos morais”, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à autora, devidamente corrigidos, além do adimplemento das custas processuais e honorários sucumbenciais, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A apelante sustenta, em síntese, que em nenhum momento a “parte autora, ora recorrida, demonstrou de forma inequívoca a efetiva suspensão dos serviços, apenas fez meras alegações”, não tendo comprovado minimamente os fatos alegados na peça portal (Evento 44, apelação 1, p. 4).

Almeja, ainda, a reforma da sentença para afastar a condenação reparatória por abalo anímico, sob o argumento de que a empresa apelada “não demonstrou de forma inequívoca o abalo à sua honra objetiva, não havendo que se falar em pagamento de indenização a título de danos morais” (Evento 44).

Dito isso, a par das razões apresentadas pelo i. Des. Carlos Roberto da Silva, e após reexame do acervo probatório amealhado aos autos, adianto meu entendimento no sentido de acolher o inconformismo apresentado pela requerida.

Isso porque, consoante jurisprudência do STJ, a simples suspensão do fornecimento do serviço público “não é, a princípio, motivo para condenação da empresa concessionária em danos morais, exigindo-se, para tanto, demonstração do comprometimento da reputação da empresa” (REsp n. 1.298.689/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 15-04-2013).

Sob esse aspecto, cumpre destacar que a pretensão formulada, fundada na reparação por abalo moral advindo da impossibilidade de fruição da linha telefônica por pessoa jurídica, não revolve indenização moral decorrente de abalo de crédito, onde sabidamente está-se diante de prejuízos presumidos (in re ipsa). Aliás, consoante orientação assentada pela Corte Superior, “o simples descumprimento contratual não é suficiente para gerar danos morais, sendo necessária a análise da situação jurídica controvertida e, a partir dela, afirmar se há ou não dano moral indenizável” (EDcl no AREsp n. 651.991/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 12-05-2015).

[...]

Seguindo essa linha de raciocínio, considerando que o pleito de índole extrapatrimonial, quando atrelado à ofensa de honra objetiva não são deduzíveis, forçoso reconhecer que os transtornos relatados pela demandante limitaram-se ao campo argumentativo. Fazia-se necessário, ao menos, um início de prova que sinalizasse um dissabor superior à esfera do descumprimento contratual, apto a demonstrar a ocorrência de dano à honra objetiva (imagem, conceito ou boa fama).

Vale dizer, apesar de ser inegável o incômodo advindo com a interrupção do serviço de telefonia, o contexto fático-probatório delineado afigura-se insuficiente para o acolhimento da pretensão indenizatória formulada.

Somado a isso, competia à acionante apresentar, juntamente com a petição inicial, início de aparato probatório minimamente capaz de amparar sua versão inicial, conforme preconiza o art. 434, caput, do CPC, encargo do qual não se desincumbiu. No ponto, salienta-se que a documentação colacionada com a exordial não tem o condão pretendido, pois ausente qualquer lastro documental passível de respaldar os aventados prejuízos “junto aos clientes habituais e fornecedores” e/ou à sua “límpida imagem”.

Em verdade, vão de encontro ao pleito indenizatório reivindicado, pois a fatura acostada com a petição inicial refere-se ao número de telefone (48) 3245-5524 e a endereço residencial (Ev. 1, Inf.6), os quais são diversos

daquele cuja interrupção foi relatada (48 3342-0252), inclusive do endereço sede da autora (Ev1, Inf.3). Frise-se: os documentos trazidos pela postulante sequer fazem menção ao referido terminal telefônico.

Por derradeiro, não se ignora o fato de o juiz singular ter invertido o ônus da prova, com fulcro no art. 6º, VIII, do CDC (Evento 4). Contudo, tal providência, por si só, não eximia a autora de ter apresentado elementos que reforçassem suas alegações.

Com efeito, o entendimento do órgão fracionário deste Tribunal está em consonância com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 83/STJ). Além disso, a conclusão a que chegou o julgado hostilizado está sustentada nos elementos fático-probatórios trazidos ao processo e, como cediço, em recurso especial é vedado o reexame de fatos e provas (Súmula 7/STJ).

Guardadas as devidas adequações, decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO INOMINADO. APELAÇÃO. DENOMINAÇÃO. EQUÍVOCO. ERRO MATERIAL. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. INCIDÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PORTABILIDADE DE LINHA TELEFÔNICA MÓVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ÔNUS DA PROVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. ART. 52 DO CC/02. HONRA OBJETIVA. LESÃO A VALORAÇÃO SOCIAL, BOM NOME, CREDIBILIDADE E REPUTAÇÃO. PROVA. INDISPENSABILIDADE.

[...] 9. Os danos morais dizem respeito à atentados à parte afetiva (honra subjetiva) e à parte social da personalidade (honra objetiva).

10. Embora as pessoas jurídicas possam sofrer dano moral, nos termos da Súmula 227/STJ, a tutela da sua personalidade restringe-se à proteção de sua honra objetiva, a qual é vulnerada sempre que os ilícitos afetarem seu bom nome, sua fama e reputação.

11. É impossível ao julgador avaliar a existência e a extensão de danos morais supostamente sofridos pela pessoa jurídica sem qualquer tipo de comprovação, apenas alegando sua existência a partir do cometimento do ato ilícito pelo ofensor (in re ipsa). Precedentes.

12. Na hipótese dos autos, a Corte de origem consignou não ter havido prova de que o erro na prestação do serviço de telefonia afetou o funcionamento da atividade exercida pela recorrente ou sua credibilidade no meio em que atua, não tendo ficado, assim, configurada a ofensa à honra objetiva da recorrente.

13. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

14. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.822.640/SC, rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 12.11.2019). (Grifou-se).

Nesse cenário, “a aplicação das Súmulas 7 e 83 do STJ torna inviável o recurso especial, seja em relação ao fundamento de ter havido contrariedade (ou negativa de vigência) à lei federal, seja quanto à alegação de divergência, entre tribunais, de interpretação da lei federal” (STJ, AgInt no AREsp n. 1773460/GO, rel^a. Min^a. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 13.12.2021).

Anota-se ainda que a parte recorrida formulou, em contrarrazões, pleito de majoração dos honorários recursais (**evento 42, CONTRAZRESP1, fl. 5**).

Todavia, além de ter sido dirigido à Corte Superior, forçoso é reconhecer que tal pleito não diz respeito ao juízo de admissibilidade recursal, motivo pelo qual a respectiva análise refoge à competência desta Segunda Vice-Presidência.

Segundo os §§ 1º e 11 do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária deve ser feita pelo “*tribunal, ao julgar o recurso*”, e, no caso presente, não houve julgamento do recurso especial, mas apenas inadmissão dele por conta do juízo negativo de admissibilidade.

Dessarte, à míngua de julgamento do recurso especial, não cabe a este 2º Vice-Presidente majorar os honorários advocatícios em favor da parte recorrida. Somente o Tribunal “*ad quem*” é que poderá, em eventual julgamento do reclamo, estabelecer novos parâmetros da verba honorária.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, V, do CPC/15, **não se admite** o recurso especial do evento 36.

Documento eletrônico assinado por **GETULIO CORREA, 2º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2718885v4** e do código CRC **14a7119c**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GETULIO CORREA

Data e Hora: 9/9/2022, às 16:15:16

RECURSO ESPECIAL EM HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5008163-69.2022.8.24.0000/SC

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: JAILSON DO NASCIMENTO

DESPACHO/DECISÃO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, interpôs Recurso Especial contra o acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal, que decidiu, por unanimidade, conceder a ordem para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) em relação aos delitos comuns, mantida a fração do hediondo (Evento 18).

Em síntese, alegou violação aos arts. 2º, parágrafo único, do Código Penal e 112 da LEP (Evento 26).

Apresentadas as contrarrazões (Evento 49), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência, na data de 30.09.2022.

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

1.1. Da alegada violação ao art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, e art. 112 da Lei n. 7.210/1984

O recorrente aduziu que citados dispositivos legais foram violados, uma vez que “*houve a indevida combinação de leis, com a aplicação, em uma única execução penal, de dispositivos anteriores e posteriores à entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 – mais precisamente do art. 112 da LEP.*” (Evento 26).

Sobre o tema a Corte estadual consignou:

O habeas corpus, como é consabido, é destinado a combater ato atentatório contra a liberdade de locomoção - ou o direito de ir e vir -, seja qual for a base legal para sua impetração (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal, art. 647 e art. 648 do Código de Processo Penal).

Na presente hipótese, o pedido de concessão de ordem refere-se exclusivamente a questões próprias da execução da pena aplicada em desfavor do paciente, de modo que não é viável a utilização da ação constitucional de habeas corpus como substitutivo do recurso cabível previsto na legislação para combater decisão proferida na execução penal.

Não se olvida que os Tribunais pátrios alargaram consideravelmente o leque de hipóteses de cabimento do habeas corpus, conferindo a mais ampla interpretação ao termo “constrangimento ilegal”, o que vinha

possibilitando a impetração de ordens nas mais variadas situações.

Entretanto, a tendência atual da jurisprudência é de racionalizar o uso deste tipo de ação.

É o que se extrai da orientação do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Habeas Corpus n. 109.956/PR, onde, em julgamento majoritário, foi reconhecida a impossibilidade de manejo do remédio constitucional como substitutivo do recurso ordinário.

Muito embora o referido precedente não tenha abordado a mesma hipótese ora discutida, a nova tendência a ser seguida está muito bem delineada, conforme o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio:

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado habeas corpus substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do habeas corpus e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os seguintes precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça não destoam:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO FISCAL GARANTIDO POR MEIO DE CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. CONSTITUIÇÃO DO CREDITO TRIBUTÁRIO INALTERADA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL, CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Conquanto o débito fiscal tenha sido garantido na origem, o certo é que não se equipara ao pagamento do tributo, razão pela qual não enseja, imediata e obrigatoriamente, o trancamento da ação penal, como almejado. Precedentes.

3. A sentença proferida nos embargos à execução fiscal em nada afetou a constituição do crédito tributário, que permanece hígida, o que reforça a impossibilidade de interrupção prematura do processo criminal, ante a independência entre as esferas cível, administrativa e penal.

4. A pedido do Ministério Público, a autoridade impetrada determinou, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal, a suspensão do processo criminal por 180 (cento e oitenta) dias, o que reforça a inexistência de coação ilegal a ser reparada por este Sodalício.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(*Habeas Corpus* n. 394.746/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 17-08-2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PACIENTE ADVOGADO. SALA DE ESTADO MAIOR. RECOLHIMENTO EM BATALHÃO DA POLÍCIA MILITAR CONDIÇÕES LEGAIS SATISFEITAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. A Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), garante a todos os Advogados, enquanto inscritos em seus quadros, o direito de serem cautelarmente constritos em sala de Estado-Maior ou, em sua falta, em prisão domiciliar.

4. Constatado que o local em que se encontra o paciente, Batalhão da Polícia Militar, atende, aparentemente os requisitos legais, não há falar em configuração de constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (*Habeas Corpus* n. 247.648/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), j. 11-12-2012 - grifou-se).

De igual forma, esta Corte de Justiça vem, há bastante tempo, assentando a impossibilidade de impetrar habeas corpus como substitutivo dos recursos previstos na legislação processual, conforme os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. AGENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV DO CP). PEDIDO DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE CUMPRIMENTO DO REGIME ABERTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. PLEITO A SER DEDUZIDO EM RECURSO DE AGRAVO. ORDEM NÃO CONHECIDA. (*Habeas Corpus* n. 2012.013979-3, Primeira Câmara Criminal, Relª. Desª. Marli Mosimann Vargas, j. 03-04-2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE ERRO MATERIAL NA SENTENÇA E INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA MAJORAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. QUESTÕES NÃO DECIDIDAS PELO JUÍZO A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUDIÊNCIA QUE DECRETOU REGRESSÃO DE REGIME. NULIDADE INOCORRENTE. NOMEAÇÃO DE DEFENSORA AD HOC E CONFISSÃO DO APENADO ACERCA DO COMETIMENTO DE DELITO DOLOSO QUANDO COLOCADO NO REGIME ABERTO. PREJUÍZO INEXISTENTE. CLARA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO DA QUESTÃO VIA AGRAVO. LEP, ART. 197. WRIT NÃO CONHECIDO. (*Habeas Corpus* n. 2012.009766-0, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27-03-2012).

EXECUÇÕES PENAIS. DETENTO TRANSFERIDO DO ESTADO DO PARANÁ PARA FLORIANÓPOLIS. PLEITOS DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, SAÍDA TEMPORÁRIA, PROGRESSÃO DE REGIME E CONTAGEM DE DIAS DE TRABALHO E DIAS DE PENA JÁ CUMPRIDOS EM OUTRO ESTADO. MATÉRIAS NÃO AFETAS À ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. PRECEDENTES. NÃO ENVIO DO PEC DA COMARCA ONDE FOI CONDENADO PARA A ATUAL VARA DE EXECUÇÕES PENAIS, ONDE SE ENCONTRA PRESO. JUÍZO QUE JÁ REQUEREU,

POR DUAS VEZES, A REMESSA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE AUTORIDADE COATORA OU DECISÃO DO JUIZ CATARINENSE A SER ATACADA. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA ADOTADO COMO RAZÃO DE DECIDIR. FLAGRANTE ILEGALIDADE INEXISTENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. “Com exceção de uma hipótese de manifesta ilegalidade, é inviável a discussão de questões referentes à execução penal na estreita via da ação de Habeas Corpus. O habeas corpus não substitui o recurso de agravo, que é o meio adequado o exame de matérias afetas à execução penal” (Habeas Corpus n. 2011.044901-7, da Capital. Rel. Des. Subst. Carlos Alberto Civinski, j. 7-7-2011). (Habeas Corpus n. 2011.101124-2, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 31-01-2012).

Destaca-se que esta relatoria já conheceu, em ações de habeas corpus, questões referente à execução penal, quando estas versam sobre flagrante ilegalidade.

Deste modo, a fim de evitar eventual alegação de nulidade futura, passa-se a verificar a ocorrência da ilegalidade na análise das frações para progressão de regime.

Extrai-se das informações prestadas no evento 6:

No caso, das certidões de antecedentes criminais juntadas na seq. 106 vê-se que o apenado é reincidente mas não específico em crime hediondo ou equiparado. Dessarte, deve retroagir a norma mais benéfica em seu favor, incidindo para progressão de regime:

a) sobre a pena remanescente de 40% (quarenta por cento) crimes hediondos sem resultado morte.

Contudo, cediço que em conflito temporal de leis penais, não é permitido ao Estado-juiz mesclar partes das duas normas, criando assim uma lex tertia, ou seja, um terceiro regime jurídico. Dessarte, ou a norma retroage por inteiro, ou se mantém a aplicação da lei antiga.

Para ser beneficiado com a fração de 40% ou 50% a crimes hediondos, portanto, deve também ter os requisitos progressivos de crimes comuns avaliados de acordo com a nova redação do art. 112 da LEP.

Assim tem decidido o TJSC:

[...]

Portanto, além do disposto acima, aplica-se também para progressão de regime:

a) 25% (vinte e cinco por cento) sobre a sanção remanescente de crimes comuns com violência ou grave ameaça, pois em infrações desta natureza. não é reincidente específico

Ante o exposto, RECONHEÇO a pretendida retroatividade benéfica (novatio legis in melius) da lei 13.964/2019 em favor de JAILSON DO NASCIMENTO e, via de consequência, DEFIRO a aplicação para cálculo do requisito objetivo de futura progressão de regime, no tocante a delitos hediondos, dos percentuais estabelecidos nos incisos V e VI da atual redação do art. 112 da LEP.

Por outro lado, dada a inviabilidade de combinação de normas, APLICO retroativamente a lei 13.964/2019 também aos crimes comuns, a fim de observar os incisos I a IV da atual redação do art. 112 da LEP para progressão de regime, nos moldes da fundamentação.

Infere-se da decisão objurgada que a magistrada a quo ao analisar o pedido de retificação de cálculos para progressão de regime passou a considerar 40% (cinquenta por cento) ao invés dos 3/5 quanto ao crime hediondo, todavia passou a aplicar as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19 em sua integralidade, vedando a possibilidade de aplicar a fração mais benéfica para cada condenação, amparada na inviabilidade de combinações de normas.

É consabido que não há amparo legal para aplicar a norma de modo fragmentado, conforme tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do Julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n. 1910240/MG e n. 1918338/MT.

Isto porque, embora a Constituição Federal possibilite a aplicação retroativa da norma penal benéfica, ex vi, art. 5º, XL, não existe hipótese de fragmentar o dispositivo legal para aplicar parcialmente o que for mais benéfico de cada lei, sob pena de comprometer a segurança jurídica.

Sobre essa impossibilidade, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, já decidiu que “não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes” (RE 600817, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013)

Este Desembargador, inclusive, já reconheceu a impossibilidade de aplicação fracionada da norma, como ocorre, por exemplo, na alteração que o pacote anticrime promoveu na fração de progressão aos apenados primários ou reincidentes comum, condenados por crime hediondo com resultado morte. Na hipótese, embora a nova lei tenha trago fração menor para concessão do benefício, trouxe também a vedação ao livramento condicional, agravando a situação penal do réu, vide: Agravo de Execução Penal n. 5021969-47.2020.8.24.0064, j. 10-06-2021; Agravo de Execução Penal n. 5021972-02.2020.8.24.0064, j. 18-03-2021 e Agravo de Execução Penal n. 5021404-83.2020.8.24.0064, j. 04-03-2021, todos de minha relatoria nesta Quarta Câmara Criminal.

No entanto, no presente caso a situação diversa do entendimento trazido acima, posto que o impetrante pretende a aplicação integral dos percentuais de benefícios alterados pelo pacote anticrime, devendo a retroatividade da novel lex ser analisada em cada condenação isoladamente, situação que não se confunde com a aplicação fracionada da Lei.

O caso em comento, trata-se de apenado que cumpre pena por três condenações distintas, todas por fatos cometidos antes da vigência do pacote anticrime, quais sejam:

- Processo Criminal n. 00009112020168240030, por infração ao disposto no art. 157 § 2º, inciso I, do Código Penal.*
- Processo Criminal 00030954520188240040, por infração ao disposto no art. 33, caput, c/c art. 40, ambos da Lei n. 11.343/2006.*
- Processo Criminal 0002386-07.2015.8.24.0075, por infração ao disposto no art. 157, §2, I, II e V, do Código Penal.*

Dito isto, o impetrante/paciente foi condenado em três processos apartados e em momentos distintos, portanto, possível aplicar a lei mais benéfica para cada condenação isoladamente.

Dessa forma, não há falar em criação de uma terceira interpretação da norma, impossibilitando a formação de lex tertia, por tratar de penas distintas, apesar de tramitar nos mesmos autos da execução penal, em razão da unificação preconizada no art. 111 da Lei de Execução Penal.

Ademais, acrescenta-se as pertinentes ponderações lançadas no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes nos autos n. 50148235320218240020 “o fato de as sanções penais terem sido unificadas em um mesmo processo não resulta na criação de uma situação jurídica única. Cada delito foi perpetrado em momento diverso, devendo ser observada a norma vigente no tempo do evento, caso mais benéfica, vedando-se, por outro lado, a irretroatividade de lei mais prejudicial.”

É cediço que a lei penal somente deverá retroagir para beneficiar o réu, conforme estabelece a Carta Magna de 1988. Por conseguinte, veda-se a retroatividade da lei penal mais grave, devendo prevalecer a lei anterior naquele fato que ocorreu antes da vigência da nova lei caso seja mais benéfica para o réu, o qual prevalecerá diante da lei nova, respeitando a ultratividade da norma penal.

Sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci esclarece:

Primeiramente, cabe lembrar ser preceito constitucional a retroatividade da lei penal benéfica (art. 5.º, XL, CF).

No mesmo sentido, dispõe o art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Tem o juiz da execução penal, portanto, competência para modificar qualquer decisão condenatória definitiva, adaptando-a à nova lei penal benigna. (Curso de Execução Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 129).

Assim, terão de incidir para cada crime as especificidades próprias da norma, e, conseqüentemente, deverá observar o princípio da legalidade, bem como ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa, não podendo agravar a situação do apenado.

Por todo o exposto, voto no sentido de conceder a ordem para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) em relação aos delitos comuns, mantida a fração do hediondo. (Evento 18).

Cumpra salientar que o apelo especial é adequado, tempestivo e a decisão recorrida é colegiada e de última instância, bem como a tese recursal foi prequestionada e a alegada violação à lei federal apresenta-se satisfatoriamente exposta.

No mais, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não são unânimes sobre a questão, de modo que vão ao encontro do disposto no acórdão recorrido, como também convergem com a tese recursal.

A propósito:

PENAL. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. PROGRESSÃO DE REGIME. ART. 112, II E V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. NOVA REDAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos. II - O eg. Tribunal estadual aplicou, em sintonia com a novel jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, o lapso de 40% ao crime de tráfico de entorpecentes, delito equiparado à crime hediondo, relatando, no entanto, que o sentenciado também cumpre pena pela prática de uma outra infração penal de natureza comum - furto. Desse modo, em relação ao crime de furto, por se tratar de sentenciado reincidente em crime cometido sem violência ou grave ameaça, seria aplicável o prazo de progressão de 20%, previsto no artigo 112, inciso II, da Lei de Execução Penal. III - In casu, não há que se falar em reformatio in pejus, haja vista que o eg. Tribunal de origem, ao decidir pela retificação do cálculo de penas do sentenciado, aplicando os lapsos de progressão de regime previstos no art. 112, incisos II e V, da Lei de Execução Penal, apenas aplicou a lei penal mais benéfica em sua integralidade ao caso concreto. IV - O v. acórdão fustigado encontra-se em total sintonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, o qual, na análise da retroatividade da lei penal material, tem entendido pela impossibilidade daquilo que a doutrina penalista chama de «combinação de leis», isto é, deve ser analisada de forma integral a nova lei mais benéfica, não se permitindo aplicação de uma parte do dispositivo revogado e outra parte do novo dispositivo. Precedentes. V - Desta forma, inexistente flagrante ilegalidade a ser reconhecida na via estreita do habeas corpus. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 675.083/SC, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Quinta Turma, j. 21.09.2021, grifou-se).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO. RECEPÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. ULTRATIVIDADE BENÉFICA. REFORMATIO IN PEJUS. APLICAÇÃO DA LEI REVOGADA MAIS BENÉFICA AO CRIME COMUM E DA LEI NOVA AO CRIME HEDIONDO. COMBINAÇÃO DE LEIS NÃO VERIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. Para fins de progressão de regime, a decisão de primeiro grau aplicou o resgate de pena de 60% em relação ao tráfico de drogas, nos termos do art. 112, VII, da Lei 7.210/1984, e o de 1/6 (um sexto) em relação ao crime de receptação, nos termos da redação do art. 112 anterior à Lei 13.964, de 24/12/2019, vigente no tempo do fato. 2. Julgando recurso da defesa, que buscava o percentual de 40% em relação ao tráfico, o Tribunal de origem a atendeu nesse ponto, mas, de ofício, substituiu o resgate de 1/6 (um sexto) da pena cumprida por 20%, nos termos do art. 112, II, ao fundamento de que a decisão apelada praticara “combinação de leis”, criando uma terceira lei (lex tertia), findando, no limite, por praticar a reformatio in pejus em recurso apenas da defesa. 3. Além de não se tratar de “combinação de leis”, porque não se trata de aplicar duas leis ao mesmo fato, senão a crimes diferentes, o de tráfico de drogas e o de receptação, o Tribunal de origem decidiu pela retificação do cálculo da pena do sentenciado para aplicação do lapso de progressão de regime de 40% para o crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas), mas piorou a situação do agravante, porque aumentou de 1/6 (um sexto) para 20% a fração para a progressão do crime comum, cometido sem violência ou grave ameaça (receptação). 4. Vislumbra-se contradição ou, pelo menos omissão no acórdão, porque a tese que o embargante sustenta é a aplicação da progressão de regime em 40% para o crime de tráfico de drogas, conforme nova redação da Lei n. 13.964/2019 (retroatividade benéfica), e, para o crime de receptação, que seja aplicada a redação revogada que previa a fração para a progressão de 1/6 (ultratatividade benéfica), haja vista que não havia previsão de fração diferenciada para os casos de reincidência. 5. Embargos de declaração acolhidos, para sanar contradição (senão omissão), e conceder o habeas corpus, a fim de que seja restabelecido percentual de 1/6 (um sexto) para a progressão de regime quanto ao crime de receptação - art. 180, caput, do Código Penal. (EDcl no AgRg no HC 636.197/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, j. 03.08.2021, grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO. RECEPÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. RETROATIVIDADE. APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI MAIS BENÉFICA. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não há que falar em reformatio in pejus, haja vista que o Tribunal de origem, ao decidir pela retificação do cálculo de penas do sentenciado, para aplicação dos lapsos de progressão de regime de 40% para o crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas) e 20% ao crime comum, cometido sem violência ou grave ameaça (receptação), por ser réu reincidente, apenas aplicou a lei penal mais benéfica ao caso concreto, isto é, o art. 112, II e V, da Lei de Execução Penal. 2. Foi pacificado pela Terceira Seção desta Corte, sobre a combinação de leis, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, da Constituição da República), ser devido o exame, no caso concreto, «de qual diploma legal, em sua integralidade, é mais favorável» (EResp n. 1.094.499/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, 3ª S., DJe 18/8/2010). 3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 636.197/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 02.03.2021, grifou-se).

Destarte, diante da existência de controvérsia a respeito do tema, 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.

Demais disso, à luz do regramento inserto no art. 1.030, I, III, e V, “a” e “c”, do CPC/15, ressalta-se que a matéria em exame não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

2. Conclusão

Ante o exposto, **admite-se** o Recurso Especial, com fundamento no art. 1.030, V, segunda parte, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **GETULIO CORREA, 2º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2827567v5** e do código CRC **8adf7f63**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GETULIO CORREA

Data e Hora: 11/10/2022, às 15:57:9

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO Nº 0002392-20.1999.8.24.0125/SC

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S.A. (AUTOR)

RECORRIDO: FRANCISCO MANOEL NAZARIO (RÉU)

ADVOGADO: RAFAEL BENITES DE MORAES

RECORRIDO: CONSTRUTORA E INCORPORADORA MARES DO SUL LTDA (RÉU)

ADVOGADO: RAFAEL BENITES DE MORAES

RECORRIDO: IZABEL CRISTINA NAZARIO MARTINS (RÉU)

ADVOGADO: RAFAEL BENITES DE MORAES

RECORRIDO: LUIZ CARLOS FOGACA (RÉU)

ADVOGADO: RAFAEL BENITES DE MORAES

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Banco do Brasil S.A., com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, alegando violação ao art. 85, §§ 2º, 8º e 10, do Código de Processo Civil; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito à aplicação do princípio da causalidade na hipótese de extinção por prescrição; e no que tange à fixação de honorários sucumbenciais de forma equitativa.

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

É o relatório.

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à aplicação da sistemática dos recursos repetitivos.

Atinente à suscitada infringência ao art. 85, § 10, do CPC/15, e ao dissídio pretoriano em torno da aplicação do princípio da causalidade, a admissão da insurgência encontra óbice no enunciado das Súmulas 283 e 284, do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis por analogia, e Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, denota-se que o arrazoado recursal não combate, expressa e diretamente, os fundamentos do aresto, suficientes à manutenção do julgado, sobretudo aqueles contidos nos seguintes trechos (**evento 16, RELVOTO2**):

Importante consignar, inicialmente, que a demanda não foi extinta diante da prescrição intercorrente, mas pela prescrição direta, como se pode inferir do seguinte trecho da sentença apelada (doc 516):

Na hipótese dos autos, a cédula de crédito comercial utilizada para fundar a cobrança objeto dos autos previa o vencimento final de suas parcelas em novembro de 1994, conforme cláusula 'IV - pagamentos' (evento 199 - contrato 7). Ainda que tenha havido a prorrogação do vencimento final do contrato para janeiro de 1995, conforme termo de aditamento e re-ratificação firmado entre as partes (evento 199 - contrato 17), ainda assim o crédito fora atingido pela prescrição quinquenal.

[...] Dessarte, porque a 'ação ordinária de cobrança' foi extinta pelo reconhecimento da prescrição direta, acertada a decisão que condenou o banco/apelante ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Isso porque, uma vez constatada a ocorrência da prescrição direta e realizada a triangularização processual, como é o caso dos autos, em que houve apresentação de contestação (doc 177-183 e 482), deve o banco/apelante arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, uma vez que foi a sua conduta que deu causa à extinção da demanda, pois demorou para ajuizar a demanda, bem como não efetuou em tempo hábil a citação válida dos réus. [...] Dito isso, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

E, ainda, ponderou o acórdão dos aclaratórios (**evento 46, RELVOTO2**):

Não é demais destacar que o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese de que a aplicação do critério da equidade é subsidiário, e deve ser utilizado somente quando o proveito econômico for inestimável ou o valor da causa revelar-se irrisório. [...] Sendo assim, inaplicável a apreciação equitativa no presente caso. Além disso, também inviável a minoração dos honorários advocatícios, porquanto foram fixados na sentença no mínimo legal (10%).

Nesse passo, a deficiência na fundamentação e a subsistência de fundamentos não impugnados pelo banco, aptos a manter o aresto invectivado, impedem a admissão do recurso especial, a teor do disposto nas supramencionadas Súmulas 283 e 284, do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A ausência de impugnação, nas razões do recurso especial, de fundamento autônomo e suficiente à manutenção do aresto recorrido atrai, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF. (AgInt no AREsp n. 1788947/AM, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 22.11.2021, grifei).

A falta de impugnação a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido acarreta o não conhecimento do recurso. Inteligência da Súmula nº 283 do STF, aplicável, por analogia, ao recurso especial. (AgInt no REsp n. 1959291/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 29.11.2021, grifei).

A ausência de impugnação, nas razões do recurso especial, de fundamento autônomo e suficiente à manutenção do acórdão estadual atrai, por analogia, a incidência das Súmulas 283 e 284 do STF. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1681579/RO, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 08.02.2021, grifei).

Em complemento, não ascende o recurso especial, diante do veto da Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o acolhimento da pretensão recursal -- aplicação do princípio da causalidade -- exigiria o revolvimento dos elementos fático-probatórios dos autos, providência vedada na seara excepcional.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIO EM AUTOMÓVEL USADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 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. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

[...]

3. **‘A sucumbência é analisada em relação ao princípio da causalidade, o qual permite afirmar que quem deu causa à propositura da ação deve arcar com os honorários advocatícios, mesmo ocorrendo a superveniente perda do objeto e, conseqüente, extinção do feito’** (AgRg no Ag n. 1149834/RS, Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/8/2010, DJe 1/9/2010). 4. *A análise da pretensão recursal sobre a aplicação do princípio da causalidade e a redistribuição dos ônus sucumbenciais demanda o vedado reexame de provas, a atrair a incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ.* (AgInt no AREsp n. 1303761/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 17.02.2020, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

[...]

III - *‘In casu’, rever o entendimento do Tribunal de origem, que concluiu que o Estado do Rio de Janeiro deu causa à demanda, atribuindo-lhe o ônus da sucumbência, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.*

[...] VI - *Pedido de reconsideração recebido como Agravo Interno e improvido.* (AgInt no REsp n. 1815073/RJ, relª. Minª. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 18.11.2019, grifei).

Sob outro enfoque, é cediço que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906618/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, apreciou o mérito da questão concernente ao alcance da norma inserta no § 8º do art. 85 do CPC/15, a fim de compreender as suas hipóteses de incidência, bem como definir se é permitida a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem expressivos (**Tema 1076/STJ**), firmando as seguintes teses:

Teses jurídicas firmadas: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo. (REsp's ns. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906618/SP, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. em 16.03.2022, p. em 31.05.2022).

O Tema 1046/STJ, que trata sobre “a possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015”, motivou o sobrestamento de inúmeros processos no âmbito desta 3ª Vice-Presidência, sobretudo por ser originário da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a qual reúne as Turmas de Direito Privado daquela colenda Corte.

Todavia, num segundo momento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Proposta de Afetação dos REsp's ns. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906618/SP, instaurou o rito dos recursos repetitivos, com o fito de definir, de modo mais abrangente, o alcance da norma inserta no § 8º, do art. 85, do Código de Processo Civil, nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda fossem elevados, contemplando os percentuais previstos tanto no § 2º, quanto no § 3º, do art. 85 do CPC, dando origem ao **Tema 1076/STJ**.

Para elucidar a questão, convém destacar a fundamentação exposta no aresto da Proposta de Afetação do Tema 1076/STJ:

Friso não desconhecer a existência do Tema Repetitivo 1.046, relatado pelo em. Min. Raul Araújo, a versar sobre “A possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015”.

Entretanto, apesar da aparente identidade entre a matéria debatida no presente feito e aquela abrangida nos paradigmas do mencionado Tema 1.046, tal como pontuado por Sua Excelência, em. Min. Raul Araújo, em decisão proferida em 19/8/2020 na Pet no REsp 1.812.301/SC, ao indeferir o pedido de ingresso como amicus curiae formulado pelo Estado de São Paulo, “o tema da afetação não atinge a sistemática de fixação de honorários contra a fazenda pública, tratada no § 3º do mesmo art. 85 do CPC, matéria, aliás, submetida à competência da eg. Primeira Seção”.

*Portanto, **a questão ora submetida contém a afetação compreendida no Tema Repetitivo 1.046, sendo, além disso, mais abrangente, por tratar da possibilidade de alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 a todas as demandas em que o proveito econômico ou o valor da causa forem elevados, não se restringindo apenas aos casos de direito público ou aos de direito privado.***

A propósito, é relevante que a Corte Especial dê tratamento harmônico à matéria, quer figurem na demanda pessoas jurídicas de direito público ou privado, sobretudo quando consideradas a multiplicidade de feitos sobre o tema. (STJ, ProAfR no REsp n. 1850512/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. em 24.11.2020). (Grifei).

Nesse viés, considerando que o Tema 1076/STJ abarca, de fato, a questão jurídica compreendida no Tema 1046/STJ, passo ao cumprimento da sistemática prevista nos arts. 1.030 e 1.040, do CPC/15.

Na situação sob enfoque, a Câmara manteve os honorários advocatícios estabelecidos na sentença em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC/15 (**evento 16, RELVOTO2**).

Assim, deve ser negado seguimento ao recurso em relação à suposta afronta ao art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/15, e ao correlato dissenso pretoriano, pois o acórdão perfilhou-se no mesmo sentido do julgamento do **Tema 1076/STJ**.

Destaca-se, por oportuno, que *“tanto os julgados do STJ quanto os do STF já firmaram entendimento no sentido de ser **desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo** ou em repercussão geral. Precedentes: STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Minintra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015”* (STJ, EDcl nos EREsp n. **1150549/RS**, rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. em 07.03.2018, grifei).

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, I, ‘b’, do CPC/15, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso especial de evento 63 em relação à matéria repetitiva (**Tema 1076/STJ**); e, no tocante às demais matérias, com base no art. 1.030, V, do CPC/15, **NÃO O ADMITO**.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **GERSON CHEREM II, 3º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2628465v21** e do código CRC **f134939b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GERSON CHEREM II

Data e Hora: 16/8/2022, às 16:39:6

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO Nº 5003984-06.2021.8.24.0040/SC

RECORRENTE: ORAIDES GONCALVES (AUTOR)

ADVOGADO: ROGER DA SILVA HENRIQUE

RECORRIDO: BANCO BMG S.A (RÉU)

ADVOGADO: FELIPE BARRETO TOLENTINO

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Oraides Gonçalves, com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 489, § 1º, IV, 373, II, e 1.013, do Código de Processo Civil; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito ao ônus da instituição financeira de provar a autenticidade da assinatura aposta no contrato, na hipótese de a consumidora alegar falsidade (Tema 1061/STJ).

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

É o relatório.

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade recursal.

Ab initio, convém anotar que nos recursos especiais interpostos a partir de 15.07.2022, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 125, deverá o recorrente demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, “o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento”, conforme a redação dada ao art. 105, § 2º, da CF/88.

Na hipótese, embora o apelo especial tenha sido interposto em 08.08.2022, não consta das razões recursais a demonstração da relevância da matéria recursal. Além disto, o caso dos autos não incide nas hipóteses de presunção de relevância de que trata o § 3º do art. 105, da CF/88.

Em situação muito semelhante, quando da Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004, o Supremo Tribunal Federal decidiu em acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, na Questão de Ordem no AI n. 664.567:

[...] a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.

Assim, à mingua de previsão legal que confira competência aos Tribunais de origem para obstar a admissão do recurso especial quando não demonstrada a relevância da matéria, é de rigor considerar-se que a análise acerca do cumprimento deste requisito, ao menos por ora, será exercida exclusivamente pelo colendo STJ.

O apelo nobre não reúne condições de ser admitido no que tange à apontada ofensa ao art. 373, II, do Código de Processo Civil, mercê do disposto nas Súmulas 5 e 7, do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese vertente, foi com esteio no substrato fático-probatório constante dos autos, incluindo a análise de cláusulas contratuais, que a Câmara declarou a licitude na pactuação entre as partes e, por conseguinte, a inexistência de danos morais (evento 14):

*“Do exame do contrato celebrado entre as partes, exibido junto à contestação, consta a **assinatura da parte autora** (cujas **idoneidade não foi questionada nos autos**), as **informações claras** a respeito da modalidade contratual (cartão de crédito consignado), da forma de pagamento (desconto em benefício previdenciário), além da **autorização para desconto na remuneração**.*

*Além disso, a **documentação trazida com a inicial não é apta a comprovar a alegação de dolo da casa bancária**.*

*Reconhecida a licitude da contratação e a **não demonstração do vício de consentimento** alegado, reputa-se válida a avença de cartão de crédito em reserva de margem consignável celebrado (RMC) e, por consequência, mostram-se devidos os descontos efetuados na remuneração do consumidor, razão pela qual também **não prosperam os pedidos de indenização por danos morais e de repetição de indébito**.” (grifei)*

Nesse contexto, a revisão da conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias exigiria a reapreciação das provas e das circunstâncias fáticas que permearam a demanda, providência inviável na estreita seara do recurso especial.

A propósito, os precedentes:

*Na espécie, o **Tribunal de origem concluiu que a parte recorrente aderiu ao contrato de cartão de crédito consignado e não houve vício de consentimento na contratação**. Assim consignou o acórdão (e-STJ, fl.167):*

No caso dos autos, falta verossimilhança à alegação da Apelante de desconhecimento dos encargos contratuais ou da substância do negócio jurídico, pois aderiu ao contrato de cartão de crédito consignado, conforme termo de adesão assinado às fls. 59/63, acompanhado do seu documento pessoal (fls. 64).

Também foi feito saque do cartão de crédito e transferido à sua conta mediante TED, o que comprova a utilização do valor mutuado pela Apelante (fls. 57/58 e 65).

O fato de não ter utilizado o cartão de crédito para efetuar compras não invalida a contratação da reserva de margem consignada no cartão.

*Portanto, **ausente a prova de vício de consentimento**, correta a improcedência dos pedidos.*

Dessa forma, verifico que a matéria debatida no recurso, quanto à verificação da existência de vício de

consentimento, na celebração do contrato de cartão de crédito consignado, à existência de venda casada ou ainda de desvantagem exagerada na contratação, demandaria o reexame dos fatos e do conjunto probatório em sede de recurso especial, o que é vedado ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. (STJ, AREsp n. 1930362, rel^a. Min^a. Maria Isabel Gallotti, Decisão monocrática, j. em 16.12.2021, grifei).

O Tribunal de origem, mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, entendeu não estarem presentes elementos que caracterizem a indenização por danos morais [...] 3. Desse modo, a reversão do julgado afigura-se inviável para esta eg. Corte de Justiça, tendo em vista a necessidade de reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência, todavia, incabível, a atrair a incidência das **Súmulas 5 e 7/STJ**.

4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp n. 799.330/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 04.02.2016, grifei).

O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (Súmula 7/STJ) (STJ, AgRg no AREsp n. 1138734/PI, rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma j. em 27.02.2018, grifei).

Elidir as conclusões do aresto impugnado demandaria, inevitavelmente, o revolvimento do conjunto fático-probatório e contratual dos autos, providência vedada nesta sede especial a teor das Súmulas 5 e 7/STJ (STJ, AREsp n. 811.700, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Decisão monocrática, j. em 26.02.2016, grifei).

Não é possível a esta Corte dissentir das conclusões do Tribunal local, porque seria imprescindível a reavaliação do conjunto fático-probatório, inadmissível em recurso especial consoante o enunciado da Súmula n. 7/STJ” (STJ, AREsp n. 225.857, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Decisão monocrática, j. em 27.06.2014, grifei).

Outrossim, quanto ao suscitado dissenso pretoriano, vê-se do excerto adrede colacionado que “do contrato celebrado entre as partes, exibido junto à contestação, consta a assinatura da parte autora (cuja idoneidade não foi questionada nos autos)”, de modo que não tem lugar a aplicação do Tema 1061/STJ.

Trata-se, portanto, de “*matéria preclusa que não comporta exame nesse momento e por essa via recursal [...] Incabível, agora, a insurgência relacionada a tal assunto [...]*” (STJ, AREsp n. 1.249.037, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Decisão monocrática, j. em 03.04.2018).

Assim sendo, a insurgência esbarra nas Súmulas 282, 284 e 356, do STF, aplicadas por analogia, pois a parte recorrente, desenvolvendo razões dissociadas do contexto dos autos, suscitou tema não debatido pelo Colegiado.

A seguir, precedentes da Corte Superior:

As matérias referentes aos dispositivos tidos por contrariados não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, a teor do que preceituam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. (AgRg no AREsp n. 851.631/SP, rel^a. Min^a. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF 3ª Região, Segunda Turma, j. em 08.03.2016, grifei).

Aplicável o enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal quando as razões recursais apontadas pelo recorrente estão dissociadas do acórdão recorrido (AgRg no AREsp n. 808.841/SP, rel.^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 15.12.2015, grifei).

Por fim, a apontada ofensa aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.013, do Código de Processo Civil não enseja a admissão da insurgência, porquanto, consoante excertos adrede colacionados, verifica-se que a Câmara enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada.

Decidiu o STJ:

Assim, e em que pese o deslinde dado à questão não se amoldar à pretensão do recorrente, certo é que o acórdão embargado se apresenta adequadamente fundamentado, pelo que não há falar em omissão quanto a “ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz” (EDcl no AgRg no RMS n. 44.612/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 18.08.2015, grifei).

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, V, do CPC/15, **NÃO ADMITO** o recurso especial do evento 21.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **GERSON CHEREM II, 3º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2666063v9** e do código CRC **1f94ac53**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GERSON CHEREM II

Data e Hora: 1/9/2022, às 14:34:21

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO Nº 5012249-35.2021.8.24.0092/SC

RECORRENTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. (RÉU)

ADVOGADO: DENIO MOREIRA DE CARVALHO JUNIOR

RECORRIDO: QUIDO JOAO DA SILVA (AUTOR)

ADVOGADO: RICARDO BUCHELE RODRIGUES

DESPACHO/DECISÃO

Banco Santander Brasil S.A. e Quido João da Silva, por meio da petição do evento 31, informaram a composição amigável da lide, requerendo a homologação do acordo e extinção do processo.

Como é cediço, a celebração de acordo entre as partes configura ato incompatível com a vontade de recorrer, a teor do art. 1.000, parágrafo único, do CPC, acarretando a prejudicialidade ao procedimento recursal. Ressalta-se a regularidade da representação processual do recorrente, com poderes especiais para acordar e desistir (**evento 12, PROC2**, dos autos em primeiro grau).

Nesse sentido:

Configura ato incompatível com a vontade de recorrer o superveniente ajuste de vontade celebrado entre as partes litigantes, nos termos do art. 503 do CPC/1973, relativo ao art. 1.000 do CPC/2015. (STJ, AgInt nos EDcl no REsp n. 1405186/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 05.06.2018).

Em corolário, considerando o julgamento definitivo da apelação cível por esta Corte (evento 14), a inviabilizar a incidência do disposto no art. 932, I, do CPC, torna-se impositiva a devolução dos autos ao Juízo de origem para as providências cabíveis com relação ao ajuste.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, V, do CPC/15, **NÃO ADMITO** o recurso especial do evento 23.

Após o trânsito em julgado, **REMETAM-SE OS AUTOS À ORIGEM** para análise e eventual homologação do acordo entabulado entre as partes.

Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **GERSON CHEREM II, 3º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2864939v4** e do código CRC **2051e6b7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GERSON CHEREM II

Data e Hora: 19/10/2022, às 18:44:49

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (RECURSOS DELEGADOS) Nº 5051999-29.2021.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR GERSON CHEREM II

SUSCITANTE: GAB. 04 - 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

SUSCITADO: GAB. 04 - 5ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITANTE) E A 5ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AÇÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA EMPRESA RÉ. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA RECURSAL: CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO ORIGINÁRIA. DEBATE NO FEITO MATRIZ: SUPOSTA RESPONSABILIDADE POR FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO. ALEGADA NEGLIGÊNCIA NO ASSESSORAMENTO DURANTE EMBARQUE E DESEMBARQUE DE PASSAGEIRA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTO PRÓPRIO PARA CADEIRANTE. LIDE MATRIZ QUE NÃO ENVOLVE MANDADO DE SEGURANÇA, TAMPOUCO REMÉDIO CONSTITUCIONAL NO QUAL SE DISCUTA INTERESSE PÚBLICO. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE EMBATE SOBRE AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, A AFASTAR A COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIALIZADA. MATÉRIA AFETA AO DIREITO CIVIL, JUNGIDA ESSENCIALMENTE À RELAÇÃO DE CONSUMO TRAVADA ENTRE AS PARTES LITIGANTES. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO CIVIL SUSCITADA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

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 e declarar competente a 5ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de setembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado pela 5ª Câmara de Direito Público diante de decisão declinatória da 5ª Câmara de Direito Civil, em apelação interposta pela parte ré contra sentença de procedência prolatada em ação indenizatória (Proc. n. 0014538-31.2014.8.24.0008, eproc 1).

De início, o recurso foi distribuído para a 5ª Câmara de Direito Civil, a qual declinou da competência por assim entender (autos originários, evento 5, eproc 2):

Trata-se de Apelação interposta por TAM LINHAS AÉREAS S/A. contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da Ação de Reparação por Danos Morais nº 0014538-31.2014.8.24.0008, julgou procedente o pedido para o fim de condenar a requerida TAM LINHAS AÉREAS S/A ao pagamento, em favor da requerente MARILEUZA SABEL, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, nos termos do art. 487, I do CPC (evento 57).

Entretanto, cumpre salientar que, não obstante a distribuição do presente recurso a esta Quinta Câmara de Direito Civil, a apelação não deve ser conhecida por este Órgão Fracionário.

No presente caso, a questão de fundo da lide diz respeito à falta de assistência necessária por parte da empresa requerida durante transporte aéreo, o que fez com que a requerente deixasse de acessar o interior da aeronave e dela retirar-se com a necessária autonomia e aparato assegurados por lei.

Nesses casos, a competência para análise da matéria discutida nos autos seria das Câmaras de Direito Público, conforme regulamenta o anexo V do Novo Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, ao descrever a competência das Câmaras de Direito Público, prevê expressamente:

9985-DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO|9986-Garantias Constitucionais|11843-Pessoas com deficiência.

Desta forma, diante do disposto no art. 932, inciso I, do Código de Processo Civil e considerando a incompetência desta Quinta Câmara de Direito Civil para o processamento e o julgamento do presente recurso, proceda-se a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público desta Corte, com as baixas e anotações de estilo.

Redistribuído para a 5ª Câmara de Direito Público, esta recusou a competência e instaurou o presente incidente processual sob o fundamento a seguir transcrito (autos originários, evento 10, eproc 2):

[...] em consulta à jurisprudência desta Corte de Justiça, em ações em que há relação de consumo, por meio da qual se discute a prestação de serviço e acessibilidade aos portadores de necessidades especiais, os pleitos são analisados pelas Câmaras de Direito Civil, veja-se: [...] Não bastasse isso, o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça no Anexo III, Tabela Processual de Direito Civil prevê:

A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes:

I –consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes:

- a) relacionados ao direito civil, às ações de cobrança e às ações indenizatórias não incluídas na competência dos demais órgãos;*
- b) que versem sobre responsabilidade civil e tenham por objetivo a indenização por danos morais e materiais pela prática de ato ilícito pelas concessionárias e delegatárias de serviço público;*
- c) relativos a transporte, telefonia e cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja sua personalidade jurídica; e [...]**

O Anexo V, que trata da Tabela Processual de Direito Público, no que tange às demandas indenizatórias, é claro ao delimitar a competência para análise de eventual responsabilidade nas demandas em que figure como parte a administração pública e seus entes, ou seja, não foi atribuída qualquer diferenciação simplesmente por se tratar de um serviço prestado a pessoas com necessidades especiais.

Ademais, para a previsão de competência das garantias constitucionais, com relação às pessoas com deficiência, não pode ser dado o enfoque trazido no Evento 6, porquanto vinculado a questões diversas do dano moral, tanto que tratado no assunto “direito administrativo e outras matérias de direito público” e não na parte de responsabilidade civil direcionadas às Câmaras de Direito Público.

Entendimento diverso ensejaria a remessa para as câmaras de direito público de todas as ações indenizatórias quando houvesse desrespeito a direitos relacionados com os demais assuntos elencados como “garantias constitucionais”, a exemplo do idoso, o que não ocorre.

Deste modo, por entender como clara a competência das câmaras de direito civil para apreciar o tema, nos termos do parágrafo único do art. 66 do CPC, suscito conflito negativo de competência.

Intimem-se as partes.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à Secretaria desta Câmara de Recursos Delegados para oportuna inclusão em pauta, nos termos do art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

De início, a competência desta Câmara de Recursos Delegados é disciplinada pelo art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

Art. 75. Compete à Câmara de Recursos Delegados, por delegação do Órgão Especial, julgar: [...]

II - os conflitos de competência entre os grupos de câmaras de áreas de especialização diferentes, entre os grupos de câmaras e a Seção Criminal, entre as câmaras de áreas de especialização distintas, entre o Conselho da Magistratura e qualquer outro órgão julgante do Tribunal de Justiça e entre juízes de unidades jurisdicionais com competência diferente, bem como os respectivos incidentes; [...].

Como se vê, portanto, o atual Regimento Interno manteve o critério funcional adotado desde o Ato Regimental TJ n. 160, de 21/3/2018, preservando a delegação a esta Câmara para apreciação dos conflitos de competência outrora atribuídos ao Órgão Especial.

O incidente preenche os requisitos legais dos arts. 66, 951 e 953, todos do Código de Processo Civil, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Enfatiza-se a desnecessidade de oitiva dos órgãos julgadores em conflito, porque suas razões constam nos presentes autos, possibilitando a compreensão da celeuma (CC n. 0000178-76.2018.8.24.0000, rel^a. Des^a. Rosane Portella Wolff, j. 22.02.2018).

Reputa-se dispensável a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto a controvérsia não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 178 c/c art. 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Em breve retrospecto acerca da competência para apreciar o recurso objeto deste incidente, de acordo com o art. 6º do Ato Regimental TJ n. 41/00, de 09.08.2000, a partir de 1º de janeiro de 2001 seriam distribuídos:

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

II - Para as 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, os novos recursos e feitos originários de Direito Privado, relacionados com o Direito Comercial, inclusive Direito Falimentar e todas as causas relativas a obrigações ativas ou passivas de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas neste item.

Após várias criações e transformações, a 3ª e a 4ª Câmaras Cíveis passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Comercial, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com a seguinte competência: “[...] as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima”.

Posteriormente, por meio do Ato Regimental TJ n. 85/07, foi criada a 4ª Câmara de Direito Comercial, com competência idêntica às três Câmaras de Direito Comercial então existentes. O Ato

Regimental TJ n. 110/10 criou a 5ª e a 6ª Câmaras de Direito Civil no Grupo de Câmaras de Direito Civil (art. 1º, inc. I); e a 5ª Câmara de Direito Comercial, integrante do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (art. 1º, inc. II); com “a mesma competência das demais câmaras de seus respectivos grupos ou seção” (art. 1º, § 3º).

Assim, com a edição dos Atos Regimentais TJ n. 57/02, 85/07 e 110/10 esta Corte passou a ter: a) um Grupo de Câmaras de Direito Civil com a competência definida no art. 6º, I, do Ato Regimental TJ 41/00, integrado por seis Câmaras de Direito Civil; b) um Grupo de Câmaras de Direito Comercial com a competência definida no art. 3º do Ato Regimental TJ 57/02, composto por cinco Câmaras de Direito Comercial.

Às câmaras de direito comercial estão afetos os feitos relacionados com os direitos bancário, empresarial, cambiário e falimentar, bem como os recursos envolvendo questões processuais relativas a essas matérias. Por sua vez, às câmaras de direito civil compete processar e julgar os feitos envolvendo matérias eminentemente de direito civil, assim como os recursos relativos às questões processuais inerentes a esse plexo de atribuições.

Recentemente, o Anexo III do Regimento Interno em vigor passou a estabelecer:

A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes:

I – consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes:

a) relacionados ao direito civil, às ações de cobrança e às ações indenizatórias não incluídas na competência dos demais órgãos;

b) que versem sobre responsabilidade civil e tenham por objetivo a indenização por danos morais e materiais pela prática de ato ilícito pelas concessionárias e delegatárias de serviço público;

c) relativos a transporte, telefonia e cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja sua personalidade jurídica; e

d) as ações civis públicas no âmbito de sua competência.

II – os feitos ostentando discussão unicamente processual serão distribuídos de acordo com a natureza da relação jurídica de direito material controvertida. (grifou-se)

No que tange à jurisdição das Câmaras de Direito Público, originalmente o artigo 3º do Ato Regimental TJ n. 41/00 possuía a seguinte redação:

Art. 3º - As 5ª e 6ª Câmaras serão competentes para o julgamento dos recursos ou ações originárias de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias ou empresas públicas, autoridades do Estado e de Municípios, bem como os feitos relacionados com a cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do poder público e, ainda, questões de natureza

processual relacionadas com as aludidas causas, bem como as ações populares e as civis públicas.

Parágrafo único. Excluem-se da competência das Câmaras a que se refere este artigo os recursos manifestados em ações inerentes a acidentes do trabalho vinculados à seguridade social.

Sobreveio o Ato Regimental TJ n. 109/10, o qual deu nova redação ao dispositivo supracitado:

Art. 3º As Câmaras de Direito Público serão competentes para o julgamento dos recursos, ações originárias e ações civis públicas de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público ou autoridades do Estado e de Municípios; dos feitos relacionados com atos que tenham origem em delegação de função ou serviço público, cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas; bem como das ações populares.

§ 1º As causas e os recursos fundados em ações civis públicas que não estejam abrangidas pelo caput deste artigo serão distribuídos para os órgãos fracionários que sejam competentes em razão da matéria.

§ 2º Na competência estabelecida neste artigo ficam incluídos os recursos referentes às ações de responsabilidade civil que objetivam a indenização de danos morais e materiais pela prática de ato ilícito relacionado aos serviços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público ou pelas concessionárias de serviço público e as que envolvam outros entes federados. (Revogado pelo art. 2º do Ato Regimental n. 135, de 3 de fevereiro de 2016)

Em 17 de fevereiro de 2016 o normativo acima teve revogado seus dois parágrafos pelo Ato Regimental TJ n. 135/16, o qual conferiu nova redação ao *caput*, alterando-se nessa data a distribuição dos processos:

Art. 3º Às Câmaras de Direito Público compete o julgamento de recursos e ações originárias e respectivos incidentes em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público; e, qualquer que seja a qualidade da parte, recursos concernentes a ações populares, ações de improbidade administrativa, ações sobre concursos públicos, ações de desapropriação e servidão administrativa, ações sobre licitações; e mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data e habeas corpus não compreendidos na competência das demais Câmaras.

Finalmente, o Ato Regimental TJ n. 149/17, publicado em 27 de março de 2017, promoveu a mais recente modificação no aludido dispositivo, acrescentando-lhe três novos parágrafos, alterando-se a distribuição dos processos a partir da publicação:

Art. 3º Às Câmaras de Direito Público compete o julgamento de recursos e ações originárias e respectivos incidentes em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público; empresas públicas e sociedades de economia mista em feitos não referentes à área do Direito Civil e do Direito Comercial; cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público; e qualquer que

seja a qualidade da parte, recursos concernentes a ações populares, ações de improbidade administrativa, ações sobre concursos públicos, ações de desapropriação e servidão administrativa, ações sobre licitações; e mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data e habeas corpus não compreendidos na competência das demais Câmaras.

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

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

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

Recentemente, o Anexo V do Regimento Interno em vigor estabelece que “a delimitação das competências das câmaras de direito público observará os arts. 70 e 71 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo, e as seguintes diretrizes”:

I - consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Público as ações originárias e os respectivos incidentes:

a) em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público e empresas públicas e sociedades de economia mista em feitos não referentes à área do direito civil e do direito comercial;

b) relativos à cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público;

c) qualquer que seja a qualidade da parte, recursos concernentes a ações populares, de improbidade administrativa, sobre concursos públicos, de desapropriação, de servidão administrativa e sobre licitações; e

d) mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data e habeas corpus não compreendidos na competência das demais câmaras.

II - os feitos ostentando discussão unicamente processual serão distribuídos de acordo com a natureza da relação jurídica de direito material controvertida.

Fixadas aludidas premissas, observa-se que a parte autora ingressou com ação alegando, em resumo, ter adquirido bilhete de passagem da empresa aérea demandada para o voo doméstico indicado; por ser portadora de necessidades especiais, informou antecipadamente acerca da necessidade de utilizar equipamento próprio para cadeirantes, a fim de viabilizar o embarque, bem como a movimentação dentro da aeronave e o desembarque (autos originários migrados para o atual sistema, evento 10, petição inicial, eproc 1).

Nada obstante, discorreu que a companhia aérea ré deixou de disponibilizar o referido

equipamento, o que comprometeu a sua locomoção no acesso e no interior do avião, bem como ocasionou inúmeros transtornos em todas as etapas do serviço contratado. Diante dos fatos narrados, pediu a condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos morais (autos originários migrados para o atual sistema, evento 10, petição inicial, eproc 1).

Após o regular processamento do feito, sobreveio sentença na qual o magistrado pronunciou-se (autos originários, evento 57, eproc 1, grifo no original):

MARILEUZA SABEL, qualificada, ajuizou Ação de Reparação contra TAM LINHAS AÉREAS S/A, igualmente qualificada, requerendo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais em razão da falha na prestação do serviço então relatada.

Para tanto, narrou que adquiriu da empresa ré passagens aéreas para o trecho Florianópolis-Brasília e que, apesar de ter previamente informado a sua condição de portadora de necessidades especiais, não foi prestada a assistência adequada pela companhia aérea. Disse que a ré não possuía o equipamento necessário para transportá-la até a aeronave, razão pela qual precisou ser carregada pelos funcionários. Referiu que, além disso, enfrentou dificuldades na locomoção no interior do avião, o que causou evidentes transtornos.

À luz destas considerações, requereu a inversão do ônus da prova, os benefícios da justiça gratuita, a citação da ré, a procedência dos pedidos com seus consectários legais, a exibição de documentos e a produção de todos os meios de prova. Valorou a causa e juntou documentos.

Regularmente citada, a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 36-52), oportunidade em que suscitou, preliminarmente, a inépcia da inicial por ausência de documentos. No mérito, rechaçou a pretensão inversão do ônus da prova e argumentou não ter cometido ato ilícito. Alegou que os recursos pretendidos não lhe foram solicitados e que, tão logo tomou conhecimento da situação, adotou todas as providências visando prestar à parte autora o auxílio necessário. Postulou, por fim, a improcedência da pretensão inicial.

Houve réplica às fls. 94-100.

Saneado o feito (fls. 104-106) e designada audiência de conciliação, instrução e julgamento, foi tomado o depoimento pessoal da autora e do preposto da ré, seguindo-se a inquirição de um informante.

Razões finais remissivas.

Relatado, em síntese.

FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de ação de reparação de danos por meio da qual pretende a requerente provimento judicial de cunho condenatório em razão da falha na prestação dos serviços pela requerida.

Não havendo questões preliminares pendentes de apreciação, passo a enfrentar o mérito propriamente dito.

De início, ressalto que a condição de consumidora da autora já foi reconhecida pela decisão de fls. 104-106, a qual indubitavelmente se afigura hipossuficiente em relação à requerida, esta na condição de fornecedora, nos termos dos arts. 2º e 3º, ambos do CDC.

Nesse sentido, por se tratar de relação de consumo, a responsabilidade civil é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, exigindo-se a comprovação da prática de conduta comissiva ou omissiva, causador a de um prejuízo a outrem, independentemente de culpa, tendo como pressupostos: ato ilícito, dano e nexa causal.

Da análise dos autos, reputo preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, na medida em que, apesar de a ré ter assegurado a prestação de toda a assistência à autora, não há nos autos qualquer comprovação nesse sentido.

Inquirida em juízo (fl. 153), a autora referiu que a ré foi informada com antecedência de que era cadeirante e necessitava de acesso especial para embarcar. Declarou que, antes da viagem, entrou em contato telefônico com a companhia, pois sua cadeira é motorizada e possui baterias.

O informante Demilson Luís da Silva, por sua vez, relatou que, por ocasião do embarque, havia no aeroporto um equipamento de transporte que estava quebrado. Disse que duas pessoas auxiliaram a autora tanto no embarque como no desembarque, carregando-a. Acrescentou que dentro do avião não existia suporte e que a ré foi comunicada da condição especial da autora no momento da compra das passagens.

Nesse contexto, não há como justificar a ausência de assistência adequada diante da suposta falta de comunicação por parte da autora sobre a sua condição de deficiente física, especialmente considerando que, segundo os depoimentos colhidos, a ré foi informada com antecedência acerca desta situação, tendo em vista que a cadeira utilizada pela demandante possuía baterias que precisavam ser condicionadas em compartimento diferenciado.

Os elementos probatórios indicam que a companhia aérea não se mostrou preparada para realizar o procedimento estabelecido na Resolução n. 009/2007 da ANAC, pois não dispôs do aparelhamento adequado para locomoção de pessoas com necessidades especiais, como se infere das fotografias de fls. 17-20, não dispondo de cadeiras de rodas ou ainda acesso facilitado à aeronave.

Sequer a demandada disponibilizou cadeiras de rodas para locomoção da parte autora ou qualquer outro meio facilitado à locomoção de pessoas com necessidades especiais, daí porque não há falar em culpa exclusiva da consumidora, mas sim falha na prestação de serviços.

Ressalto que a jurisprudência pátria converge para o entendimento de que, ainda que a consumidora tenha deixado de comunicar a empresa aérea a respeito da necessidade especial, tal fato não a exime de estar preparada para prestar o serviço de forma eficiente. Veja-se: [...]

Ressalto que a mencionada “faculdade” da operadora aérea de disponibilizar e operar seu próprio equipamento de ascenso e descenso ou rampa ao passageiro, ante a ausência de prévia notificação (Res. 280 da ANAC), é incompatível com a boa-fé e a lealdade que devem reger essa modalidade de relação contratual. Neste ponto, emerge invocável também a necessidade de se resguardar o equilíbrio nas relações de consumo, conforme art. 4º do CDC, que estabelece como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, direitos básicos previstos no art. 6º, inciso I, do mesmo diploma legal.

É dizer, a condição especial da autora, a relação de consumo travada entre as partes e, precipuamente, a boa-fé exigida do fornecedor de serviços, não permitem concluir que o serviço prestado e voltado ao destinatário final era limitado ao mero traslado da passageira.

Consoante o disposto no art. 20, §1º, da Resolução n.º 009/2007 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), é de responsabilidade das companhias aéreas ou operadoras de aeronaves a disponibilização, aos consumidores passageiros, de veículos e equipamentos com elevadores ou outros dispositivos apropriados para efetuar, com segurança, o embarque de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nos aeroportos que não disponham de pontes de embarque, ou quando a aeronave estacionar em posição remota.

Outrossim, a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, com status de emenda constitucional, arrola a acessibilidade como seu princípio fundamental (art. 3º, item “f”), especificando como medida a ser adotada, pelos signatários, a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade em meios de transporte (art. 9º, 1., item “a”).

Trata-se de comando dirigido aos Estados que sejam partes no pacto multilateral em questão, em benefício dos seus nacionais ou dos indivíduos sob as suas jurisdições ante à condição dos tratados multilaterais sobre Direitos Humanos de garantias coletivas de implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, à luz de todo o conjunto fático-probatório dos autos, conclui-se que houve flagrante descaso com os princípios constitucionais, atualmente expressamente protegidos pela Lei n. 13.146/2015.

Quanto aos danos morais, é inegável que o fato de não ter sido prestada a necessária assistência pela empresa requerida acarretou à autora, portadora de deficiência locomotiva, aborrecimento e abalo psíquico que ultrapassaram a esfera de mero dissabor, na medida em que deixou de acessar o interior da aeronave e dela retirar-se com a necessária autonomia e aparato assegurados por lei. Nesse sentido: [...]

Evidenciados, pois, o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, resta apenas arbitrar o quantum devido a título de danos morais, o qual deve atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além de entrelaçar-se com a situação econômica daquele que causou o dano e com a condição do lesado. Na fixação da verba indenizatória pelo dano moral, deve o juiz atentar para os motivos, as circunstâncias e as consequências da ofensa, bem como para a situação de fato e o grau de culpa com que agiu o ofensor.

Portanto, a fixação da verba indenizatória deve corresponder, tanto quanto possível, à situação sócio-econômica de ambas as partes, sem perder de vista a necessidade de avaliação da repercussão do evento danoso no dia a dia da parte requerente.

Por isso, consideradas as circunstâncias peculiares da situação em apreço, quais sejam, o evento danoso (falta de assistência adequada e compatível com a situação de passageira portadora de deficiência física), a capacidade econômica das partes (a requerente é aposentada por invalidez e a requerida constitui companhia de aviação de grande porte econômico), o meio social em que o fato ocorreu e o grau de sua repercussão (considerando a não demonstração sobre outros maiores desdobramentos), entendo razoável arbitrar o dano moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ao arremate, assinalo que os juros moratórios (1% ao mês) serão devidos a partir do evento danoso (14/10/2013 fl. 16) e a correção monetária (INPC/IBGE) a partir da data do arbitramento do valor da indenização, na forma da Súmula n. 362 do STJ.

DECISÃO

ANTE O EXPOSTO, com fundamento no art. 487, inc. I do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido para o fim de condenar a requerida TAM LINHAS AÉREAS S/A ao pagamento, em favor da requerente MARILEUZA SABEL, do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, incidindo correção monetária (INPC/IBGE) a partir do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ) e juros de mora (1% ao mês) a contar do evento danoso (14/10/2013).

Em razão da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados na base de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, com fundamento no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Oficie-se ao Ministério Público, encaminhando cópia da presente demanda, em cumprimento ao art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 13.146/2015.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado e nada sendo requerido, arquivem-se.

Contra a decisão supracitada, a demandada interpôs apelação, inicialmente distribuída para a

5ª Câmara de Direito Civil, a qual declinou da competência por entender, em resumo, que a questão de fundo aborda a falta de assistência necessária por parte da empresa ré, sendo, portanto, matéria de direito público atinente às garantias constitucionais asseguradas aos portadores de necessidades especiais (autos originários, evento 5, eproc 2).

Contudo, a 5ª Câmara de Direito Público também recusou a competência e instaurou o presente incidente processual pontuando, em sinopse, que a matéria em debate é de cunho eminentemente civil, porquanto o Regimento Interno delimita a competência para análise de eventual responsabilidade nas demandas em que figure como parte a administração pública e seus entes, ou seja, não foi atribuída diferenciação simplesmente por se tratar de um serviço prestado a pessoas com necessidades especiais (autos originários, evento 10, eproc 2).

No âmbito deste Sodalício, é pacífico que a causa de pedir da ação originária delimita a competência para o processamento e julgamento dos recursos e demais incidentes relacionados, consoante caminho há muito trilhado pelo Órgão Especial, o qual possuía jurisdição sobre os conflitos de competência atualmente processados perante a Câmara de Recursos Delegados, *mutatis mutandis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORIGINÁRIA EM QUE SE POSTULA A NULIDADE DE TÍTULO CAMBIÁRIO (DUPLICATA). CONFLITO SUSCITADO PELA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. COMPETÊNCIA FIRMADA A PARTIR DA CAUSA DE PEDIR, E NÃO EXCLUSIVAMENTE DO PEDIDO. TÍTULO EMITIDO EM RAZÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DE SERVIÇO DE REPARAÇÃO EFETUADO SEM AUTORIZAÇÃO DA RECORRENTE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE NEGÓCIO QUE DÁ CAUSA AO TÍTULO. RELAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. A fixação da competência deve observar a causa de pedir. É indiferente, por isso, que a cumulação de pedidos revele, por desdobre, a declaração de nulidade de título de crédito. Se a pretensão, em sua origem, não diz respeito a invalidade da cambiária em si considerada – em outras palavras, se a causa de pedir não envolve direito cambiário, mas sim a operação mercantil que dá causa ao título de crédito – firma-se a competência das Câmaras de Direito Civil para conhecer do respectivo recurso, ainda que se pretenda, a desconstituição do título (CC n. 0000246-60.2017.8.24.0000, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Especial, j. em 19.07.2017).

De antemão, não se desconhece as posições adotadas pelo Órgão Especial em conflitos de competência nos quais a discussão central, nas respectivas lides originárias, versou sobre responsabilidade por falha na prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros, bem como de transporte terrestre de pessoas:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM INTERIOR DE ÔNIBUS. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA POR USUÁRIA DE TRANSPORTE COLETIVO CONTRA A CONCESSIONÁRIA E O MOTORISTA DA EMPRESA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO INTERPOSTA APENAS PELO FUNCIONÁRIO. COMPETÊNCIA DAS

CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO, AINDA QUE O PROCESSO TENHA PROSSEGUIDO SOMENTE EM RELAÇÃO AO PREPOSTO. SUBSISTÊNCIA DE DISCUSSÃO VINCULADA AO SERVIÇO PÚBLICO DELEGADO. COMPETÊNCIA FIXADA EM ATENÇÃO À MATÉRIA. INTELIGÊNCIA DO ATO REGIMENTAL N. 109/2010. (CC n. 0147544-27.2015.8.24.0000, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 15.06.2016, grifou-se).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL E PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA À MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ATRASO NA CHEGADA AO DESTINO FINAL E REALIZAÇÃO DE CONEXÕES NÃO PREVISTAS NO BILHETE. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. ART. 3º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO ATO REGIMENTAL 41/00 DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO. Com a edição do Ato Regimental n. 93/08, que ampliou a competência fixada nos Atos Regimentais n. 41/00 e 57/02, compete às Câmaras de Direito Público processar e julgar os feitos em que figure como parte concessionária de serviço público. (CC n. 2015.018318-0, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 17.06.2015, grifou-se).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. DANO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO ÔNIBUS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS E MOTOCICLETA PARTICULAR. ILÍCITO QUE NÃO POSSUI RELAÇÃO COM O SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO PELA CONCESSIONÁRIA. ATRIBUIÇÃO DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. [...]. (CC n. 2015.024245-3, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 01.07.2015, grifou-se).

Conflito de competência. Câmaras de Direito Civil e Comercial. Ação de cobrança. Contrato de prestação de serviços de transporte. Inteligência dos Atos Regimentais n. 41/00 E 57/02. Conflito procedente. Tratando-se de matéria de cunho meramente obrigacional, a competência deverá ser atribuída a uma das Câmaras de Direito Civil da Corte Estadual. (CC n. 2013.008362-6, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 05.06.2013, grifou-se).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO ÔNIBUS DE CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E VEÍCULO PARTICULAR - DANOS FÍSICOS SOFRIDOS POR OCUPANTE DESTA ÚLTIMO - MATÉRIA AFETA AO DIREITO CIVIL - DISCUSSÃO QUE NÃO ABRANGE A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO - INCOMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO - COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. Não compete às Câmaras de Direito Público julgar recurso atinente a ação indenizatória proposta contra empresa de transporte coletivo pela vítima de colisão entre ônibus e o veículo em que ela viajava, pois não se discute a concessão ou prestação do serviço público nem tarifa. (CC n. 2010.044969-8, rel. Des. Jaime Ramos, j. 18.08.2010, grifou-se).

No caso concreto, o apelo ingressou na Corte durante a vigência do atual Regimento Interno (autos do recurso, evento 1, eproc 2).

Na espécie, um olhar metuculoso revela que a discussão central na ação primária não pode ser considerada como matéria de direito público.

Dessume-se dos autos que a causa de pedir do feito matriz envolve essencialmente suposta falha na prestação de serviço por empresa de transporte aéreo.

Vale dizer, a controvérsia versa sobre relação de consumo pura.

Ademais, a despeito de a parte autora ser portadora de necessidades especiais, afigura-se inaplicável a norma regimental indicada pela Câmara civilista porque não se trata de ação de mandado de segurança e/ou de outra ação hábil a assegurar alguma garantia constitucional, a afastar a jurisdição do Colegiado especializado.

De mais a mais, não está em discussão, no caso em apreço, de aspectos diretamente relacionados à autorização, concessão, tampouco permissão de serviço público a legitimar a atribuição de competência às Câmaras de Direito Público.

Nessa ordem de ideias, a temática debatida no feito matriz vincula-se ao Direito Civil, em sintonia com o Anexo III do Regimento Interno em vigor, assuntos “1156 - *Direito do Consumidor* / 7771 - *Contratos de Consumo* / 4862 - *Transporte Aéreo*”.

Apenas a título de complemento, enfatize-se que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os recursos oriundos de ações indenizatórias nas quais a questão central envolve a responsabilidade por falha na prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros portadores ou não de necessidades especiais, inexistindo discussão sobre autorização, concessão e/ou permissão do serviço público, são regimentalmente processados perante a Terceira Turma e a Quarta Turma, ambas com competência para julgamento de matérias de direito privado (comércio, consumo, contratos, família e sucessões):

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - ACESSIBILIDADE EM TRANSPORTE AÉREO - CADEIRANTE SUBMETIDO A TRATAMENTO INDIGNO AO EMBARCAR EM AERONAVE - AUSÊNCIA DOS MEIOS MATERIAIS NECESSÁRIOS AO INGRESSO DESEMBARAÇADO NO AVIÃO DO DEPENDENTE DE TRATAMENTO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONFIGURADA - REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO IMPROCEDENTE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. Hipótese: Trata-se de ação condenatória cuja pretensão é o reconhecimento da responsabilidade civil da companhia aérea por não promover condições dignas de acessibilidade de pessoa cadeirante ao interior da aeronave. 1. Recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do STJ. 2. Não há violação ao art. 535 do CPC/73 quando não indicada a omissão e a demonstrada a importância da análise da matéria para a resolução da controvérsia. Na hipótese de fundamentação genérica incide a regra da Súmula 284 do STF. 3. O Brasil assumiu no plano internacional compromissos destinados à concretização do convívio social de forma independente da pessoa portadora de deficiência, sobretudo por meio da garantia da acessibilidade, imprescindível à autodeterminação do indivíduo com dificuldade de locomoção. 3.1. A Resolução n. 9/2007 da Agência Nacional de Aviação Civil, cuja vigência perdurou de 14/6/2007 até 12/1/2014, atribuiu às empresas aéreas a obrigação de assegurar os meios para o acesso desembaraçado da pessoa com deficiência no interior da aeronave, aplicando-se, portanto, aos fatos versados na demanda. 4. Nos termos do art. 14, caput, da Lei n. 8.078/90, o fornecedor de serviços responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido, o que ocorreu na hipótese. 4.1. O fato de terceiro, excludente da responsabilidade do transportador, é aquele imprevisto e que não tem relação com a atividade de transporte, não sendo o caso dos autos, uma vez que o constrangimento, previsível no deslocamento coletivo de pessoas, decorreu da própria relação contratual entre os envolvidos e, preponderantemente, da forma que o serviço foi prestado pela ora recorrente. 5. A indenização por danos morais fixada em quantia

*sintonizada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não enseja a interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do montante arbitrado. Incidência da Súmula 7 do STJ. Verba indenizatória mantida em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (STJ, REsp n. 1.611.915/RS, rel. Min. Marco Buzzi, **Quarta Turma**, j. em 06.12.2018, grifou-se).*

E ainda: REsp n. 1.155.590/DF, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 27.11.2018; AgRg no Ag n. 1.362.384/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 03.02.2011; REsp n. 677.872/PR, rel.^a Min.^a Nancy Andrichi, rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 28.06.2005.

Em arremate, anota-se a desnecessidade de manifestação na forma do art. 957, do Código de Processo Civil, porquanto a suscitada apenas declinou da competência, ao passo que a suscitante limitou-se a instaurar o incidente processual.

Ante o exposto, voto por julgar procedente o conflito negativo e declarar competente a 5ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso.

Documento eletrônico assinado por **PEDRO MANOEL ABREU, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2400892v40** e do código CRC **1238425e**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): PEDRO MANOEL ABREU

Data e Hora: 28/9/2022, às 18:57:1

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (RECURSOS DELEGADOS) Nº 5033362-93.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ALTAMIRO DE OLIVEIRA

SUSCITANTE: GAB. 03 - 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

SUSCITADO: GAB. 03 - 2ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A 2ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÕES. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA RECURSAL: CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO ORIGINÁRIA. DEBATE NO FEITO MATRIZ: AUTORA QUE ENTREGOU VEÍCULO DE SUA PROPRIEDADE PARA A REVENDEDORA DE AUTOMÓVEIS RÉ, EM CONSIGNAÇÃO PARA FIM DE VENDA, E FOI SURPREENDIDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMPLEMENTADA ENTRE O BANCO RÉU E O ADQUIRENTE CORRÉU. ALEGADO DESCONHECIMENTO, BEM COMO AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA AO NEGÓCIO PELA PROPRIETÁRIA DO BEM, PARA A QUAL NÃO FOI REPASSADO O VALOR DA VENDA. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE O PACTO BANCÁRIO EM SI. QUESTÃO CENTRAL JUNGIDA EXCLUSIVAMENTE AO PRETENSO DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO PATRIMONIAL DECORRENTE DE ILÍCITO. CAUSA DE PEDIR PRINCIPAL TÍPICAMENTE DE DIREITO CIVIL, A AFASTAR A JURISDIÇÃO DO COLEGIADO ESPECIALIZADO. PREVENÇÃO DA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE*, DE CARÁTER ABSOLUTO, QUE PREVALECE SOBRE EVENTUAL PREVENÇÃO, A QUAL SOMENTE PREPONDERA NOS CASOS DE CONFLITO ENTRE ÓRGÃOS COM IDÊNTICO PLEXO DE ATRIBUIÇÕES. ENUNCIADO IV DESTA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. COMPETÊNCIA MATERIAL DA CÂMARA DE DIREITO CIVIL SUSCITADA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

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, para declarar competente a 2ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar os recursos, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 30 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência protagonizado pela 3ª Câmara de Direito Comercial (Suscitante) e pela 2ª Câmara de Direito Civil (Suscitada) no bojo de apelações interpostas contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de indenização por danos materiais e morais (autos n. 0313451-14.2017.8.24.0023).

De início, o recurso foi distribuído para a 2ª Câmara de Direito Civil que, no entanto, declinou da competência por assim entender:

*Considerando a informação contida no Evento n. 5, redistribuam-se os autos ao **Exmo. Sr. Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira**, haja vista a **prevenção** firmada quando da distribuição do recurso, com fulcro no art. 59 do Código de Processo Civil e art. 117 do RITJSC.*

Dê-se baixa nos registros deste gabinete.

Cumpra-se. (autos originários, evento 7, eproc 2, grifo no original)

Redistribuído para a 3ª Câmara de Direito Comercial, esta recusou a jurisdição e instaurou o presente incidente processual sob o fundamento a seguir transcrito:

[...] Empós analisar a demanda, verifico que a competência para o seu processamento e julgamento é de uma das Câmaras de Direito Civil desta Corte de Justiça.

Isso porque, não há nos autos qualquer incursão em matéria de direito bancário. Na realidade, a discussão entre as partes possui natureza eminentemente civil, vinculando-se à anulação de negócio jurídico de compra e venda de veículo automotor diante da não entrega do documento de transferência do automóvel pelo proprietário originário do bem.

Desta forma, não vislumbro motivos para que haja a apreciação dos recursos nesta câmara especializada, até porque “Por ser absoluta, a competência interna em razão da matéria prevalece sobre aquela fixada por prevenção, a qual somente prepondera quando existente o conflito entre Câmaras materialmente competentes para a análise do feito (TJSC, Conflito de competência n. 0002265-68.2019.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 26-02-2020).” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5053412-77.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 26-04-2022).

Portanto, sem maiores delongas, suscito conflito negativo de competência perante a Câmara de Recursos Delegados, consoante regra autorizativa contida no art. 75, II, do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

Remeta-se o caderno processual ao órgão competente para apreciação do conflito.

Cumpra-se. (autos originários, evento 11, eproc 2, grifo no original)

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à Secretaria da Câmara de Recursos Delegados para oportuna inclusão em pauta, nos termos do art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

De início, a competência desta Câmara de Recursos Delegados é disciplinada pelo art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

Art. 75. Compete à Câmara de Recursos Delegados, por delegação do Órgão Especial, julgar: [...]

II - os conflitos de competência entre os grupos de câmaras de áreas de especialização diferentes, entre os grupos de câmaras e a Seção Criminal, entre as câmaras de áreas de especialização distintas, entre o Conselho da Magistratura e qualquer outro órgão julgante do Tribunal de Justiça e entre juízes de unidades jurisdicionais com competência diferente, bem como os respectivos incidentes; [...].

Como se vê, portanto, o atual Regimento Interno manteve o critério funcional adotado desde o Ato Regimental TJ n. 160, de 21/3/2018, preservando a delegação a esta Câmara para apreciação dos conflitos de competência outrora atribuídos ao Órgão Especial.

O incidente preenche os requisitos legais dos arts. 66, 951 e 953, todos do Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser conhecido.

Consigna-se a desnecessidade de oitiva dos órgãos julgadores em conflito porque suas razões constam nos presentes autos, possibilitando a compreensão da celeuma (CC n. 0000178-76.2018.8.24.0000, rel^a. Des^a. Rosane Portella Wolff, j. 22/02/2018).

Reputa-se dispensável a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto a controvérsia não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 178 c/c art. 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Em breve retrospecto acerca da competência para apreciar o recurso objeto deste incidente, de acordo com o art. 6º do Ato Regimental TJ n. 41/00, de 9/8/2000, a partir de 1º de janeiro de 2001 seriam distribuídos:

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

II - Para as 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, os novos recursos e feitos originários de Direito Privado, relacionados com o Direito Comercial, inclusive Direito Falimentar e todas as causas relativas a obrigações ativas ou passivas de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas neste item.

Em 2002, a 1ª e a 2ª Câmaras Cíveis deste Tribunal passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Civil, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com igual competência.

Sobreveio o Ato Regimental TJ n. 85/07, o qual criou a 4ª Câmara de Direito Civil, ressaltando o art. 2º dessa norma que “*as novas Câmaras, criadas pelo artigo 1º, terão a mesma competência das demais Câmaras de seus respectivos Grupos*”.

Do mesmo modo, a 3ª e a 4ª Câmaras Cíveis passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Comercial, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com a seguinte competência: “[...] *as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima*”.

Posteriormente, por meio do Ato Regimental TJ n. 85/07, foi criada a 4ª Câmara de Direito Comercial, com competência idêntica às três Câmaras de Direito Comercial então existentes. O Ato Regimental TJ n. 110/10 criou a 5ª e a 6ª Câmaras de Direito Civil no Grupo de Câmaras de Direito Civil (art. 1º, inc. I); e a 5ª Câmara de Direito Comercial, integrante do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (art. 1º, inc. II); com “*a mesma competência das demais câmaras de seus respectivos grupos ou seção*” (art. 1º, § 3º).

Assim, com a edição dos Atos Regimentais TJ n. 57/02, 85/07 e 110/10 esta Corte passou a ser composta por: a) um Grupo de Câmaras de Direito Civil com a competência definida no art. 6º, inc. I, do Ato Regimental TJ 41/00, integrado por seis Câmaras de Direito Civil; b) um Grupo de Câmaras de Direito Comercial com a competência definida no art. 3º do Ato Regimental TJ 57/02, integrado por cinco Câmaras de Direito Comercial.

Às câmaras de direito comercial estão afetos os feitos relacionados com os direitos bancário, empresarial, cambiário e falimentar, bem como os recursos envolvendo questões processuais relativas a essas matérias. Por sua vez, às câmaras de direito civil compete processar e julgar os feitos envolvendo matérias eminentemente de direito civil, assim como os recursos relativos às questões processuais inerentes a esse plexo de atribuições.

Finalmente, o Regimento Interno em vigor desde 1º/2/2019, o qual renovou a divisão de competência dos órgãos internos, delineou no preâmbulo do Anexo III, inc. I, “a”:

A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes:

I - consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes: [...]

a) relacionados ao direito civil, às ações de cobrança e às ações indenizatórias não incluídas na competência dos demais órgãos [...] (grifou-se)

Tecidas as considerações acima, visualiza-se na origem que a parte autora ingressou com demanda indenizatória em desfavor dos réus sob os argumentos a seguir transcritos:

1.1. A Demandante é pessoa de boa-fé, honesta e trabalhadora e em julho de 2017 decidiu colocar seu veículo a venda para ajudar financeiramente seu filho, André Makowiecky Salles, que se encontra desempregado desde janeiro de 2017, conforme cópia da carteira de trabalho em anexo.

1.2. Assim, em 28/07/2017 a autora entregou seu veículo a seu filho André que se dirigiu à loja da segunda requerida e firmou com esta “Contrato de Consignação” de veículo, para que fosse realizado a exposição do veículo Renault Sandero priv, ano 2009/2010, Motor 1.6., Placa MHN6159 visando uma possível venda pelo valor líquido de R\$ 21.500,00 a ser repassado à autora.

1.3. Importante ressaltar que nem o filho da requerente, quanto menos a própria requerente assinaram procuração outorgando poderes à segunda requerida para promover a transferência da propriedade de seu veículo e nem mesmo entregaram o documento de transferência do veículo (DUT), pois ficou acertado entre as partes que a consolidação da venda do seu veículo e a transferência da propriedade somente ocorreria após o recebimento pela autora dos valores pactuados, de modo a lhe proporcionar maiores garantias na realização do negócio.

1.4. Em outras palavras: a autora apenas iria transferir a propriedade do veículo após o recebimento do valor total previsto no contrato estimatório pactuado com a segunda requerida, sendo que eventual negociação do veículo realizada pela segunda requerida configuraria apenas um negócio precário, pendente de validação pela autora.

1.5. Não obstante, o fato é que o veículo da autora foi vendido em 04/08/2017 para Daniel Oliveira César, ocasião em que foi registrada uma alienação fiduciária em favor da primeira requerida, conforme consulta consolidada do veículo expedida pelo DETRAN-SC (doc. anexo).

1.6. Tal fato causou espanto e perplexidade à autora, pois em momento algum foi autorizado a transferência da propriedade do seu veículo, quanto menos o registro da alienação fiduciária supracitada, impondo-se reconhecer tratar-se de uma operação realizada mediante FRAUDE.

1.7. Importante ressaltar que até o presente momento nenhum valor foi pago à autora, sob a alegação da segunda requerida de que vinha enfrentando sérias dificuldades financeiras, fato que configura, em tese, apropriação indevida dos recursos pertencentes ao autor.

1.8. Diante do não pagamento do valor devido, no dia 20/10/2017 o filho da autora (André) registrou boletim de ocorrência contra o representante legal da segunda requerida, o Sr. Zandré Luis Muccini, que foi incluído no polo passivo da demanda por ser o responsável pela apropriação indevida dos recursos provenientes da venda do veículo do autor.

1.9. Neste ponto, abre-se um parêntese para ressaltar que os fatos narrados na presente demanda não se tratam de um caso isolado, tendo a autora conhecimento de que existem dezenas de pessoas lesadas pela segunda requerida, conforme boletins de ocorrência agrupados no Inquérito Policial n. 145.17.118, instaurado em 26/10/2017 (doc. Anexo), para apurar eventual crime praticado pelo terceiro requerido.

1.10. No dia 03/11/2017, a autora notificou extrajudicialmente (doc. Anexo) a segunda requerida para que

esta promovesse o repasse do valor total referente à venda de seu veículo, sob pena de serem tomadas as medidas judiciais pertinentes para a reparação dos danos materiais e morais por ele suportados, entretanto, até o presente momento nenhuma resposta foi apresentada por ela. [...]. (autos originários, evento 1, eproc 1)

Diante dos fatos narrados, a autora entabulou os pedidos a seguir:

[...] c) Seja declarado a inexistência de outorga de autorização por parte da autora para realização de transferência da propriedade ou alienação fiduciária do veículo Renault Sandero priv, Placa MHN6159, por parte dos requeridos.

d) Sejam as requeridas condenadas solidariamente ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 22.495,00 (vinte e dois mil quatrocentos e noventa e cinco reais), a ser atualizado com juros e correção monetária desde a data alienação fraudulenta do veículo Renault Sandero priv, Placa MHN6159, nos termos da fundamentação.

e) Sejam as requeridas condenadas solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 14.950,00 (quatorze mil novecentos e cinquenta reais), a ser atualizado com juros e correção monetária desde a data da alienação fraudulenta do veículo Renault Sandero priv, Placa MHN6159, nos termos da fundamentação. [...]. (autos originários, evento 1, eproc 1)

Após o processamento regular do feito, sobreveio sentença na qual a a magistrada pronunciou:

Em face do que foi dito:

a) na ação n. 0313451-14.2017.8.24.0023:

a.1) julgo procedente o pedido formulado por SANDRA MAKOVIECKY contra BANCO PAN S/A e ESPÓLIO DE ZANDRE LUIS MUCCINI e, em consequência, condeno os réus, de forma solidária, a indenizar a autora pelos danos materiais suportados, na importância de R\$ 22.509,73 (vinte e dois mil quinhentos e setenta e três reais), corrigida monetariamente pelo INPC/IBGE desde a data da negociação do bem (04.08.2017) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

a.2) como consectário, consolido a propriedade do veículo automotor Renault Sandero, ano 2009, placas MHH-6159, em favor do BANCO PAN S/A e determino a exclusão da restrição de alienação imposta ao bem por meio do sistema RENAJUD, ficando a autora ciente de que deverá entregar ao banco, no prazo de 15 (quinze) dias, os documentos necessários para a transferência de propriedade do bem perante o órgão de trânsito.

Condeno os réus, de forma solidária, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do que dispõe o art. 85, §2º, do CPC.

Suspendo a exigibilidade do pagamento da verba sucumbencial por cinco anos em relação ao ESPÓLIO DE ZANDRE LUIS MUCCINI, uma vez que lhe concedo o benefício da justiça gratuita.

b) na ação n. 0313177-50.2017.8.24.0023:

b.1) julgo improcedentes os pedidos formulados por DANIEL OLIVEIRA CÉZAR contra SANDRA MAKOVIECKY.

Honorários incabíveis.

Custas pelo autor, com exigibilidade suspensa pelo prazo de cinco anos, tendo em vista ser ele beneficiário da justiça gratuita.

*b.2) **julgo procedentes** os pedidos formulados por DANIEL OLIVEIRA CEZAR contra BANCO PAN S/A e ESPÓLIO DE ZANDRE LUIZ MUCCINI para:*

b.2.1) rescindir o contrato de financiamento e alienação fiduciária n. 083069973 firmado entre o autor e o BANCO PAN S/A e, em consequência, consolidar a propriedade do veículo automotor Renault Sandero, ano 2009, placas MHH-6159, em favor da instituição financeira.

b.2.2) condenar os réus, de forma solidária, a restituírem ao autor os valores pagos pelo veículo Renault Sandero, ano 2009, placas MHH-6159, sem prejuízo de correção monetária pelo INPC/IBGE desde os desembolsos e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Intime-se o autor para informar nos autos, no prazo de 15 (quinze) dias, os dados bancários para fins de liberação dos valores já depositados nos autos pela instituição financeira, expedindo-se, em seguida, o respectivo alvará, com retenção do imposto de renda, se for o caso.

b.2.3) condenar os réus, de forma solidária, a pagarem ao autor o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação por dano moral, sem prejuízo de correção monetária pelo INPC/IBGE desde o arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

b.2.4) confirmar a tutela antecipada deferida no Evento 9 e determinar ao BANCO PAN S/A que cesse, em definitivo, as cobranças do contrato n. 083069973, se abstendo de incluir o nome do autor em cadastros de restrição ao crédito, ou promover o imediato cancelamento de eventual inclusão já efetivada, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento, limitada a R\$ 50.000,00, a teor do que autoriza o art. 537 do CPC.

Condeno os réus, de forma solidária, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do que dispõe o art. 85, §2º, do CPC.

Suspendo a exigibilidade do pagamento da verba sucumbencial por cinco anos em relação ao ESPÓLIO DE ZANDRE LUIS MUCCINI, uma vez que lhe concedo o benefício da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se cobrando-se custas. (autos originários, evento 146, eproc 1, grifo no original)

Diante da decisão supracitada, a revendedora de automóveis ré e o banco corréu interpuseram apelações, as quais ingressaram nesta Corte de Justiça durante a vigência do atual Regimento Interno (autos originários, eventos 152 e 155, eproc 1; autos do recurso, evento 1, eproc 2).

No âmbito deste Sodalício, é pacífico que a causa de pedir da ação originária delimita a competência para o processamento e julgamento dos recursos e demais incidentes relacionados, consoante caminho há muito trilhado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, o qual possuía jurisdição sobre os conflitos de competência atualmente processados perante esta Câmara de Recursos Delegados.

A respeito:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORIGINÁRIA EM QUE SE POSTULA A NULIDADE DE TÍTULO CAMBIÁRIO (DUPLICATA). CONFLITO SUSCITADO PELA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. COMPETÊNCIA FIRMADA A PARTIR DA CAUSA DE PEDIR, E NÃO EXCLUSIVAMENTE DO PEDIDO. TÍTULO EMITIDO EM RAZÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DE SERVIÇO DE REPARAÇÃO EFETUADO SEM AUTORIZAÇÃO DA RECORRENTE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE NEGÓCIO QUE DÁ CAUSA AO TÍTULO. RELAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. A fixação da competência deve observar a causa de pedir. É indiferente, por isso, que a cumulação de pedidos revele, por desdobre, a declaração de nulidade de título de crédito. Se a pretensão, em sua origem, não diz respeito a invalidade da cambiária em si considerada – em outras palavras, se a causa de pedir não envolve direito cambiário, mas sim a operação mercantil que dá causa ao título de crédito – firma-se a competência das Câmaras de Direito Civil para conhecer do respectivo recurso, ainda que se pretenda, a desconstituição do título (Conflito de Competência n. 0000246-60.2017.8.24.0000, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Especial, j. 19/7/2017, grifou-se).

Por outro lado, esta Câmara de Recursos Delegados há muito atualizou o entendimento e assentou o caráter absoluto da competência *ratione materiae* dos órgãos fracionários que integram este Sodalício. Nesse caminho, inclusive, aprovou-se o Enunciado IV, *in verbis*:

ENUNCIADO IV - Por terem índole material, são absolutas as competências internas dos órgãos fracionários dos tribunais, motivo pelo qual somente se cogita a prevenção acaso existente conflito entre Câmaras materialmente competentes para a análise do feito. (<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia/camara-de-recursos-delegados>)

A propósito, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A 7ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AÇÃO DE RESCISÃO C/C DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] CAUSA DE PEDIR PRINCIPAL AFETA AO DIREITO EMPRESARIAL. AVENTADA PREVENÇÃO DO COLEGIADO CIVILISTA, EM RAZÃO DO JULGAMENTO DE RECURSO ORIUNDO DE AÇÃO CONEXA [...] NÃO CONFIGURAÇÃO. CARÁTER ABSOLUTO DA COMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE QUE PREVALECE SOBRE EVENTUAL PREVENÇÃO, A QUAL SOMENTE PREPONDERA NOS CASOS DE CONFLITO ENTRE ÓRGÃOS COM IDÊNTICO PLEXO DE ATRIBUIÇÕES [...] COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL SUSCITADA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 5055800-50.2021.8.24.0000, rel. 2º Vice-Presidente Des. Getúlio Corrêa, j. 29/3/2022, grifou-se).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO E MANTEVE A TUTELA DE URGÊNCIA ANTERIORMENTE DEFERIDA EM AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE CUMULADA COM PERDAS E DANOS. ALEGADA PREVENÇÃO

*DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO SUSCITANTE, EM RAZÃO DE PRETÉRITO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE APENSA A AÇÃO REVISIONAL ENVOLVENDO O BEM IMÓVEL OBJETO DA IMISSÃO NO FEITO SUBJACENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA: CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO MATRIZ. NA ESPÉCIE **COMPETÊNCIA ABSOLUTA RATIONE MATERIAE DA CÂMARA DE DIREITO CIVIL QUE PREPONDERA SOBRE A VINCULAÇÃO POR PREVENÇÃO, A QUAL SOMENTE PREVALECE QUANDO EXISTENTE CONFLITO ENTRE CÂMARAS MATERIALMENTE COMPETENTES PARA ANÁLISE DO FEITO.** CAUSA DE PEDIR NA ORIGEM LIMITADA A IMISSÃO NA POSSE DO BEM ADQUIRIDO ATRAVÉS DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS EM RAZÃO DA MORA DOS REQUERIDOS NA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. DEBATE DE ÍNDOLE CIVIL. PRECEDENTES DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 5040955-47.2020.8.24.0000, rel. 3º Vice-Presidente Des. Salim Schead dos Santos, j. 28/4/2021, grifou-se).*

Fixadas aludidas premissas, no caso concreto um olhar atento evidencia que a controvérsia, na lide originária, não ingressa em matéria de direito bancário.

Na questão vertente, examinando atentamente o feito matriz, é possível aferir que a parte autora não pretende discutir o contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária celebrado entre o adquirente de boa-fé e a instituição financeira.

O que se pretende, na ação originária, é exclusivamente a condenação dos réus à recomposição patrimonial por ilícito perpetrado em prejuízo da demandante, a qual entregou veículo em consignação para a revendedora de automóveis ré, para fim de venda, e foi surpreendida com a notícia de alienação fiduciária implementada entre o banco réu e o adquirente corréu sem a anuência da proprietária do bem, para qual não foi repassado o valor da venda.

Diante desse cenário, é possível concluir que a simples existência de contrato bancário entre a instituição financeira ré e o adquirente de boa-fé corréu não possui o condão de atrair automaticamente a competência do Colegiado especializado, porquanto a causa de pedir principal cinge-se exclusivamente à indenização decorrente de ilícito, matéria tipicamente de direito civil.

Presente esse contexto, ressaí cristalina a competência material absoluta do Colegiado civilista, não restando configurada a prevenção do Colegiado especializado por ter julgado agravo de instrumento (autos n. 4007394-20.2018.8.24.0000) interposto contra decisão proferida em lide distinta, ajuizada pelo adquirente de boa-fé em desfavor do banco (autos n. 0313177-50.2017.8.24.0023).

Esse, aliás, já era o posicionamento perfilhado pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça, o qual, consoante dito anteriormente, possuía jurisdição para o exame de conflitos de competência atualmente processados perante esta Câmara de Recursos Delegados, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS PROMOVIDA CONTRA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA POR NÃO TER ESTA DEVOLVIDO, EM FACE

DE ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL, VEÍCULO APREENDIDO EM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CUJO PROCESSO DEPOIS FOI JULGADO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO DO CONTRATO BANCÁRIO - COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL E NÃO DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL - CONFLITO PROCEDENTE. É das Câmaras de Direito Civil a competência para processar e julgar recurso interposto contra sentença proferida em ação de indenização por danos materiais decorrentes da indevida alienação extrajudicial de veículo objeto de apreensão em ação de busca e apreensão, cujo processo foi extinto sem resolução de mérito, sobretudo porque não mais se discutem as cláusulas do contrato de financiamento bancário, mas o valor da indenização com base na responsabilidade civil da instituição bancária. (Conflito de Competência n. 2014.065057-8, rel. Des. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 1º/10/2014).

Outro não tem sido o entendimento adotado por esta Câmara de Recursos Delegados, sob a relatoria deste subscritor, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE O JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CRICIÚMA (SUSCITANTE) E O 6º JUÍZO DA UNIDADE ESTADUAL DE DIREITO BANCÁRIO (SUSCITADO). AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. AUTOR ABORDADO POR VENDEDOR PARA PARTICIPAR DE UM SORTEIO MEDIANTE A ENTREGA DE FOTO E DOCUMENTO. CONTRATAÇÃO DE FINANCIAMENTO E COMPRA DE VEÍCULO NÃO AUTORIZADAS. PROVÁVEL PRÁTICA DE GOLPE. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR JUNGIDA UNICAMENTE À RESPONSABILIDADE DAS REQUERIDAS, CONCESSIONÁRIA E INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, PELA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE INCURSÃO POR QUESTÕES DE NATUREZA BANCÁRIA. MATÉRIA ALHEIA ÀS ATRIBUIÇÕES DO JUÍZO ESPECIALIZADO. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL SUSCITANTE. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 5037745-17.2022.8.24.0000, rel. 1º Vice-Presidente Des. Altamiro de Oliveira, j. 28/9/2022).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE O 8º JUÍZO DA UNIDADE ESTADUAL DE DIREITO BANCÁRIO (SUSCITANTE) E O JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE (SUSCITADO). AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS. PARTE AUTORA QUE OBJETIVA DESFAZER A TRANSFERÊNCIA NÃO AUTORIZADA DE VEÍCULO DE SUA PROPRIEDADE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A TERCEIRO JUNTO AO DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO. PEDIDO CIRCUNSCRITO À BAIXA DO GRAVAME E INDENIZAÇÃO, O QUE AFASTA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO. INTELIGÊNCIA DO §1º DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO TJ N. 02/2021, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO TJ N. 12/2022. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL E DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 5044201-80.2022.8.24.0000, rel. 1º Vice-Presidente Des. Altamiro de Oliveira, j. 28/9/2022).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE O 17º JUÍZO DA UNIDADE ESTADUAL DE DIREITO BANCÁRIO (SUSCITANTE) E O JUÍZO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE LAGES (SUSCITADO). AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS MOVIDA POR REVENDEDORA DE AUTOMÓVEIS EM DESFAVOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. REGISTRO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM VEÍCULO DA AUTORA SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO DE COMPRA E VENDA, TAMPOUCO VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA: CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO ORIGINÁRIA. INDICAÇÃO DE FRAUDE. AUSÊNCIA

DE INCURSÃO POR MATÉRIA DE DIREITO BANCÁRIO, PORQUANTO A CAUSA DE PEDIR NÃO ENVEREDA POR TEMAS TÍPICOS DA COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA. LIDE DE NATUREZA CIVIL, JUNGIDA NO REQUERIMENTO DE EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A EFETIVA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO BANCÁRIO AFASTADA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (*Conflito de Competência n. 5024473-53.2022.8.24.0000, rel. 1º Vice-Presidente Des. Altamiro de Oliveira, j. 27/7/2022*).

Em idêntica vereda, colhem-se precedentes deste Órgão ancilar em casos similares, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE O JUÍZO DA VARA COMERCIAL (SUSCITANTE) E O JUÍZO DA VARA CÍVEL (SUSCITADO), AMBOS DA COMARCA DE BRUSQUE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REVISIONAL DE CONTRATO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRA DE VEÍCULO AUTOMOTOR EM REVENDEDORA AUTORIZADA. PAGAMENTOS MENSAIS EFETUADOS SEM A CORRESPONDENTE TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO BEM. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA: CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO ORIGINÁRIA. INDICAÇÃO DE FRAUDE. AUSÊNCIA DE INCURSÃO POR MATÉRIA DE DIREITO BANCÁRIO, PORQUANTO A CAUSA DE PEDIR NÃO ENVOLVE DISCUSSÃO SOBRE O CONTRATO DE FINANCIAMENTO EM SI, TAMPOUCO ENVEREDA POR TEMAS TÍPICOS DA COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA. LIDE DE NATUREZA CIVIL, JUNGIDA AO DESCUMPRIMENTO DE AJUSTE CELEBRADO ENTRE PARTICULARES E À RESPONSABILIDADE DESTES POR APONTADO ATO ILÍCITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO BANCÁRIO AFASTADA. PRECEDENTES DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (*Conflito de Competência n. 5003037-38.2022.8.24.0000, rel. 2º Vice-Presidente Des. Getúlio Corrêa, j. 27/4/2022*).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE O 20º JUÍZO DA UNIDADE ESTADUAL DE DIREITO BANCÁRIO (SUSCITANTE) E O 2º JUÍZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE BLUMENAU (SUSCITADO). AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO CREDITÍCIA POR DÍVIDA ALEGADAMENTE INEXISTENTE. MATÉRIA DE ATRELADA AO DIREITO CIVIL. ADEMAIS, AVENTADA CONEXÃO COM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM TRÂMITE JUNTO À UNIDADE BANCÁRIA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS UNIDADES EM CONFLITO. INADMISSIBILIDADE DA REUNIÃO DOS FEITOS. ENUNCIADO VII DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. PRECEDENTES DIVERSOS. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (*Conflito de Competência n. 5004917-65.2022.8.24.0000, rel. 2º Vice-Presidente Des. Getúlio Corrêa, j. 31/8/2022*).

Dessarte, no caso concreto reafirma-se a competência da Câmara de Direito Civil ora suscitada, em sintonia com o Regimento Interno vigente, códigos “899 - DIREITO CIVIL, 7681 - Obrigações, 7691 - Inadimplemento, 7691 - Inadimplemento (Direito Civil)”.

Em arremate, anota-se a desnecessidade de manifestação na forma do art. 957 do Código de Processo Civil porquanto a Câmara suscitada apenas declinou da competência, ao passo que a Câmara suscitante se limitou a instaurar o incidente processual.

Ante o exposto, voto por julgar procedente o conflito negativo, para declarar competente a 2ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar os recursos.

Documento eletrônico assinado por **ALTAMIRO DE OLIVEIRA, Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2931153v28** e do código CRC **6fd22989**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Data e Hora: 6/12/2022, às 16:39:51

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (RECURSOS DELEGADOS) Nº 5037619-64.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR GETÚLIO CORRÊA

SUSCITANTE: GAB. 04 - 1ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

SUSCITADO: GAB. 02 - 5ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A 1ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A 5ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AÇÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO E EXTINGUIU O FEITO. APELAÇÃO. CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA NO ÂMBITO DESTA CORTE DE JUSTIÇA: CAUSA DE PEDIR DA LIDE ORIGINÁRIA. DEBATE NO FEITO MATRIZ: ALEGADA COBRANÇA DE NOTA PROMISSÓRIA COM VALOR ADULTERADO. LITÍGIO QUE MUITO EMBORA ENVOLVE TÍTULO DE CRÉDITO, NÃO ENVEREDA EM MATÉRIA ESPECÍFICA DE DIREITO CAMBIÁRIO, TAMPOUCO INCURSIONA EM TEMÁTICA DE DIREITO BANCÁRIO, EMPRESARIAL E/OU FALIMENTAR, A AFASTAR A COMPETÊNCIA DO COLEGIADO ESPECIALIZADO. CAUSA DE PEDIR DO FEITO MATRIZ, EM SUA ESSÊNCIA, QUE NÃO DESBORDA DA SEARA DO DIREITO CIVIL, JUNGIDA À RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. ALEGADA PREVENÇÃO DA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE*, DE CARÁTER ABSOLUTO, QUE PREVALECE SOBRE EVENTUAL PREVENÇÃO, A QUAL SOMENTE PREPONDERA NOS CASOS DE CONFLITO ENTRE ÓRGÃOS COM IDÊNTICO PLEXO DE ATRIBUIÇÕES. ENUNCIADO IV DESTA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. COMPETÊNCIA MATERIAL ABSOLUTA DA CÂMARA DE DIREITO CIVIL SUSCITADA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

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, para declarar competente a 5ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 30 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado pela 1ª Câmara de Direito Comercial diante de decisão declinatória da 5ª Câmara de Direito Civil, em apelação interposta contra sentença que reconheceu a prescrição e extinguiu ação indenizatória (autos n. 5006942-61.2021.8.24.0008).

O recurso foi inicialmente distribuído para a 5ª Câmara de Direito Civil que, no entanto, declinou da competência sob o comando a seguir transcrito:

*Nos termos da revisão realizada pela Diretoria de Cadastro e Distribuição Processual - DCDP, por meio da certidão informativa acostada no **evento 6**, determina-se a redistribuição dos presentes autos ao **Exmo. Sr. Desembargador Luiz Zanelato (Gab. 04 - 1ª Câmara de Direito Comercial)**, pois o estudo da prevenção indicou como possível processo conexo ou relacionado o seguinte recurso/ação: 0010071-53.2007.8.24.0008, distribuído ao Gab. 04 - 1ª Câmara de Direito Comercial, no sistema SAJSG.*

Cumpra-se. (autos originários, evento 8, eproc 2, grifo no original).

Redistribuído para a 1ª Câmara de Direito Comercial, esta recusou a competência e instaurou o presente incidente por assim entender:

[...] Na origem, trata-se de “ação indenizatória por danos morais” proposta por VÂNIO ANTÔNIO WEBER contra ADEMAR TALLMANN, na qual postula a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (evento 1, autos do 1º grau).

Sustentou, em síntese, que (a) o requerente é devedor do requerido em uma nota promissória emitida em 10 de abril de 1999, no valor de R\$ 7.567,34 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos). Em 08 de novembro de 1999, o demandado manejou uma execução em face do autor, ajuizada sob o nº 0010023-94.2007.8.24.0008, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, e para a sua surpresa o valor da execução era a quantia de R\$ 27.567,34 (vinte e sete mil e quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), ou seja, vinte mil reais a mais do que fora encartado no título; (b) a adulteração da nota promissória foi realizada pelo remandado, para constar o valor de R\$ 27.567,34 (vinte e sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), e não de R\$ 7.567,34 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), que seria o valor correto do título; (c) foi vítima de fraude, ante a falsificação do valor da nota promissória pelo demandado. O abalo emocional, as preocupações, bem como a necessidade de o autor vir a juízo se defender em virtude da atitude ilícita do requerido restam claras, de modo que o abalo experimentado pelo requerente foi muito além do mero aborrecimento do cotidiano (Evento 1 - eproc 1g).

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões no evento 44 dos autos do 1º grau, pugnando pelo desprovemento do recurso.

[...] examinados os autos da origem, constata-se que o presente recurso não pode ser conhecido por este órgão colegiado.

Isso porque o processo que fora anteriormente julgado por este órgão colegiado consistiu na ação de embargos à execução fundada em nota promissória, de modo que a discussão travada naqueles autos estava diretamente

relacionada ao título de crédito em questão e, por conseguinte, a incidência das normas de Direito Cambiário, matéria de competência comercial.

No entanto, no presente caso, a causa de pedir da ação subjacente versa tão somente sobre a responsabilidade civil do réu em razão de suposta falsificação de documento, pleiteando a parte autora indenização por danos morais decorrentes da cobrança de débito fundado no documento falsificado. Não há, pois, qualquer discussão de cunho comercial.

Vale destacar que prevenção não é fato que determina a competência, mas funciona como mecanismo de reunião do processos ou recursos conexos, pressupondo órgãos julgadores igualmente competentes. Desse modo, havendo novo processo ou recurso que não seja da mesma competência em razão da matéria do anterior, não há se falar em distribuição por prevenção.

Com efeito, a temática em debate no presente recurso encontra-se arrolada dentre as matérias da competência das Câmaras de Direito Civil, descritas no Anexo II do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Art. 73. São assuntos atribuídos especificamente:

I – às câmaras de direito civil os elencados no Anexo III deste regimento;

[...]

Anexo III:

Nível 1

899 - DIREITO CIVIL

Nível 2

10431 - Responsabilidade Civil

Nível 3

10433 - Indenização por Dano Moral

Acerca da demanda em que a parte pede indenização por dano moral, a Câmara de Recursos Delegados deste Tribunal de Justiça já se manifestou: [...]

Segue daí a conclusão de que necessário se faz o reconhecimento da incompetência das Câmaras de Direito Comercial para o exame da matéria relativa à indenização por dano moral, visto que não guarda relação direta com os ramos do Direito Empresarial, do Direito Bancário, do Direito Cambiário e do Direito Falimentar.

Logo, a competência para o recebimento, processamento e julgamento do presente recurso, salvo melhor juízo, é das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça.

Desta forma, o feito deveria ser processado pela 5ª Câmara de Direito Civil, à qual distribuído originalmente.

III - Ante o exposto, com base nos artigos 66 e 951, ambos do Código de Processo Civil, suscito conflito negativo de competência à egrégia Câmara de Recursos Delegados, nos termos do artigo 75, inciso II, do Regimento Interno, a quem cabe dirimir a questão. (autos originários, evento 12, eproc 2).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à Secretaria desta Câmara de Recursos Delegados

para oportuna inclusão em pauta, nos termos do art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

De início, a competência desta Câmara de Recursos Delegados é disciplinada pelo art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

Art. 75. Compete à Câmara de Recursos Delegados, por delegação do Órgão Especial, julgar: [...]

II - os conflitos de competência entre os grupos de câmaras de áreas de especialização diferentes, entre os grupos de câmaras e a Seção Criminal, entre as câmaras de áreas de especialização distintas, entre o Conselho da Magistratura e qualquer outro órgão julgante do Tribunal de Justiça e entre juízes de unidades jurisdicionais com competência diferente, bem como os respectivos incidentes; [...].

Como se vê, portanto, o atual Regimento Interno manteve o critério funcional adotado desde o Ato Regimental TJ n. 160, de 21/3/2018, preservando a delegação a esta Câmara para apreciação dos conflitos de competência outrora atribuídos ao Órgão Especial.

O incidente preenche os requisitos legais dos arts. 66, 951 e 953, todos do Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser conhecido.

Consigna-se a desnecessidade de oitiva dos órgãos julgadores em conflito porque suas razões constam nos presentes autos, possibilitando a compreensão da celeuma (CC n. 0000178-76.2018.8.24.0000, da Capital, rel^a. Des^a. Rosane Portella Wolff, j. 22/2/2018).

Reputa-se dispensável a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto a controvérsia não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 178 c/c art. 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Em breve retrospecto acerca da competência para apreciar o recurso objeto deste incidente, de acordo com o art. 6º do Ato Regimental TJ n. 41/00, de 9/8/2000, a partir de 1º de janeiro de 2001 seriam distribuídos:

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

II - Para as 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, os novos recursos e feitos originários de Direito Privado, relacionados com

o Direito Comercial, inclusive Direito Falimentar e todas as causas relativas a obrigações ativas ou passivas de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas neste item.

Em 2002, a 1ª e a 2ª Câmaras Cíveis deste Tribunal passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Civil, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com igual competência.

Sobreveio o Ato Regimental TJ n. 85/07, o qual criou a 4ª Câmara de Direito Civil, ressaltando o art. 2º dessa norma que *“as novas Câmaras, criadas pelo artigo 1º, terão a mesma competência das demais Câmaras de seus respectivos Grupos”*.

Do mesmo modo, a 3ª e a 4ª Câmaras Cíveis passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Comercial, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com a seguinte competência: *“[...] as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima”*.

Posteriormente, por meio do Ato Regimental TJ n. 85/07, foi criada a 4ª Câmara de Direito Comercial, com competência idêntica às três Câmaras de Direito Comercial então existentes. O Ato Regimental TJ n. 110/10 criou a 5ª e a 6ª Câmaras de Direito Civil no Grupo de Câmaras de Direito Civil (art. 1º, inc. I); e a 5ª Câmara de Direito Comercial, integrante do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (art. 1º, inc. II); com *“a mesma competência das demais câmaras de seus respectivos grupos ou seção”* (art. 1º, § 3º).

Assim, com a edição dos Atos Regimentais TJ n. 57/02, 85/07 e 110/10 esta Corte passou a ser composta por: a) um Grupo de Câmaras de Direito Civil com a competência definida no art. 6º, inciso I, do Ato Regimental TJ 41/00, integrado por seis Câmaras de Direito Civil; b) um Grupo de Câmaras de Direito Comercial com a competência definida no art. 3º do Ato Regimental TJ 57/02, integrado por cinco Câmaras de Direito Comercial.

Às câmaras de direito comercial estão afetos os feitos relacionados com os direitos bancário, empresarial, cambiário e falimentar, bem como os recursos envolvendo questões processuais relativas a essas matérias. Por sua vez, às câmaras de direito civil compete processar e julgar os feitos envolvendo matérias eminentemente de direito civil, assim como os recursos relativos às questões processuais inerentes a esse plexo de atribuições.

Finalmente, o novo Regimento Interno, em vigor desde 1º/2/2019, explicitou a divisão de competência dos órgãos internos desta Corte de Justiça, fazendo constar no Anexo III, preâmbulo, inciso I, alínea “c”:

A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes:

I - consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes: [...]

a) relacionados ao direito civil, às ações de cobrança e às ações indenizatórias não incluídas na competência dos demais órgãos [...].

Tecidas tais considerações, na ação originária visualiza-se que o autor alegou ter sofrido prejuízo em razão de suposta fraude perpetrada pelo réu, consistente na adulteração de valor originalmente inserido em nota promissória. Extraí-se da peça portal:

O Requerente é devedor do Requerido em uma nota promissória emitida em 10 de abril de 1999, no valor de R\$ 7.567,34 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos).

Em 08 de novembro de 1999, o Demandado manejou uma Execução em face do Autor, ajuizada sob o nº 0010023-94.2007.8.24.0008, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, e para a sua surpresa o valor da Execução era a quantia de R\$ 27.567,34 (vinte e sete mil e quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), ou seja, vinte mil reais a mais do que fora encartado no título.

Diante desta situação fática, o Demandante ajuizou Embargos à Execução (autos nº 0010071-53.2007.8.24.0008) alegando a adulteração na cópia, o que foi comprovado em perícia realizada naqueles autos, cujo laudo ora se acosta. O laudo foi confirmado em sentença, que assim decidiu (grifo no original): [...]

ANTE O EXPOSTO, acolho parcialmente os presentes embargos opostos pelo VANIO ANTONIO WEBER contra ADEMAR TALLMANN para o fim de determinar a redução do valor exigido nos autos da Ação de Execução por este promovida contra aquele (008.07.010023-0) para o montante principal de R\$ 7.567,34 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), vencido em 10 de abril de 1999.

[...] Inclusive, em virtude do ocorrido, foi protocolada pelo Requerente uma Notícia Crime, distribuída sob o nº 02.2020.00104552-4, em trâmite na 2ª Promotoria de Justiça de Blumenau.

Sendo assim, o Requerente vem ajuizar a presente ação indenizatória, tendo em vista que toda essa situação, que já se estende por anos, lhe causou prejuízos e grande angústia, o que enseja o pagamento de indenização por danos morais, conforme se demonstrará adiante. [...]

Restou comprovado, nos embargos de declaração opostos pelo ora Requerente, que a adulteração da nota promissória foi realizada pelo Demandado, para constar o valor de R\$ 27.567,34 (vinte e sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), e não de R\$ 7.567,34 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), que seria o valor correto do título. [...]

Ante todo o exposto, requer-se:

a) O julgamento TOTALMENTE PROCEDENTE da presente ação indenizatória, para condenar o Requerido ao pagamento de indenização por danos morais em favor do Requerente, em valor não inferior à R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme fundamentação supra; [...]. (autos originários evento 1, eproc 1).

Após o regular processamento do feito, sobreveio sentença na qual o magistrado pronunciou:

Do exposto, extingo a presente demanda, diante da prescrição da pretensão autoral, com base nos arts. 206, § 3º, V, do CC e 487, II, do CPC.

Condeno a parte ativa ao pagamento das despesas processuais pendentes, conforme arts. 86 e 87 do CPC.

Está igualmente obrigada a indenizar as despesas adiantadas no curso do processo pelo(s) vencedor(es), conforme art. 82, § 2º, do CPC.

Fixo os honorários sucumbenciais devidos pela parte antes referida ao(s) advogado(s) do(s) litigante(s) vencedor(es) no percentual de 10% sobre o valor da causa (devidamente corrigido pelo INPC/IBGE desde a data da propositura da demanda e com juros moratórios de 1% ao mês não capitalizados a partir do trânsito em julgado), conforme art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

A exigibilidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios está suspensa com relação à(s) parte(s) ativa, durante o prazo extintivo de 5 (cinco) anos, em face da concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, nos termos dos arts. 98 a 102 do CPC e da Lei n. 1.060/1950.

Após o trânsito em julgado, archive-se o processo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (autos originários, evento 48, eproc 1).

Diante da decisão supracitada, o autor interpôs apelação, a qual ingressou nesta Corte Justiça durante a vigência do atual Regimento Interno (autos originários, evento 54, eproc 1; evento 1, eproc 2).

No âmbito deste Sodalício, é uníssono que a causa de pedir da ação originária delimita a competência para o processamento e julgamento dos recursos e demais incidentes relacionados, e não apenas a matéria ventilada no recurso.

Esse é o caminho há muito trilhado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, o qual possuía jurisdição sobre os conflitos de competência atualmente processados perante esta Câmara de Recursos Delegados.

A propósito, *mutatis mutandis*:

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORIGINÁRIA EM QUE SE POSTULA A NULIDADE DE TÍTULO CAMBIÁRIO (DUPLICATA). CONFLITO SUSCITADO PELA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. **COMPETÊNCIA FIRMADA A PARTIR DA CAUSA DE PEDIR, E NÃO EXCLUSIVAMENTE DO PEDIDO.** TÍTULO EMITIDO EM RAZÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DE SERVIÇO DE REPARAÇÃO EFETUADO SEM AUTORIZAÇÃO DA RECORRENTE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE NEGÓCIO QUE DÁ CAUSA AO TÍTULO. RELAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. A fixação da competência deve observar a causa de pedir. É indiferente, por isso, que a cumulação de pedidos revele, por desdobre, a declaração de nulidade de título de crédito. Se a pretensão, em sua origem, não diz respeito a invalidade da cambiária em si considerada – em outras palavras, se a causa de pedir não envolve direito cambiário, mas sim a operação mercantil que dá causa ao título de crédito – firma-se a competência das Câmaras de Direito Civil para conhecer do respectivo recurso, ainda que se pretenda, a desconstituição do título (Conflito de Competência n. 0000246-60.2017.8.24.0000, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Especial, j. 19/7/2017, grifou-se).*

Por outro lado, esta Câmara de Recursos Delegados há muito atualizou o entendimento e assentou o caráter absoluto da competência *ratione materiae* dos órgãos fracionários que integram este Sodalício. Nesse caminho, inclusive, aprovou-se o Enunciado IV, *in verbis*:

ENUNCIADO IV - Por terem índole material, são absolutas as competências internas dos órgãos fracionários dos tribunais, motivo pelo qual somente se cogita a prevenção acaso existente conflito entre Câmaras materialmente competentes para a análise do feito. (<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia/camara-de-recursos-delegados>)

A propósito, deste subscritor, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A 7ª CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AÇÃO DE RESCISÃO C/C DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] CAUSA DE PEDIR PRINCIPAL AFETA AO DIREITO EMPRESARIAL. AVENTADA PREVENÇÃO DO COLEGIADO CIVILISTA, EM RAZÃO DO JULGAMENTO DE RECURSO ORIUNDO DE AÇÃO CONEXA [...] NÃO CONFIGURAÇÃO. CARÁTER ABSOLUTO DA COMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE QUE PREVALECE SOBRE EVENTUAL PREVENÇÃO, A QUAL SOMENTE PREPONDERA NOS CASOS DE CONFLITO ENTRE ÓRGÃOS COM IDÊNTICO PLEXO DE ATRIBUIÇÕES [...] COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL SUSCITADA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 5055800-50.2021.8.24.0000, rel. 2º Vice-Presidente Des. Getúlio Corrêa, j. 29/3/2022, grifou-se).

Fixadas aludidas premissas, examinando atentamente o feito matriz, é possível aferir que a questão central não desborda da seara do direito civil, porquanto a causa de pedir cinge-se à alegada prática de fraude na indicação do valor expresso originalmente em nota promissória.

Ainda que o ilícito tenha sido, em tese, perpetrado em título de crédito, a causa de pedir está jungida na suposta prática de ato ilícito com as consequências jurídicas defluentes.

Presente esse cenário, compete à Câmara civilista processar e julgar o recurso relacionado à perquirição de responsabilidade civil decorrente de suposta falsificação em título de crédito, cenário que não se confunde com as demandas tipicamente vocacionadas ao deslinde de operações cambiárias.

Esse é o caminho perfilhado por esta Câmara de Recursos Delegados em incidentes similares, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE EM FACE DA UNIDADE REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO

DO EXTREMO OESTE CATARINENSE DA COMARCA DE ANCHIETA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL AJUIZADO CONTRA COOPERATIVA DE CRÉDITO. AUTOR QUE BUSCA SER RESSARCIDO E INDENIZADO PELO ABALO MORAL SOFRIDO EM DECORRÊNCIA DA COMPENSAÇÃO DE CHEQUE ADULTERADO. AFERIÇÃO DE ATO ILÍCITO E CONSEQUENTE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE INCURSÃO EM QUESTÕES AFETAS AO DIREITO BANCÁRIO. MATÉRIA TIPICAMENTE CIVIL. AFASTADA, PORTANTO, A COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA. INTELIGÊNCIA DO §1º DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO TJ N. 17/2017. CONFLITO IMPROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 5007716-18.2021.8.24.0000, rel. 2º Vice-Presidente Des. Volnei Celso Tomazini, j. 25/8/2021, grifou-se).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE A VARA REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO (SUSCITANTE) E A 1ª VARA CÍVEL (SUSCITADA), AMBAS DA COMARCA DE RIO DO SUL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO (CHEQUE) INJUSTIFICADO. CÁRTULA SUPOSTAMENTE ADULTERADA. ATRIBUIÇÃO DE ATO ILÍCITO E CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMANDA DE NATUREZA TIPICAMENTE CIVIL. INTELIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO TJ N. 30/2017. PRECEDENTES DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 0000214-50.2020.8.24.0000, rel. 2º Vice-Presidente Des. Volnei Celso Tomazini, j. 27/5/2020, grifou-se).

CONFLITONEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO (CHEQUE) ALEGADAMENTE INJUSTIFICADO. CÁRTULA SUPOSTAMENTE ADULTERADA. ATRIBUIÇÃO DE ATO ILÍCITO E CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMANDA DE NATUREZA TIPICAMENTE CÍVEL. RELAÇÃO JURÍDICO-LITIGIOSA QUE NÃO REÚNE, COMO CAUSA DE PEDIR OU ELEMENTO PRINCIPAL, QUESTÃO RELACIONADA A OPERAÇÕES CAMBIÁRIAS, NEM A QUALQUER OUTRA QUE JUSTIFIQUE A ATRIBUIÇÃO DA CÂMARA ESPECIALIZADA, TAIS COMO AS AFETAS AO DIREITO BANCÁRIO, FALIMENTAR OU PROPRIAMENTE EMPRESARIAL. COMPETÊNCIA, PORTANTO, DA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. INTELIGÊNCIA DA DISCIPLINA REGIMENTAL APLICÁVEL - ATOS REGIMENTAIS N. 41/2000 E N. 57/2002). PRECEDENTES DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. CONFLITO ACOLHIDO. [...]. (Conflito de Competência n. 0002389-51.2019.8.24.0000, rel. 3º Vice-Presidente Des. Altamiro de Oliveira, j. 30/10/2019, grifou-se).

Dessarte, a competência para processar e julgar o recurso pertence à Câmara civilista, em sintonia com as regras delineadas pelo atual Regimento Interno, Anexo III, preâmbulo, inciso I, alínea “c”, outrora transcrito.

Em arremate, anota-se a desnecessidade de manifestação na forma do art. 957 do Código de Processo Civil, porquanto a Câmara suscitada apenas declinou da competência, ao passo que a Câmara suscitante se limitou a instaurar o incidente processual de jurisdição.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente o conflito negativo, para declarar competente a 5ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso.

Documento eletrônico assinado por **GETULIO CORREA, 2º Vice-Presidente**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2927190v24** e do código CRC **ba4b41c2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GETULIO CORREA

Data e Hora: 1/12/2022, às 16:0:44

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo nº 0026977-58.2021.8.24.0710

Relator: Des. Selso de Oliveira

ACÓRDÃO

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. TÍTULO LEVADO A REGISTRO ORIUNDO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO JUDICIAL DE USUCAPIÃO. ÁREA TOTAL DO IMÓVEL MAIOR DO QUE AQUELA ORIGINALMENTE DISCUTIDA NOS AUTOS. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA FORMULADA PELO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AVENTADA A NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO DE USUCAPIÃO PARA REGULARIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. NÃO ACOLHIMENTO. USUCAPIÃO AJUIZADA HÁ 20 ANOS. DIFERENÇA DE ÁREA (13,36% DO IMÓVEL) QUE SE JUSTIFICA PELA IMPRECISÃO DO MÉTODO ADOTADO NA MEDIÇÃO PRIMITIVA. ADEMAIS, EXPRESSA CONCORDÂNCIA DOS CONFRONTANTES COM AS NOVAS MEDIÇÕES E LIMITES APRESENTADOS PELOS SUSCITADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Administrativo nº 0026977-58.2021.8.24.0710, da 2ª Vara Cível da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é recorrente o Ministério Público de Santa Catarina, sendo suscitante o Oficial de Registro de Imóveis de Santo Amaro da Imperatriz.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo excelentíssimo senhor desembargador João Henrique Blasi, com voto, e dele participaram os excelentíssimos senhores desembargadores Rubens Schulz, Rodolfo Tridapalli, Denise Volpato, Altamiro de Oliveira, André Carvalho, Cláudia Lambert de Faria, Gerson Cherem II, Getúlio Corrêa, Gilberto Gomes de Oliveira e Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Atuou como representante do Ministério Público a excelentíssima senhora procuradora de justiça Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 10 de outubro de 2022.

Selso de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

A bem dos princípios da celeridade e da economia processual adoto o relatório elaborado na sentença, *in verbis* (5940315):

Trata-se de suscitação de dúvida formulada pelo Oficial de Registro de Imóveis de Santo Amaro da Imperatriz. Narrou que 8 de julho de 2016 foi prenotado na serventia, no Livro 1, inicialmente sob o protocolo n. 31.740, mandado judicial de usucapião autos n. 0001557-03.2003.8.24.0057. Após devoluções e reprotocolos, exigiu-se das partes que “em virtude da alteração da área levantada”, apresentassem “mandado judicial homologando a nova área tendo em vista que no mandado foi apontada a área de 1.554.039,55m² enquanto o levantamento topográfico (mapa e memorial descritivo) a área apurada foi de 1.761.790,62m², ou seja, um aumento de 207.751,07 m²”.

A parte interessada apresentou impugnação (5729829), na qual alegou: i) que a usucapião em questão tramitou desde 2003; ii) que na época da demanda não se tinha disponível os recursos de medição conforme utilizamos atualmente, como o uso de tecnologia GNSS (medições por GPS), e a ela ficou prejudicada em razão da grande área de matas; iii) que a diferença de área é de 207.751,07m² (20,7751ha) ou 13,36%, o que se justifica pelas condições físicas do imóvel; iv) que há um impasse, pois seria inviável o registro de acordo com o mapa da sentença, que geraria mais custos e não representaria a realidade fática, e igualmente inviável o registro do novo mapa, pois contrário à sentença; v) que deve ser revista a sentença, bem como que seja ela retificada, solicitando ao oficial do cartório que registre e abra matrícula nova conforme mapa e memorial.

Ouvido, o Ministério Público opinou pela procedência da dúvida, pois entende necessária nova propositura de usucapião, com posterior união dos dois títulos.

É o relatório.

A juíza Fabiane Alice Muller Heizen Gerent assim decidiu (5940315):

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial, para possibilitar o registro da propriedade reconhecida em sede de usucapião, de acordo com os novos mapas apresentados, independentemente de novo mandado - servindo para tanto esta sentença -, sem prejuízo da análise de outros requisitos por parte do Oficial de Registros.

Não sendo possível o registro nos moldes determinados, e dadas as peculiaridades do caso, deverá ser procedido ao registro de acordo com o mandado e mapas antigos, apresentados na ação de usucapião, por força da sentença transitada em julgado, sendo possível que a parte requeira posteriormente a retificação da área na via administrativa ou ajuíze nova demanda de usucapião da área remanescente, possibilitando-se posterior junção.

Sem honorários e sem custas.

Informe-se ao Oficial de Registros do inteiro teor desta decisão.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

Inconformado, o Ministério Público recorreu (5879257), sustentando: “As determinações da Magistrada a quo são inviáveis e sequer poderiam ser cumpridas pelo Oficial Registrador. Quanto à determinação de registrar a usucapião de acordo com os novos mapas apresentados, enseja na alteração da área usucapida e em transversa aquisição de área (sem qualquer negócio jurídico ou determinação). Ora, é inviável a alteração da área usucapida, já que em desalinho com a sentença proferida pela própria magistrada sentenciante, principalmente quando há substancial acréscimo de área. Ao nosso ver, se faz necessário o manejo de nova ação de usucapião para o reconhecimento do domínio da área de 207.751,07m². A bem da verdade, a magistrada sentenciante, no bojo da ação de usucapião, já reconheceu que “para albergar a pretensão, necessário seria nova citação dos confrontantes, intimação das fazendas e publicação de editais, o que é inviável, já que o feito já foi sentenciado há quase dez anos”, de modo que “o registro da área remanescente deve estar sujeito à nova usucapião” (p. 5), [...] “Outrossim, também é inviável a determinação da Magistrada a quo de registro do pedido de usucapião de acordo com os mapas antigos. Admitir o registro do pedido com os mapas antigos implicaria em registro do imóvel usucapiendo, perante o Registro de Imóveis, em descompasso com a realidade fática, com a abertura de matrícula imobiliária com descrições errôneas de seu objeto, sobretudo no que concerne à área e medidas. Deste modo, o Ministério Público entende que, nos moldes requeridos, o pedido de registro no fôlio imobiliário do mandado judicial de usucapião, proferido nos autos n. 0001557-03.2003.8.24.0057, não pode ser deferido. A melhor forma de direito, ao nosso ver, seria o manejo de nova ação de usucapião para reconhecer o domínio da área de 207.751,07m². A união dos dois títulos, aquele já proferido e aquele a ser proferido em possível nova ação, levaria ao registro correto da área no fôlio imobiliário” (p. 6). Por fim, requereu a reforma do *decisum*, para que seja julgada procedente a dúvida.

Contrarrazões dos suscitados (6060786), defendendo a manutenção da sentença.

Os autos foram distribuídos neste Conselho ao desembargador José Agenor de Aragão (6065755).

Com o término do biênio (Gestão 2020/2), os autos me foram redistribuídos (6090128).

A Procuradoria de Justiça (6582059), por meio do parecer do procurador Alexandre Herculano Abreu, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Admissibilidade

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e, por isso, merece ser conhecido.

Mérito

Trata-se de recurso administrativo interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina buscando a reforma de sentença proferida pela juíza Fabiane Alice Muller Heizen Gerent, da 2ª Vara Cível da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, que, nesta *Suscitação de Dúvida* nº 0026977-58.2021.8.24.0710, julgou improcedente a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Santo Amaro da Imperatriz.

Em suas razões recursais, o Ministério Público reputa equivocada a decisão de primeiro grau, por entender inviável o registro da sentença de usucapião nos moldes requeridos, pois que a área objeto da ação de usucapião é menor do que aquela aferida *a posteriori* em novo levantamento topográfico. Por fim, sustenta que a inscrição da sentença tendente à abertura de uma matrícula deve ser efetuada em observância ao princípio da especialidade objetiva.

Razão não assiste ao *Parquet* de primeiro grau.

A presente suscitação de dúvida teve origem no pedido de registro no folio real do mandado judicial de usucapião proferido nos autos nº 0001557-03.2003.8.24.0057, onde se declarou o domínio do bem imóvel em favor de Geraldo Antonio Cassol e Vera Lúcia Freitas da Silva Cassol, ora suscitados.

A negativa do registro se deu, segundo o oficial registrador, em face da alteração da área levantada, entendendo ele devam os interessados “*apresentar mandado judicial homologando a nova área tendo em vista que no mandado foi apontada a área de 1.554.039,55m² enquanto o levantamento topográfico (mapa e memorial descritivo) a área apurada foi de 1.761.790,62m², ou seja, um aumento de 207.751,07m²”*.”

De fato, o mandado apresentado para registro diz com uma área com a extensão de 1.554.039,55m². A nova área apurada alcançou a extensão 1.761.790,62m².

A solução proposta pelo Ministério Público de primeiro grau é no sentido de que se aguarde a propositura de uma nova ação de usucapião com fins a obter a declaração de domínio dessa diferença de área (207.751,07m²), para, somente após, reunidos os dois títulos, constar a área correta no fôlio imobiliário.

Contudo, consoante observou a togada singular, “*embora seja uma opção apta à solucionar à controvérsia, o fato é que a parte estaria impedida, até o fim do segundo procedimento, de registrar a área cuja propriedade, já reconhecida por sentença, lhe pertence. Além disso, haveria a criação de custos desnecessários, pois ao menos outros dois levantamentos topográficos seriam necessários. Também se deve levar em conta que a posse/propriedade é única, não devendo o imóvel ser fracionado sem o devido procedimento próprio*”.

A compreensão de sua excelência merece chancela.

Mister consignar que o título a ser registrado decorre de uma antiga ação de usucapião, do

ano de 2003, e que a diferença de área encontrada em medição realizada mais recentemente, de 207.751,07m² (20,7751ha), corresponde a apenas 13,36% da gleba.

Diferença essa que se tem por justificável, considerando as condições físicas do terreno (em sua maior extensão composto por mata nativa e morros), bem como porque o imóvel foi inicialmente objeto de medição nos idos de 2003, quando as técnicas e instrumentos existentes não possuíam a mesma precisão daquelas hodiernamente utilizadas, muito mais sofisticadas. Mostrando-se plausível, portanto, a discrepância entre a área real e aquela outrora apontada nos autos da ação de usucapião.

Cabe sublinhar que após identificada essa diferença a maior, os confrontantes do imóvel anuíram expressamente com a nova área apresentada, mediante a assinatura no memorial descritivo que foi levado a registro (5677174, p. 26-34).

Relevando atentar ainda, conforme observou o ilustre procurador de Justiça em seu parecer nesta instância (6582059), que a “*disparidade encontrada encontra-se “intra-muros”, e, não, “extramurus”, ou seja, o aumento de área no título advém de imprecisão no primeiro levantamento topográfico efetuado há quase 20 anos, e, não, como decorrência de atos ou fatos jurídicos, pois respeitadas as divisas originais*” (p. 3).

Estou de acordo, portanto, com o entendimento da digna magistrada sentenciante quando afirma que, “*embora seja verdade que o registro de imóvel originário de usucapião deve ser feito à vista do mandado judicial e peças do processo, não verifico, no caso concreto, impedimento para que se proceda nos moldes propostos pelos interessados: o registro da área de 1.761.790,62 m², em decorrência das atualizações dos mapas da ação de Autos n. 00015570320038240057, devidamente assinado por todos os confrontantes*”, enfatizando sua excelência que se trata “*da medida mais justa, mais célere e menos dispendiosa, apta à solucionar a controvérsia, e que não tem o condão de prejudicar quem quer que seja*”.

Aliás, caso estivessemos diante de uma matrícula já existente em que fosse apurada discrepância entre a área inicialmente levada a registro e aquela posteriormente identificada - ainda que expressiva - ter-se-ia como viável a retificação da matrícula pela via administrativa.

Quanto ao procedimento de retificação que implique em alteração da medida perimetral existente na matrícula, a Lei de Registro Públicos assim dispõe:

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:

[...]

II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

No que diz especificamente à extensão da área a ser retificada, cito a doutrina de Guilherme Loureiro:

Ainda que a retificação implique grande aumento da área registrada, será possível a via administrativa. As hipóteses de retificação previstas no art. 213 da Lei 6.015/1973 dizem respeito a equívocos em geral, correção de imprecisões, de contradições ou aperfeiçoamento dos dados já constantes nos títulos de propriedade, daí porque é de se presumir a boa-fé daquele que a requer. E se não há oposição por parte dos confrontantes e outros interessados, não existe razão para não se acolher o pedido na esfera administrativa apenas porque a área é substancial, evitando-se um contencioso que se afigura desnecessário. [...] Na verdade, não há propriamente aumento de área do imóvel, mas correção da área que consta do registro para adequação à realidade. Desta forma, não há prejuízo aos confrontantes, uma vez que não implica alteração das divisas e, havendo concordância expressa destes, pouco importa que o aumento da área constante do registro seja substancial. (Registros públicos: teoria e prática. 10ª ed. rev. e atual e ampl. - Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 715-717).

Como visto, tem-se por viável a alteração/retificação da área existente, pela via administrativa, desde que requerida pelo interessado e acompanhada de planta e memorial descritivo assinado por profissional técnico e pelos lindeiros, sem restrição quanto ao tamanho da área que se pretende corrigir, bastando que não se identifique qualquer intento de fraude ou má-fé. O mesmo se diga, portanto, com mais razão ainda, quando essa pretensão teve a chancela da autoridade judiciária.

Neste sentido, julgados deste Conselho:

APELAÇÃO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA INVERSA. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. PROJETO COM ÁREA SUPERIOR À REGISTRADA. IDÊNTICA PRETENSÃO EM RELAÇÃO A OUTROS QUATRO IMÓVEIS LINDEIROS. DECISÃO QUE REJEITOU A DÚVIDA SUSCITADA, MANTENDO O ATO DA OFICIAL REGISTRADORA QUE INDEFERIU A RETIFICAÇÃO PRETENDIDA.

INSURGÊNCIA DA PARTE SUSCITANTE. DIFERENÇA SIGNIFICATIVA ENTRE A ÁREA REGISTRADA E A DECLARADA NO PROJETO DE RETIFICAÇÃO, CERCA DE 20% MAIOR. POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO EM CASOS TAIS, DESDE QUE JUSTIFICADO O EQUÍVOCO DO REGISTRO. ORIENTAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA (CIRCULAR Nº 309/2020). ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELA PARTE INTERESSADA. EQUÍVOCO ATRIBUÍDO À IMPRECISÃO DO MÉTODO ADOTADO NA MEDIÇÃO PRIMITIVA. EXPRESSA CONCORDÂNCIA DOS CONFRONTANTES. IMÓVEL ADQUIRIDO POR SUCESSÃO HEREDITÁRIA. CONTEXTO QUE NÃO REVELA MÁ-FÉ NEM TENTATIVA DE FRAUDE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PREJUÍZO A TERCEIROS. ÓBICE AFASTADO. PROCEDÊNCIA DA DÚVIDA.

“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. Dessa forma, tal fato, por si, não é hábil a embasar a negativa do oficial de registro imobiliário em alterar a descrição do imóvel, que pelo georreferenciamento, mais comum em imóveis rurais, de maior extensão, pode resultar em modificações, inclusive das áreas perimetrais e do formato, em decorrência da diferença de precisão entre os instrumentos

que apontavam a posição geográfica segundo os pontos cardeais (N, S, L e O) por indução magnética -- bússolas, com os atuais instrumentos que fazem a alocação do imóvel segundo pontos georreferenciados. [?]

‘A ação de retificação de registro, proposta pelo procedimento da jurisdição voluntária, objetiva apenas a correção na descrição do imóvel, contudo, não havendo impugnação dos demais interessados, é possível seja acrescida área ao imóvel adquirido, desde que constatada imprecisão no título aquisitivo acerca da extensão do bem’ (REsp 54.877/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, julgado em 18/08/2005, DJ 12/12/2005, p. 367) [?] (AgRg no AREsp 835.380/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 27/05/2016, grifei).” (TJSC, Recurso Administrativo nº 0002270-60.2020.8.24.0710, de Barra Velha, Relator: Des. Dinart Francisco Machado, Conselho da Magistratura, j. 14/09/2020). (CM, Recurso Administrativo nº 0035552-89.2020, de Campos Novos, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, j. 19/10/2021).

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE BARRA VELHA. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. QUALIFICAÇÃO REGISTRAL NEGATIVA. NOTA DEVOLUTIVA. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA FORMULADA PELO OFICIAL REGISTRADOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS INTERESSADOS.

REQUERIMENTO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO (MATRÍCULA N. 1.913). ÁREA ORIGINAL DE 150.000 M2 (CENTO E CINQUENTA MIL METROS QUADRADOS). PRETENSÃO DE RETIFICAÇÃO QUE IMPLICARIA EM AUMENTO DE ÁREA EM 24.157,16 M2, TOTALIZANDO 174.157,16 M2 (CENTO E SETENTA E QUATRO MIL CENTO E CINQUENTA E SETE VÍRGULA DEZESSEIS METROS QUADRADOS). DIFERENÇA DE APROXIMADAMENTE 16% (DEZESSEIS PORCENTO) DA ÁREA TOTAL ORIGINAL. RECURSO COM ALEGAÇÃO DE QUE FORAM CUMPRIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. IMÓVEIS LIMÍTROFES DE PROPRIEDADE DOS PRÓPRIOS RECORRENTES. FALTA DE OBJEÇÃO DE CONFRONTANTES OU INTERESSADOS E, PORTANTO, DE PREJUÍZOS A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE POR VIA INADEQUADA. RETIFICAÇÃO NECESSÁRIA PARA AJUSTAR A SITUAÇÃO FÁTICA E REAL DO IMÓVEL EM SUA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAL DESCRITIVO E PLANTA COM GEORREFERENCIAMENTO, TÉCNICA ATUAL. [...] (CM, Recurso Administrativo nº 0002270-60.2020.8.24.0710, de Barra Velha, Relator: Des. Dinart Francisco Machado, j. 14/9/2020). (Grifei)

De sorte que se impõe manter a sentença que julgou improcedente a dúvida, para que a abertura da matrícula da área usucapida ocorra diretamente com a descrição da área aferida no último levantamento topográfico, ou, porventura não sendo isso possível, em homenagem ao princípio da continuidade dos atos registrais que seja promovido o registro nos termos da sentença dos autos nº 0001557-03.2003.8.24.0057 e, ato contínuo, averbada a retificação da área segundo o último levantamento topográfico assinado por todos os confrontantes.

Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Processo SEI nº 0010541-87.2022

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

ACÓRDÃO

CONSELHO DA MAGISTRATURA. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. RECUSA DO REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE ITAPOÁ. RECURSO DOS INTERESSADOS. PLEITO DE REGISTRO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE LOTE URBANO CELEBRADO ENTRE LOTEADOR E TERCEIRO ADQUIRENTE. INGRESSO AO FÓLIO REAL OBSTADO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. VENDEDOR QUE FIGURA COMO PROMISSÁRIO COMPRADOR NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO. AUSÊNCIA DE TITULARIDADE DO DOMÍNIO. NECESSIDADE DE LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DEFINITIVA E DO RECOLHIMENTO DE IMPOSTOS. APLICAÇÃO DO ART. 26. § 6º, DA LEI N. 6.766/79 QUE SE RESTRINGE AOS LOTEAMENTOS. NEGATIVA MANTIDA. DÚVIDA PROCEDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Como qualquer contrato preliminar, a escritura pública de compromisso de compra e venda produz efeitos meramente obrigacionais e não é título hábil à transferência do domínio e ao ingresso para registro perante o ofício de registro de imóveis, devendo ser observado o encadeamento dos atos praticados, em atenção ao princípio da continuidade.

Somente aos lotes parcelados na forma da Lei n. 6.766/1979 admite-se o registro de compromisso de compra e venda perante o Registro de Imóveis como documento apto à transferência da propriedade imobiliária, o que não se aplica ao caso concreto, pois o documento antecede ao registro do loteamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Suscitação de Dúvida n. 0010541-87.2022.8.24.0710 formulado pelo Oficial Registrador do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Itapoá.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Custas pelos interessados, nos termos do art. 207 da Lei n. 6.015/73.

O julgamento realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Henrique Blasi e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores (as) Denise Volpato, André Carvalho, Cláudia Lambert de Faria, Gerson Cherem II, Getúlio Corrêa, Gilberto Gomes de Oliveira, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Selso de Oliveira, Rubens Schulz e Rodolfo da Silva Tridapalli.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 10 de outubro de 2022.

Altamiro de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento de suscitação de dúvida formalizado pelo Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Itapoá em razão de requerimento subscrito por Juliana Bentz Amaral Raffo e Ilya Pereira Raffo, diante da negativa de registro do contrato de compra e venda do lote urbano n. 01, da quadra 05, do loteamento denominado Balneário Garuva, matriculado sob n. 16.107 no Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Itapoá (documento n. 6161730).

Após exame de legalidade, qualificação e análise dos requisitos formais do título apresentado, o Oficial Registrador negou o registro e emitiu nota de exigência:

“Em análise da matrícula imobiliária nº 16.107 do L.º 2/RG deste Ofício correspondente ao Lote 01 da Quadra 05 do Balneário Garuva, constatamos que a empresa Imóveis Riviera - Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., não possui a propriedade plena do imóvel, mas tão somente detentora dos DIREITOS oriundos do compromisso de compra e venda de imóvel já registrado na matrícula (AV. 01 da Matrícula 16.107 do L.º 2/RG deste Ofício). Para o competente registro e o correto encaminhamento da cadeia registral, poderá a parte apresentante, alternativamente, apresentar o título translativo de propriedade de Mario e Elzira para vendedora Imóveis Riviera - Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. Desta forma, a DEFINITIVA QUALIFICAÇÃO FORMAL do título depende da apresentação para ANÁLISE do Instrumento Particular (ou público) de CESSÃO de Direitos decorrentes de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel, tendo como CEDENTE: Riviera - Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., e CESSIONÁRIAS: Ilya Pereira Raffo e Juliana Bentz Amaral Raffo (conforme consta da cópia do contrato de compra e venda anexo). Ou, apresentação de Escritura Pública ou Título Judicial que transmita a propriedade de Mário e Elzira para Imóveis Riviera”.

Ao sentenciar o feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente a dúvida, mantendo a recusa ao registro do instrumento particular de compra e venda referente ao imóvel matriculado sob n. 16.107, da referida serventia extrajudicial (documento n. 6271854).

Inconformados, os suscitados interpuseram recurso de apelação. Nas razões de insurgência, aduziram que: **a)** não houve ofensa ao princípio da continuidade registral; **b)** a possibilidade de registro do compromisso de compra e venda, conforme previsão no art. 26, §6º, Lei n. 6.766/79, pois se trata de parcelamento de solo urbano na modalidade de loteamento de condomínio de lotes; **c)** a quitação do compromisso de compra e venda, o que torna definitivo o registro. Requereram, por fim, o provimento do recurso, para reformar a sentença e determinar o registro do contrato de compra e venda.

O Ministério Público entendeu desnecessária sua intervenção no feito (documento n. 6370677).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação em que se objetiva a reforma da sentença que julgou procedente a suscitação de dúvida apresentada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Itapoá e, assim, rejeitou o registro de contrato de compra e venda do imóvel matriculado sob n. 16.107 na referida serventia.

O Oficial encontrou óbice ao registro, nos seguintes termos:

“Em análise da matrícula imobiliária nº 16.107 do L.º 2/RG deste Ofício correspondente ao Lote 01 da Quadra 05 do Balneário Garuva, constatamos que a empresa Imóveis Riviera - Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., não possui a propriedade plena do imóvel, mas tão somente detentora dos DIREITOS oriundos do compromisso de compra e venda de imóvel já registrado na matrícula (AV. 01 da Matrícula 16.107 do L.º 2/RG deste Ofício). Para o competente registro e o correto encaminhamento da cadeia registral, poderá a parte apresentante, alternativamente, apresentar o título translativo de propriedade de Mario e Elzira para vendedora Imóveis Riviera - Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. Desta forma, a DEFINITIVA QUALIFICAÇÃO FORMAL do título depende da apresentação para ANÁLISE do Instrumento Particular (ou público) de CESSÃO de Direitos decorrentes de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel, tendo como CEDENTE: Riviera - Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., e CESSIONÁRIAS: Ilya Pereira Raffo e Juliana Bentz Amaral Raffo (conforme consta da cópia do contrato de compra e venda anexo). Ou, apresentação de Escritura Pública ou Título Judicial que transmita a propriedade de Mário e Elzira para Imóveis Riviera”.

De acordo com o contrato celebrado em 6 de dezembro de 2021, denominado instrumento particular de compromisso de compra e venda, Imóveis Riviera vendeu a Juliana Bentz Amaral Raffo e Ilya Pereira Raffo o imóvel denominado como lote n. 01, da quadra 05, com área de 468 m², situado em Balneário Garuva, matriculado sob n. 16.107 do Registro de Imóveis de Itapoá, cujo valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) foi pago à vista (doc. n. 6161823).

Bem caracterizados os elementos necessários à configuração do contrato de compra e venda: coisa, preço e consentimento (artigo 482 do Código Civil).

E devido ao valor atribuído ao bem negociado, inferior a 30 salários mínimos, desnecessária a escritura pública (artigo 108 do Código Civil).

Definido, então, que se trata de compra e venda, não promessa de compra e venda ou cessão de promessa de compra e venda, para o ingresso do título no fólio real, em obediência ao princípio da continuidade, aquele que figurou como vendedor deve ostentar a condição de proprietário.

O princípio da continuidade está expresso nos arts. 195 e 237 da Lei de Registros Públicos. Desse princípio se extrai importante conceito do direito registral que garante a segurança dos negócios jurídicos, uma vez que se impõe a obrigatoriedade de observância rigorosa do encadeamento de titularidades de um bem imóvel.

É o que diz a Lei n. 6.015/73:

“Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará o registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro”.

Entretanto, não foi isso que ocorreu com o contrato de compra e venda em apreço, pois quem figurou como vendedor não detém a disponibilidade do imóvel, o que não comporta ingresso no fôlio real por quebra ao princípio da continuidade.

A respeito do princípio da continuidade, ensina Afrânio de Carvalho (Registro de Imóveis, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 304):

“O princípio de continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente”.

Analisada a certidão da matrícula imobiliária n. 7.299 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Joinville (doc. n. 6161852), verifica-se que em 29 de novembro de 1979, foi registrada **escritura pública de promessa de compra e venda** de Mário Cocchieri e esposa a Imóveis Riviera – Empreendimentos Imobiliários Ltda. referente ao terreno situado em Itapoá, município de Garuva, com a área de 605.000,00 (seiscentos e cinco mil) metros quadrados, sem benfeitorias, pelo valor de Cr\$ 2.000.000,00, moeda vigente à época.

Posteriormente, em 22 de agosto de 1980, o terreno objeto da referida matrícula n. 7.299 foi **loteado** com a denominação de Balneário Garuva, dividido em 1.043 lotes, aprovado e registrado na forma do procedimento previsto na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (6.766/79).

Em 20 de setembro de 2010, houve averbação da quitação do preço e cancelamento das notas promissórias (doc. n. 6161852).

Entretanto, é cediço que a promessa de compra e venda, desde que irretratável e levada a registro, atribui tão somente o direito real de aquisição, nos termos dos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil.

A doutrina contemporânea enquadra o direito do promitente comprador como “um direito real de aquisição”, conforme ensina o civilista Anderson Schreiber:

De fato, atendidos os requisitos legais, o registro da promessa de compra e venda faz surgir um direito real à aquisição do imóvel pelo promitente comprador. Essa aquisição irá materializar-se através da outorga da escritura definitiva, passando só então o promitente comprador a ser titular da propriedade. Como direito real que é, o direito do promitente comprador à aquisição do imóvel pode ser exercido contra terceiros, como registra expressamente o art. 1.418 do Código Civil. Fica assim, o promitente comprador protegido contra eventuais alienações fraudulentas que possa empreender o promitente vendedor. A quitação do preço não é constituição do direito real do promitente comprador (Schreiber, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 4ª ed. rev. e ampl. SaraivaJur: 2021, p. 857).

Daí a razão da exigência formulada pelo Oficial Registrador para que, precedentemente ao registro do contrato particular de compra e venda, fosse efetuado o registro do título aquisitivo que transmita a propriedade de Mario e Elzira para Imóveis Riviera.

Logo, a promessa de compra e venda mesmo que já saldado o seu preço não constitui título hábil à transferência do domínio do imóvel, sendo indispensável a celebração do contrato definitivo e seu registro posterior, nos termos dos arts. 108 e 1.245 do Código Civil.

No contrato preliminar, a exemplo da promessa de compra e venda, ainda que concentrada a maioria da carga negocial, o seu objeto é a outorga da escritura definitiva. Inclusive, no caso concreto, em que pese a quitação das notas promissórias ocorrida em 30-12-1981 (AV – 133.7.299), as partes comprometeram-se a finalizar, *a posteriori*, a escritura definitiva de compra e venda (cláusula quinta da escritura pública de compromisso de compra e venda, lavrada em 26-07-1979, Livro 001, Folha 162, do Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos de Itapoá) (doc n. 6161781).

Em virtude do registro do loteamento, o imóvel deixou de ser considerado como um todo e criou-se uma universalidade de direitos individuais. Portanto, o art. 26, §6º da Lei n. 6.766/79 não é aplicável ao caso em apreço, tendo em vista que a escritura pública de compromisso de compra e venda celebrada entre Mário e Elzira para Imóveis Riviera antecede ao registro do loteamento, ou seja, a figura do loteador e dos promissários adquirentes dos lotes somente se perfectibilizou após a individualização das matrículas imobiliárias.

Cabe notar, ainda, que, para o ingresso do título no registro imobiliário, o Registrador tem o dever de fiscalizar o recolhimento dos impostos devidos por força dos atos que lhe forem apresentados em razão do seu ofício, sob pena de responsabilidade pessoal (artigo 289 da Lei n. 6.015/73), de modo que é imprescindível a comprovação do pagamento do imposto devido (ITBI), em respeito à ordem tributária, o que não ocorreu na espécie.

Volvendo ao caso concreto, não se vislumbra nenhuma incorreção no procedimento realizado pelo Registro de Imóveis de Itapoá, pois, diante da inobservância ao encadeamento dos atos praticados, era de rigor a negativa ao registro do contrato apresentado pelos recorrentes.

Nesse sentido, colhe-se de recente decisão proferida por este Relator:

CONSELHO DA MAGISTRATURA. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. CONDOMÍNIO HORIZONTAL DE LOTES. REGISTRO DE INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE DE INGRESSO DO TÍTULO JUNTO AO OFÍCIO DE IMÓVEIS COM EFEITO TRANSLATIVO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA, AINDA QUE SATISFEITO O PREÇO. NECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DEFINITIVA. APLICAÇÃO DO ART. 26. § 6º, DA LEI N. 6.766/79 QUE SE RESTRINGE AOS LOTEAMENTOS. NEGATIVA MANTIDA. DÚVIDA PROCEDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

O instrumento particular de promessa de compra e venda não é título hábil à transferência do domínio e ao ingresso para registro perante o ofício de registro de imóveis, de modo que se faz necessária a outorga de escritura pública definitiva que vise à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, nos termos do art. 108 do Código Civil.

Somente aos lotes parcelados na forma da Lei n. 6.766/1979 admite-se o registro de compromisso de compra e venda perante o Registro de Imóveis como documento apto à transferência da propriedade imobiliária, o que não se estende aos condomínios de lotes (Acórdão do Conselho da Magistratura n. 0011550-21.2021, j. 10/05/2022).

Por fim, ressalta-se que o procedimento adotado pelo 1º Ofício de Registro de Imóveis de Joinville, a despeito de aprovação do loteamento sem a respectiva comprovação da transferência de titularidade do imóvel ao promitente comprador, gera presunção de legalidade e inviabiliza o controle do ato administrativo em sede de qualificação registrária relacionada a serventia diversa, de maneira que eventual impropriedade técnica deverá ser contornada mediante procedimento correicional pelo órgão competente.

Nesse cenário, justifica-se a confirmação do juízo negativo de qualificação.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe negar provimento.

Processo SEI nº 0040187-79.2021

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

ACÓRDÃO

CONSELHO DA MAGISTRATURA. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. RECUSA DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE JOINVILLE. RECURSO DA INTERESSADA. PRETENSÃO DE CANCELAMENTO DE AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE AUTORIZA A EXCLUSÃO DA RESERVA LEGAL EM DECORRÊNCIA DA INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

O registro de imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR e averbação da reserva legal no Ofício de Registro de Imóveis têm objetivos similares, mas com efeitos jurídicos distintos, que não se excluem e nem se sobrepõem. Enquanto a averbação da reserva legal lançada à margem da matrícula destina-se a assegurar a publicidade do ato e produzir efeitos contra terceiros, dada a publicidade do fôlio imobiliário, a inscrição da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural serve para que se conheçam as informações ambientais do referido imóvel, vinculado ao *Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA*.

O Código Florestal vigente prescreve, no seu art. 18, que “a área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei”, enquanto o § 4º do referido artigo dispõe que “o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato”.

Entretanto, o Cadastro Ambiental Rural, previsto no 29 da mesma Lei, está vinculado ao “*Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento*”, o que demonstra que referidos registros não se sobrepõem, quando realizados sucessivamente no tempo e segundo a legislação então vigente. Em outros termos, não se autoriza legalmente o cancelamento da averbação da reserva legal perante o Cartório de Registro de Imóveis porque anteriormente concretizada a inscrição no cadastro ambiental rural - CAR.

O registro da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural - CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, mas não autoriza o cancelamento de uma ou de outra, porque a finalidade da nova lei é igualmente a proteção ao meio ambiente e não faz sentido autorizar a retirada da averbação da área de reserva legal da matrícula do imóvel, quando esta também tem a finalidade de publicizar o ônus ambiental imposto sobre o bem.

Vistos, relatados e discutidos esses autos de Suspensão de Dúvida n. 0040187-79.2021.8.24.0710, formulado pela Registradora do 1º Ofício de Imóveis de Joinville.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e lhe negar provimento. Custas pelos interessados, nos termos do art. 207 da Lei n. 6.015/73.

O julgamento realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi, com voto, e dele participaram os(as) Excelentíssimos Senhores Desembargadores Gerson Cherem II, Getúlio Corrêa, Gilberto Gomes de Oliveira, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Selso de Oliveira, Rubens Schulz, Rodolfo da Silva Tridapalli e Desembargadora Denise Volpato.

Funcionou como representante do Ministério Público, a Excelentíssima Senhora Procuradora Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 7 de novembro de 2022.

Altamiro de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de suscitação de dúvida formalizada pelo 1º Registro de Imóveis da Comarca de Joinville em razão de requerimento formulado por Transjoi Participações Ltda. que deduziu pedido de cancelamento da averbação de reserva legal (AV.11) na matrícula imobiliária, procedendo-se ao lançamento da averbação do Cadastro Ambiental Rural - CAR em substituição à informação anterior.

Após exame de legalidade, qualificação e análise dos requisitos formais do título apresentado, a delegatária constatou que para o ato de cancelamento da averbação da reserva legal, deveria ser exibida a anuência do órgão ambiental que deferiu a sua averbação no registro imobiliário, considerado que, na época da averbação (12/12/2008), houve apresentação de Termo de Averbação de Reserva Legal firmado pelo órgão ambiental e pelos proprietários do imóvel, razão pela qual foi emitida a seguinte exigência: “[...] *apresentar autorização do órgão ambiental para o cancelamento da Reserva Legal constante na Av. 11, ou apresentar alteração do requerimento solicitando apenas a averbação do CAR, conforme Lei 12.651/2012*».

Pontuou que se trata de questão jurídica simples, haja vista que o Cadastro Ambiental Rural - CAR dispensa futura averbação de reserva legal, mas não autoriza cancelamento daquela existente na matrícula do imóvel. Pelo contrário, quando há reserva legal previamente averbada, inclusive o proprietário deve mencioná-la no momento do preenchimento do documento. Mais ainda, pontuou que a dúvida deve ser julgada procedente com o reconhecimento da impossibilidade do cancelamento da AV.11 da matrícula n. 7.198, sem a anuência do órgão ambiental; ou, alternativamente, o julgamento de improcedência da dúvida, possibilitando o cancelamento da AV.11 da matrícula 7.198, em razão da averbação do Cadastro Ambiental Rural - CAR (doc n. 5893862).

O Ministério Público posicionou-se pelo conhecimento da suscitação de dúvida e a solução no sentido de ratificar as exigências feitas pela delegatária do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Joinville (doc n. 6087983).

Proferindo sentença, o magistrado julgou procedente a dúvida e reconheceu necessária a anuência do órgão ambiental, pois melhor se coaduna com a sistemática registral e, ao mesmo tempo, privilegia o princípio da precaução ambiental, porque a averbação da reserva legal contou com a participação do órgão ambiental que chancelou a delimitação da área a ser protegida, ao passo que, na inscrição no Cadastro Ambiental Rural - CAR, a inserção das informações pelo proprietário é realizada de forma unilateral e tem caráter meramente declaratório, estando sujeita à validação pela autoridade ambiental (doc n. 6146192).

Inconformada com a exigência da serventia extrajudicial, a requerente interpôs recurso de apelação. Em suas razões, aduziu: **a)** que depois do advento da Lei Federal n. 12.651/2012, a averbação da reserva legal passou a figurar exclusivamente no CAR e a averbação na matrícula imobiliária passou a ser optativa; **b)** a reserva legal que é passível de averbação possui efeito jurídico meramente declaratório, que é substituído pela inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR; **c)** não há pedido de cancelamento da reserva legal, mas simples cancelamento da averbação, que será substituída pela informação alfanumérica do CAR – e a menção à reserva legal consta do respectivo cadastro; **d)** violação potencial ao princípio da isonomia; **e)** a operabilidade da reserva legal não é obrigação do Ofício de Registro de Imóveis, posto que o seu registro fica vinculado ao CAR; **f)** necessidade de viabilização do registro para o exercício de direitos e prerrogativas garantidas pela lei (doc n. 6350271).

Requeru o provimento do recurso para reformar a sentença e reconhecer o descabimento e/ou impossibilidade de atendimento das exigências formuladas pelo 1º Registro de Imóveis da Comarca de Joinville e, por consequência, julgar improcedente a dúvida registral, com a finalidade de determinar a prática de averbação de cancelamento da AV.11-7.198, procedendo-se ao lançamento da averbação da sequência alfanumérica do Cadastro Ambiental Rural - CAR em substituição à informação anterior, em conformidade com as disposições da Circular CGJ/SC n. 15, de 20 de janeiro de 2020.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Procurador de Justiça César Augusto Grubba, que se manifestou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação em que se objetiva a reforma da sentença que julgou procedente a suscitação de dúvida deduzida pela titular do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Joinville e, assim, negou a pretensão de cancelamento da averbação de área de reserva legal (AV. 11) do imóvel matriculado sob n. 7.198 na referida serventia.

No caso, a exigência formalizada pela serventia tem por base a falta de autorização do órgão ambiental para o cancelamento da reserva legal, com fulcro na Lei n. 12.651/2012, que não autoriza o cancelamento da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel em decorrência da inscrição no Cadastro Ambiental Rural - CAR.

Extraí-se da matrícula do aludido imóvel que, em 12 de dezembro de 2008, a interessada apresentou ao cartório pedido de averbação de reserva legal acompanhado do respectivo Termo de Averbação de Reserva Legal - TARL firmado pelo órgão ambiental, ou seja, houve a anuência das partes que participaram do ato registrado (doc n. 5893862, p. 4).

Consta ainda que a área total do imóvel é de 61.468,00 metros quadrados (31,2093 hectares) e, de acordo com a legislação ambiental, a averbação da reserva legal equivale a 20% do total da propriedade, ou seja, 6,146 ha (hectares) na forma de floresta ou vegetação existente. O ato foi praticado na vigência do Código Florestal revogado (Lei n. 4.771/65) que instituía a obrigatoriedade da averbação no registro imobiliário da área de reserva legal.

Posteriormente, em 1º-9-2021, agora na vigência do novo Código (Lei n. 12.651/12), a proprietária Transjoi Joinville, ora apelante, procedeu à inscrição do imóvel (matrícula 7.198) no Cadastro de Imóvel Rural - CAR (doc n. 5893852, p. 3), atendendo ao disposto no Código Florestal vigente, que prescreve, no seu art. 18, que *“a área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei”*, enquanto o § 4º do referido artigo dispõe que *“o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato”*.

Entretanto, o Cadastro Ambiental Rural, previsto no 29 da mesma Lei, está vinculado ao *“Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento”*, o que demonstra que referidos registros não se sobrepõem, quando realizados sucessivamente no tempo e segundo a legislação então vigente. Em outros termos, não se autoriza legalmente o cancelamento da averbação da reserva legal perante o Cartório de Registro de Imóveis porque anteriormente concretizada a inscrição no cadastro ambiental rural - CAR.

Efetivamente, a alteração legislativa referida pela apelante, nos termos do art. 18, § 4º da Lei n. 12.651/12, tem aplicabilidade aos eventos posteriores à sua edição e, de forma alguma, revoga a exigência do art. 167, II, alínea 22 da Lei de Registros Públicos, porquanto como deliberou o Superior Tribunal de Justiça: *“A averbação da Reserva Legal no Cartório de Imóveis vem prevista, expressamente, na Lei de Registros Públicos (art. 167, II, 22), dispositivo esse mantido pela cláusula de revogação do artigo 83 da Lei 12.651/2012. Ora, o legislador do novo Código certamente esteve*

atento ao disposto na Lei Complementar 95/1998, segundo a qual “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (art. 9º), não tendo o condão de afastar a coisa julgada estabelecida e tampouco retroagir como pretendido” (REsp n. 1.641.168/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/8/2019, DJe de 11/9/2020).

Na realidade, o registro no CAR e averbação da reserva legal no Registro de Imóveis têm objetivos diversos: a natureza jurídica da averbação da reserva legal lançada à margem da matrícula do imóvel é assegurar a publicidade do ato e produzir efeitos contra terceiros, enquanto o cadastro ambiental rural (CAR) serve apenas para que se conheça as informações ambientais do imóvel, sem qualquer outro efeito.

A doutrina especializada explica que:

O ideal é que a inscrição conste tanto do Registro de Imóveis, quanto do Cadastro Ambiental, até para cumprimento do princípio da publicidade e seu corolário que parte da doutrina denomina de princípio da concentração registral. Ambos os órgãos têm estrutura e funções diversas de forma que, a nosso ver, a oponibilidade erga omnes desta obrigação real depende de seu acesso à publicidade jurídica e não ao cadastro. Para tanto, já existem convênios entre os órgãos ambientais estaduais e as associações de registradores de imóveis a fim de que todo registro de reserva legal feito neste Cadastro seja comunicado ao Registro de Imóveis competente para fins de averbação na matrícula do imóvel rural. Em São Paulo já foi criado o Cadastro Ambiental e foi disciplinada pelas normas estaduais a interação de informações entre os dois órgãos, a fim de tornar menos oneroso o acesso do cidadão à informação completa sobre a situação proprietária e, conseqüentemente, fortalecer a segurança jurídica e impedir o aumento no custo das transações em virtude de externalidades.

Com efeito, o efeito da averbação da Reserva Legal no Registro de Imóveis é a definição da área reservada à preservação ou recomposição da cobertura vegetal nativa, que se torna inalterável, salvo anuência do órgão ambiental competente. O assento em exame é de alta relevância para a sobrevivência do ecossistema vegetal não só no Brasil como também para além de nossas fronteiras (Loureiro, Luiz Guilherme. Registros Públicos: Teoria e Prática. 10ª edição, rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm. 2019, p. 1087/1088).

Vale mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse sentido:

AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. Natureza do registro no cartório de Imóveis que não se confunde com a natureza administrativa do cadastro no CAR. Obrigação de averbação de reserva legal na matrícula do imóvel que permanece hígida nos termos da Lei de Registros Públicos, art. 167, inciso II, e art. 169, sendo facultado ao proprietário o melhor momento para a efetivação do registro, em consonância com o princípio da instância. Decisão reformada. Recurso provido.

Importante, neste ponto, assentar a diferença conceitual que há entre cadastro e registro. O primeiro tem função meramente administrativa, proporcionando-se conhecer a base geodésica da área afetada. É só isso. O registro, todavia, é o único ato revestido constitucional e legalmente da função de assegurar a publicidade, impor a restrição sobre domínio, de sorte a vincular terceiros. Por isso que apenas a publicidade registral produz efeitos que permitem considerar a área afetada no cálculo da produtividade do imóvel, assegurar

isenção tributária sobre as áreas de reservas inscritas e restringir o domínio propriamente dito.

Assim, o controle do meio ambiente depende dos efeitos registrais decorrentes da averbação prevista em lei, não bastando, para tanto, o cadastramento da área no CAR, que a ninguém obriga e serve apenas para que se conheça a base imobiliária da reserva legal, sem qualquer outro efeito. O cadastro localiza a área. Registro, no caso a averbação da reserva legal, restringe o domínio e produz efeitos a terceiros” (TJSP; Agravo de Instrumento n. 2160604-42.2016.8.26.0000; Rel. Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Morro Agudo - Vara Única; j. em 29-9-2016).

Colhe-se de julgado em caso semelhante, onde se definiu que, embora a exigência tenha sido revogada, a instituição de reserva legal por averbação na matrícula imobiliária continua hígida, como forma de manter a proteção de vegetação nativa resguardada pela Constituição Federal e pelo Código Florestal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. CANCELAMENTO DE AVERBAÇÃO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. IMÓVEL RURAL. ÁREA DE RESERVA LEGAL. CÓDIGO FLORESTAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Ainda que a área de reserva legal averbada na matrícula não mais coincida com a registrada no CAR, não há previsão legal para cancelamento da averbação, cujas hipóteses estão previstas na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Finalidade da nova lei é de proteção ao meio ambiente, não havendo sentido em autorizar a retirada da averbação da área de reserva legal da matrícula do imóvel, quando esta também tem a finalidade de publicizar o ônus ambiental imposto sobre o bem. O novo Código Florestal não autoriza a pretensão de cancelamento da averbação de reserva legal empreendida por ocasião da vigência do Código Florestal revogado (TJRS – Apelação Cível nº 0064122-51.2019.8.21.7000, Décima Sétima Câmara Cível, un., Rel. Desembargador Giovanni Conti, j. em 18.7.2019).

É oportuno transcrever ainda a fundamentação da sentença proferida pelo Magistrado *a quo* (doc n. 6146192):

No bojo deste procedimento de suscitação de dúvida, a suscitante quer que este Juízo reconheça a impossibilidade de cancelamento da averbação da reserva legal na Matrícula imobiliária sem a anuência do órgão ambiental, ainda que tenha havido a inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Em síntese, o interessado argumenta que, dada a nova sistemática que confere publicidade à reserva legal, bastando a inscrição no CAR, deve ser admitida a possibilidade de opção, por parte do usuário, pelo meio de externalização que melhor atenda aos seus interesses. Complementa que a possibilidade de cancelamento encontra respaldo na recente alteração do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça que passou a prever a possibilidade de averbação do número de inscrição no cadastro ambiental rural na Matrícula imobiliária (art. 685).

De acordo com a nova redação acrescentada ao artigo 685 do CNCGJ/SC (Provimento nº 8/2020), “a *prévia averbação do cadastro ambiental rural (CAR) é condição para a transmissão da propriedade, desmembramento ou retificação de área do imóvel*” (§ 3º), *exceto no caso de existência prévia de averbação da reserva legal* (§ 4º).

Não é novidade que o registro da reserva legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis (Código Florestal, art. 18, § 4º). Por outro lado, a posterior inscrição no CAR não implica no automático cancelamento da averbação preexistente no registro do imóvel, cujo ato registral, inclusive, desobriga o proprietário de fornecer ao órgão ambiental competente as informações relativas à identificação do perímetro e localização da reserva legal por ocasião do cadastramento (arts. 29 e 30).

A Lei de Registros Públicos estabelece que o cancelamento dos atos registrares deverá ser precedido de requerimento das partes que tenham participado do ato (art. 250). Partindo desse pressuposto, a interpretação dada pela cartorária, no sentido de ser necessária a anuência do órgão ambiental, é a que melhor se coaduna com a sistemática registral e, ao mesmo tempo, privilegia o princípio da precaução ambiental. Isso porque a averbação da reserva legal contou com a participação do órgão ambiental que chancelou a delimitação da área a ser protegida, ao passo que, na inscrição no CAR, a inserção das informações pelo proprietário é realizada de forma unilateral e tem caráter meramente declaratório, estando sujeita à validação pela autoridade ambiental.

Diante de tais considerações, conclui-se que o registro da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural - CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, mas não autoriza o cancelamento de uma ou de outra, porque a finalidade da nova lei é igualmente a proteção ao meio ambiente e não faz sentido autorizar a retirada da averbação da área de reserva legal da matrícula do imóvel, quando esta também tem a finalidade de publicizar o ônus ambiental imposto sobre o bem.

Por tais razões, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe negar provimento.

ÓRGÃO ESPECIAL

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5005250-17.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR RICARDO FONTES

AUTOR: PROCURADOR-GERAL - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

RÉU: PREFEITO - MUNICÍPIO DE RIO DO SUL/SC - RIO DO SUL

RÉU: RIO DO SUL CAMARA DE VEREADORES

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROIBIÇÃO DO USO DA “LINGUAGEM NEUTRA” NA EDUCAÇÃO BÁSICA, NO ENSINO SUPERIOR E NOS CONCURSOS PÚBLICOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCEDÊNCIA.

“[...] É FÁCIL RECONHECER QUE A NORMA IMPUGNADA, AO PROIBIR DETERMINADO USO DA LINGUAGEM, ATENTA CONTRA AS NORMAS EDITADAS PELA UNIÃO, NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SUA COMPETÊNCIA PRIVATIVA, JÁ QUE, A PRETEXTO DE VALORIZAR A NORMA CULTA, ELA ACABA POR PROIBIR UMA FORMA DE EXPRESSÃO. O DIPLOMA IMPUGNADO É, PORTANTO, FORMALMENTE INCONSTITUCIONAL.” ADI 7.019 MC/RO, REL. MIN. EDSON FACHIN, DECISÃO JULGADA EM 18-11-2021.

A MUNICIPALIDADE, AO LEGISLAR SOBRE O APRENDIZADO DA LÍNGUA PORTUGUESA, PROIBINDO EXPRESSAMENTE O USO DA “LINGUAGEM NEUTRA” NA EDUCAÇÃO BÁSICA, NO ENSINO SUPERIOR E NOS CONCURSOS PÚBLICOS, ADENTROU EM MATÉRIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO, ULTRAPASSANDO OS LIMITES DA SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA E VIOLANDO, POR CONSEQUENTE, O ARTIGO 4º, *CAPUT*, E ARTIGO 112, INCISOS I E II, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA E ARTIGO 22, INCISO XXIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente a

presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional Lei n. 6.300/2021 do Município de Rio do Sul, por violação ao artigo 4º, caput, e artigo 112, incisos I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina e artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público contra a Lei n. 6.300/2021 do Município de Rio do Sul, que “*proibiu, no âmbito municipal, a utilização da denominada ‘linguagem neutra’ na grade curricular e no material didático de instituições públicas e privadas, bem como em editais de concursos públicos, e impôs sanções pelo seu descumprimento, violando o disposto no artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República, incorporado pelo artigo 4º, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina.*”

Sustenta, em síntese, que “o município legislou sobre diretrizes e normas gerais atinentes à educação, matéria que, de acordo com o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República¹¹, é de competência privativa da União. Sendo mais claro, ao proibir a utilização da chamada “linguagem neutra” na grade curricular e em materiais didáticos, a lei municipal não suplementa a legislação federal, mas invade a seara privativa da União, regulando a matéria em sentido oposto à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96).”

Requeru, por isso, “a concessão da medida cautelar pleiteada, para que seja imediatamente suspensa a eficácia da Lei n. 6.300/2021 do Município de Rio do Sul, a fim de evitar eventual prejuízo pela aplicação de sanções administrativas baseadas em norma formalmente inconstitucional, até o julgamento desta ação direta.”

Ao final, pugnou pela “a procedência do pedido, a fim de se declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 6.300/2021, do Município de Rio do Sul, por violação ao artigo 4º, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina e artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República”.

Diante da relevância do tema, aplicou-se o rito previsto no art. 12 da Lei Estadual n. 12.069 de 27-12-2001.

Em resposta conjunta, o Prefeito Municipal e o Procurador-Geral do Município prestaram informações, alegando, em suma, que:

[...] não se trata de invasão à competência legislativa da União, vez que o objetivo do legislador municipal foi, tão somente, garantir, no âmbito das instituições de ensino do Município, o aprendizado da língua portuguesa de acordo com o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa e da gramática, nos termos da reforma ortográfica ratificada pela Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, sendo, no Brasil, através do Decreto

nº 6.583, de 29 de setembro de 2008. Logo, se o referido decreto promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e determinado que este será executado e cumprido inteiramente (art. 1º), não há se dizer que a lei em questão afronta competência privativa da União ou vai de encontro às diretrizes e bases da educação brasileira.

Por tais razões, pleitearam a improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

A Câmara Municipal, por sua vez, também requereu a improcedência da demanda, sob o seguinte argumento:

[...] não se está adentrando ao fato de incluir qualquer matéria na grade curricular, ou mesmo a forma de distribuição desta grade. O que se pretende com a iniciativa, é somente garantir o ensino oficial da língua portuguesa, nos termos já definidos nas diretrizes nacionais curriculares.

O Ministério Público, por meio da Procuradoria de Justiça, em parecer, manifestou-se pela procedência do pedido.

VOTO

Transcreve-se, de início, o teor do artigo 12 da Lei Estadual n. 12.069 de 27-12-2001:

Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e do Procurador-Geral de Justiça, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Dito isso, em razão da relevância e aliada esta à existência de pronunciamento da Suprema Corte sobre a questão (in)constitucional, entende-se econômico, célere e eficaz o julgamento definitivo da presente ação.

Pois bem.

O tema - diretrizes e base da educação como competência privativa da União - representa hipótese já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e por este Tribunal de Justiça - a saber:

COMPETÊNCIA NORMATIVA - DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO - ATO ESTADUAL -

INCONSTITUCIONALIDADE. Na forma da jurisprudência do Supremo, compete à União legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional” – artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal –, incluída a disciplina relativa à confecção, emissão e registro de diplomas por instituições de ensino superior. (STF, ADI 3713, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 06-06-2019)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNADO O ITEM 8.1.1, SUBTÍTULO ESTRATÉGIAS, SUBITEM 1.19, DO PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CONSTANTE NO ANEXO DA LEI N. 3.887/15, DO MUNICÍPIO DE BRUSQUE. NECESSIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO, PELA ASSOCIAÇÃO DE PAIS E PROFESSORES, DOS CONTEÚDOS E METODOLOGIAS DE ABORDAGEM REFERENTES À EDUCAÇÃO SEXUAL DOS ALUNOS MAIORES DE 12 (DOZE) ANOS. FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DIREITO CIVIL. ADEMAIS, NORMA QUE DESRESPEITA OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, IGUALDADE, PLURALIDADE, DIGNIDADE HUMANA, BUSCA DA FELICIDADE, GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO E LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL VERIFICADAS. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5028652-98.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Órgão Especial, j. 19-05-2021).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 4.071/2017, DO MUNICÍPIO DE BRUSQUE/SC QUE “DISPÕE SOBRE A PROTEÇÃO DA FORMAÇÃO MORAL DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES NO ÂMBITO MUNICIPAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA NORMA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIRETRIZES EDUCACIONAIS, DIREITO CIVIL (DIREITO DE FAMÍLIA) E CLASSIFICAÇÃO DE DIVERSÕES PÚBLICAS. SUBSISTÊNCIA. EXEGESE DOS ARTIGOS 21, XVI, E 22, I, XXIV, E 220, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEMAIS, NORMA EM CONFRONTO COM OS DITAMES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA FEDERAL (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). VÍCIO DE INICIATIVA IGUALMENTE EVIDENCIADO. NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE INCURSSIONA NO RAMO DO DIREITO DISCIPLINAR DE SERVIDORES, BEM COMO CONTRATOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA EDUCAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 206, II, III E V, ARTIGO 220, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DE EDUCAÇÃO QUE COMPETE AOS PAIS, AO ESTADO E À SOCIEDADE. PREVISÃO EXPRESSA NOS ARTIGOS 205 E 227, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCEITO DE ABRANGÊNCIA SUPERIOR AO ENSINO FORMAL (CIENTÍFICO). DESENVOLVIMENTO DOS INDIVÍDUOS NO SEIO DA SOCIEDADE, MEDIANTE ININTERRUPTA INTERAÇÃO SOCIAL. ATUAÇÃO DOS PAIS NA EDUCAÇÃO DOS FILHOS QUE NÃO AUTORIZA O EXERCÍCIO DE VERDADEIRA ATIVIDADE CENSORA DOS PROFESSORES. DIREITO DOS CIDADÃOS EM RECEBER INFORMAÇÕES PLURAIS À SUA EMANCIPAÇÃO, CONVÍVIO HARMONIOSO E TOLERANTE COM AS DIFERENÇAS. LIMITAÇÃO LEGAL QUE REPRESENTA OFENSA À “LIBERDADE DE APRENDER, ENSINAR, PESQUISAR E DIVULGAR O PENSAMENTO, A ARTE E O SABER” (ARTIGO 206, II, DA CF). AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 4.071/2017, DO MUNICÍPIO DE BRUSQUE/SC, COM EFEITOS EX TUNC. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5017287-47.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Desa. Denise Volpato, Órgão Especial, j. 07-07-2021).

E, particularmente sobre a proibição do uso da “linguagem neutra”, o Supremo Tribunal

Federal, em decisão na ADI 7.019 MC/RO, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 18-11-2021, ao conceder medida cautelar para suspender a legislação dita inconstitucional, assim fundamentou:

[...] A norma é, ao menos do que se tem deste primeiro exame da matéria, formalmente inconstitucional, por usurpação da competência privativa da União. [...] é fácil reconhecer que a norma impugnada, ao proibir determinado uso da linguagem, atenta contra as normas editadas pela União, no legítimo exercício de sua competência privativa, já que, a pretexto de valorizar a norma culta, ela acaba por proibir uma forma de expressão. O diploma impugnado é, portanto, formalmente inconstitucional. A norma também ofende materialmente a Constituição. A chamada “linguagem neutra” ou ainda “linguagem inclusiva” visa combater preconceitos linguísticos, retirando vieses que usualmente subordinam um gênero em relação a outro. [...] Sendo esse o objetivo da linguagem inclusiva, é difícil imaginar que a sua proibição possa ser constitucionalmente compatível com a liberdade de expressão. [...] Finalmente – e talvez ainda de forma mais grave – a norma impugnada tem aplicação no contexto escolar, ambiente no qual, segundo comando da Constituição, devem imperar não apenas a igualdade plena, mas também “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 206, II, da CRFB).

E, na hipótese ora em exame, há, de fato, vício formal de inconstitucionalidade; afinal, legislar sobre educação é competência privativa da União, nos termos do inciso XXIV do artigo 22 da Constituição Federal: “*Compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.*” - e a jurisprudência, percebe-se, é uníssona nesse ponto.

E, em âmbito estadual, a referida regra encontra consonância no artigo 4º, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina: “*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.*”.

Aos Municípios, notoriamente, compete legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual - artigo 112, incisos I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina.:

Art. 112. Compete ao Município:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber;

In casu, no entanto, a municipalidade, ao legislar sobre o aprendizado da língua portuguesa, proibindo expressamente o uso da “linguagem neutra” na educação básica, no ensino superior e nos concursos públicos, adentrou em matéria legislativa privativa da União, excedendo os limites da sua própria competência e violando, por conseguinte, as regras constitucionais estaduais e federal

anteriormente citadas. Ultrapassou-se, e muito, a mera complementariedade às leis do Estado e da União, caracterizando incontestemente vício formal de inconstitucionalidade.

Mostra-se, então, indispensável a procedência da presente ação.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional Lei n. 6.300/2021 do Município de Rio do Sul, por violação ao artigo 4º, *caput*, e artigo 112, incisos I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina e artigo 22, inciso XXIV, da Constituição da República.

Documento eletrônico assinado por **RICARDO OROFINO DA LUZ FONTES, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2336513v4** e do código CRC **7790e61f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): RICARDO OROFINO DA LUZ FONTES

Data e Hora: 17/8/2022, às 18:49:8

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5022973-49.2022.8.24.0000/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

AUTOR: PROCURADOR-GERAL - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

ADVOGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

RÉU: PREFEITO - MUNICÍPIO DE IMBITUBA/SC - IMBITUBA

ADVOGADO: MARLON TESTONI BATISTI (OAB SC032631)

RÉU: IMBITUBA CAMARA MUNICIPAL

ADVOGADO: GUILHERME TAVARES DE JESUS (OAB SC035338)

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. DESCRIÇÃO GENÉRICA. INEXISTÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DA NATUREZA DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, E DE VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEADO E AUTORIDADE NOMEANTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO PRÉVIO CONCURSO, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E RAZOABILIDADE, INSERTOS NO ART. 16 E 21, I, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DESTA DECISÃO PARA QUE PASSE A VALER 6 (SEIS) MESES APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, PREJUDICADA A ANÁLISE DOS EFEITOS REPRISTINATÓRIOS.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 1.041.210-RG/SP, com repercussão geral (TEMA 1010/STF), reafirmou sua jurisprudência no sentido de que “as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”, sobretudo porque “é certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei” (STF - RE n. 1.041.210-RG/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli).

ACÓRDÃO

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 dos Anexos I e V da Lei Complementar n. 5.192, de 1º de março de 2021, alterada pela Lei Complementar n. 5.304, de 1º de abril de 2022; do Município de Imbituba, no ponto em que cria 22 cargos de diretor, 22 cargos de chefe de departamento e

34 cargos de assistente, por violação aos artigos 16, caput, e 21, incisos I e IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 21 de setembro de 2022.

RELATÓRIO

Adoto o relatório do parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, da boa lavra do Dr. Paulo de Tarso Brandão, *verbis*:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, por intermédio do Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade, e pela Promotora de Justiça da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Imbituba, questiona a Lei Complementar n. 5.192, de 1º de março de 2021, do Município de Imbituba, que dispõe sobre a Reestruturação Organizacional do Poder Executivo do Município de Imbituba, alterada pela Lei Complementar n. 5.304, de 1º de abril de 2022.

Os autores sustentam a inconstitucionalidade da norma em razão da criação de cargos de provimento em comissão na estrutura organizacional do Poder Executivo municipal com descrição genérica, em afronta aos artigos 16, caput, e 21, incisos I e IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989.

A Desembargadora Relatora determinou a notificação das autoridades das quais emanou a lei impugnada para prestarem informações, no prazo de 30 dias, e, após, a intimação do Procurador-Geral do Município e do Procurador-Geral de Justiça para, sucessivamente, manifestarem-se, no prazo de 15 dias (Evento 7).

Em resposta, o Presidente da Câmara de Vereadores de Imbituba, prestou informações sobre o processo legislativo que originou a lei e, no mérito, defendeu a constitucionalidade da norma, afirmando que os cargos criados possuem funções claras e específicas (Evento 15).

*Por sua vez, o Prefeito Municipal (Evento 16) defendeu a constitucionalidade da norma impugnada e requereu a improcedência do pedido. Subsidiariamente, postulou a fixação de eficácia *ex tunc* aos efeitos da decisão, para que “a lei continue sendo aplicada por um determinado prazo, a ser determinado pelo próprio Tribunal, até que nova legislação possa ser aprovada pelo Executivo e Legislativo Local”.*

Da mesma forma, o Procurador-Geral do Município também manifestou-se pela improcedência da demanda (Evento 20).

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pela procedência da ação direta “para que sejam declarados inconstitucionais os Anexos I e V da Lei Complementar n. 5.192, de 1º de março de 2021, alterada pela Lei Complementar n. 5.304, de 1º de abril de 2022; do Município de Imbituba, na parte em que cria os 22 cargos de diretor, 22 cargos de chefe de departamento e 34 cargos de assistente, por violação aos artigos 16, caput, e 21, incisos I e IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989” (ev. 23).

VOTO

1. O pedido é procedente.

A criação de cargos de provimento em comissão, exceção à regra do prévio concurso público, supõe se configure, na análise da lei instituidora, a “*natureza de chefia ou direção (de algum setor, unidade, área, departamento, divisão, grupamento, turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplo), ou ainda alguma forma ou espécie de assessoramento profissional e nitidamente caracterizado*” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público nas Reformas Constitucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 31, sem destaque no original).

Em casos tais, independentemente da nomenclatura formal dada ao cargo, a lei que o institui deve enumerar as atribuições cometidas ao respectivo servidor para que seja possível proceder-se ao controle da existência, no plano normativo, das características de chefia, direção ou assessoramento que, atreladas, em todos os casos, à relação de confiança existente entre autoridade nomeante e nomeado, permitem o afastamento da regra geral que predica a necessidade de prévio concurso para o provimento de cargos públicos (cf. STF - AgR em RE 806436, Rel. Min. Luiz Fux).

Nesse sentido, o STF, em recente julgamento, reconhecendo a repercussão geral da matéria (RE 1.041.210 RG/SP, Tema 1010), fixou as seguintes teses jurídicas sobre o tema:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;*
- (b) Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;*
- (c) O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e*
- (d) As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.*

Saliente-se que este Órgão julgador sempre aplicou as conclusões dispostas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, porém em muitos casos relativizou a prevista na alínea ‘d’, sob o argumento de que em determinadas hipóteses as atribuições poderiam ser presumidas a partir da nomenclatura do cargo.

Contudo, a partir do precedente firmado no citado RE n. 1.041.210, com repercussão geral reconhecida (Tema 1010), “*as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir*”, de modo que não se admite mais a ressalva de se presumir a constitucionalidade da criação do cargo de provimento em comissão pela sua denominação quando não houver a descrição das atribuições na lei que o criou, ou mesmo pela listagem das competências da pasta a que atrelado (nesse sentido, cf. TJSC - ADI n. 8000064-17.2018.8.24.0900, Rel. Desembargador Alexandre d’Ivanenko).

Conforme decidiu o STF no referido julgamento, “é certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei. Daí ser imprescindível que a lei que cria o cargo em comissão descreva as atribuições a ele inerentes” (p. 13, inteiro teor).

2. Fixadas tais premissas, a petição inicial invoca a inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de “Diretor(a)” (22 cargos), de “Chefe de Departamento” (22 cargos) e de “Assistente” (34 cargos).

O Ministério Público sustenta que todos eles possuem descrição genérica, vaga e imprecisa das suas atribuições, idênticas independente do órgão destinatário, com o emprego de palavras-chave como ‘supervisionar’, ‘coordenar’, ‘dirigir’, visando a induzir funções típicas de cargo de provimento em comissão.

Eis a descrição das funções desses cargos fornecida pela legislação questionada:

DIRETOR(A) - colaborar com o titular do órgão superior na definição dos planos, programas e projetos setoriais da pasta; - dirigir, orientar e supervisionar a execução das atividades de competência da respectiva Diretoria; - opinar sobre os assuntos que dependam de decisão superior e propor as necessárias providências; - submeter à aprovação do titular do órgão superior a que estiver vinculado a programação de trabalho da Diretoria; - indicar ao titular do órgão superior a que estiver vinculado os nomes de servidores subordinados para designação ou dispensa e para seus substitutos eventuais ou temporários; - elaborar planilha de férias dos servidores lotados na Diretoria e nas demais unidades organizacionais subordinadas; - apresentar relatórios mensais das atividades da Diretoria e suas respectivas Unidades organizacionais subordinadas, encaminhando-os ao titular do órgão superior a que estiver vinculado; - colaborar com o titular do órgão superior a que estiver vinculado na identificação de alternativas e ações que devam ser implementadas com vistas ao aperfeiçoamento do desempenho do órgão superior; e - desempenhar, cumprir e fazer as normas vigentes, especialmente aquelas relacionadas às atividades sob sua responsabilidade; e - acompanhar as publicações no órgão oficial de publicação legal e divulgação dos atos processuais e administrativos do Poder Público Municipal – Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina – DOM/SC.

CHEFE DE DEPARTAMENTO - orientar e coordenar as atividades do Departamento sob sua responsabilidade e demais unidades organizacionais a este subordinadas; de atuação; - propor ao superior imediato a programação de trabalho do Departamento; - opinar sobre os assuntos relativos à sua área de atuação que dependam de decisão de autoridade superior; - distribuir, acompanhar e avaliar as atividades dos servidores que lhe são subordinados; - elaborar e analisar relatório mensal do Departamento, encaminhando-o ao seu superior hierárquico; - exercer todos os atos de administração necessários ao desenvolvimento do Departamento sob sua direção, obedecidos aos preceitos legais vigentes; - desempenhar, cumprir e fazer as normas vigentes, especialmente aquelas relacionadas às atividades sob sua responsabilidade; e - acompanhar as publicações no órgão oficial de publicação legal e divulgação dos atos processuais e administrativos do Poder Público Municipal –

ASSISTENTE - assessoramento ao superior hierárquico no que concerne às suas atividades políticas, sociais e administrativas relacionadas ao órgão de atuação; - assessoramento em atividades determinadas pelo superior hierárquico, que demandem solução rápida e efetiva, por ação própria ou de outros agentes públicos; - liderar grupos de trabalhos especialmente constituídos para levantar, avaliar e sugerir alternativas e soluções para problemas específicos identificados pelo superior hierárquico; - diagnosticar descompassos nos processos organizacionais, administrativos e técnicos, sugerindo medidas inovadoras e eficazes. -assessorar

estrategicamente o superior hierárquico, quanto as melhores práticas gerenciais e técnicas associadas aos novos paradigmas da administração pública, na área do órgão de atuação; - apresentar sugestões de políticas, estratégias e ações gerenciais que possam levar a administração municipal à melhoria contínua da qualidade dos serviços prestados ao munícipe, visando alcançar os melhores orientar e supervisionar profissionais ligados ao órgão de atuação, especialmente nas matérias de competência do mesmo; - acompanhar processos, procedimentos e projetos relacionados ao órgão de atuação, intervindo para agilizar a solução das demandas que se apresentam; - exercício de outras competências correlatas, em razão de sua natureza ou determinadas pelo superior hierárquico; - desempenhar, cumprir e fazer as normas vigentes, especialmente aquelas relacionadas às atividades sob sua responsabilidade; e - assessorar estrategicamente o superior hierárquico, quanto as melhores práticas gerenciais e técnicas associadas aos novos paradigmas da administração pública, na área do órgão de atuação; - assessoramento ao superior hierárquico no que concerne às suas atividades políticas, sociais e administrativas relacionadas ao órgão de atuação; - assessoramento em atividades determinadas pelo superior hierárquico, que demandem solução rápida e efetiva, por ação própria ou de outros agentes públicos; - apresentar sugestões de políticas, estratégias e ações gerenciais que possam levar a administração municipal à melhoria contínua da qualidade dos serviços prestados ao munícipe, visando alcançar os melhores orientar e supervisionar profissionais ligados ao órgão de atuação, especialmente nas matérias de competência do mesmo; - acompanhar processos, procedimentos e projetos relacionados ao órgão de atuação, intervindo para agilizar a solução das demandas que se apresentam; - exercício de outras competências correlatas, em razão de sua natureza ou determinadas pelo superior hierárquico; - desempenhar, cumprir e fazer as normas vigentes, especialmente aquelas relacionadas às atividades sob sua responsabilidade; e - acompanhar as publicações no órgão oficial de publicação legal e divulgação dos atos processuais e administrativos do Poder Público Municipal – Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina – DOM/SC;

Como se vê, a descrição das atribuições desses cargos padecem da objetividade e da clareza necessárias tal como exigido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do citado RE n. 1.041.210, impedindo que se proceda ao controle de constitucionalidade da criação de cargos de provimento em comissão.

As atribuições foram descritas de forma vaga e imprecisa, valendo-se de palavras-chave para denotar ao cargo função típica do provimento em comissão, tal como o assessoramento, a chefia ou a direção, sem, contudo, explicitar as atribuições concretas que delimitem as funções efetivamente exercidas.

Saliento que cargos com descrição similar foram declarados inconstitucionais por ocasião do julgamento da ADI 8000420-30.2017.8.24.0000, de que fui relatora.

Em precedente recente deste Órgão, relatado pelo e. Desembargador Alexandre d'Ivanenko, a propósito do exame da constitucionalidade de cargos de provimento em comissão com idêntica descrição, anotou-se:

Nada obstante a utilização dos verbos ‘coordenar’, ‘supervisionar’, ‘prestar assistência’, ‘planejar’, ‘orientar’, ‘chefiar’, é notório que são atribuições que não demandam relação de extraordinária confiança, tampouco se encaixam nos conceitos doutrinários e jurisprudenciais de “chefia, direção ou assessoramento”.

Na realidade, o uso dos termos ‘chefe’, ‘coordenador’, ‘diretor’ e similares também não é suficiente para mascarar

o fato de que as atribuições descritas na lei são genéricas, e que poderiam perfeitamente ser desempenhadas por servidor efetivo (TJSC - ADI 8000063-32.2018.8.24.0900).

Como deixei assentado por ocasião do julgamento da mencionada ADI 8000420-30.2017.8.24.0000, de que fui relatora, os cargos de provimento em comissão devem ter por função o desempenho de atividade ligadas à criação ou à execução concreta, com nota de autonomia, de determinado plano de atuação administrativa da pasta, à implementação de planos e programas de governança, à articulação superior com outros setores da administração municipal, enfim, deve descrever funções de cuja dinâmica se possa aferir a necessária relação de confiança e de afinidade ideológica entre autoridade nomeante e servidor nomeado.

Nada disso existe na descrição dos cargos objeto desta ação direta, os quais, por isso mesmo, devem ser ocupados por servidores efetivos e que não necessariamente possuam afinidade ideológica com a autoridade nomeante, dado indiferente ao exercício de tais funções.

3. Encaminhado o voto pela inconstitucionalidade dos Anexos I e V da Lei Complementar n. 5.192/2021 nos pontos em que criou os cargos acima assinalados, revela-se prudente modular os efeitos desta decisão, considerando que ela afetará a esfera jurídica de diversos servidores públicos municipais e, mais importante, que a extinção dos cargos de forma imediata acarretará o risco de interrupção da prestação dos serviços públicos locais.

Com base no artigo 17 da Lei n. 12.069/2001, declaro que os efeitos dessa decisão têm início a partir de 6 (seis) meses contados da publicação do presente acórdão, tempo este suficiente para que a Administração Pública reorganize os quadros funcionais, com a edição de novas leis e a criação de novos cargos compatíveis com o ordenamento constitucional.

Determinada a modulação, resta prejudicado o pedido formulado pelo MPSC para que se afastem os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, na linha da jurisprudência desta Corte.

[...] uma vez determinada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro, os dispositivos impugnados mantêm sua eficácia até o termo final da modulação e, nessa medida, não se pode falar em efeito repristinatório, pois a revogação da lei anterior efetivamente se consumou (TJSC - ADI n. 8000115-46.2017.8.24.0000, Rel. Des. Salim Schead dos Santos).

4. Isso posto, voto no sentido de julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos Anexos I e V da Lei Complementar n. 5.192, de 1º de março de 2021, alterada pela Lei Complementar n. 5.304, de 1º de abril de 2022; do Município de Imbituba, no ponto em que cria 22 cargos de diretor, 22 cargos de chefe de departamento e 34 cargos de assistente, por violação aos artigos 16, caput, e 21, incisos I e IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989.

Documento eletrônico assinado por **MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2686246v17** e do código CRC **35b28b48**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Data e Hora: 22/9/2022, às 14:58:48

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5038192-73.2020.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MONTEIRO ROCHA

AUTOR: PROCURADOR GERAL - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

RÉU: PREFEITO - MUNICIPIO DE PAULO LOPES - PAULO LOPES

RÉU: PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES - MUNICÍPIO DE PAULO LOPES - PAULO LOPES

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ANEXO V DA LEI COMPLEMENTAR N. 10/2000 (COM REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI N. 975/2003 E LEI COMPLEMENTAR N. 33/2013) E LEI COMPLEMENTAR N. 59/2019, QUE “ALTERA A LEI N. 975 DE 07 DE ABRIL DE 2003 [...]”; TODAS DO MUNICÍPIO DE PAULO LOPES - CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES DE CONFIANÇA (FUNÇÕES GRATIFICADAS) DO PODER EXECUTIVO - INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AOS ARTS. 16, *CAPUT*, E 21, INCISOS I E IV, DA CE/89 - 1. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES GRATIFICADAS DE “SECRETÁRIO DE UNIDADE ESCOLAR” E “ASSESSOR EDUCACIONAL” - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TÉCNICAS E BUROCRÁTICAS E SEM VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE A AUTORIDADE NOMEANTE E O SERVIDOR NOMEADO - AUSÊNCIA DE ATIVIDADE COM NÍTIDO CARÁTER DE CHEFIA OU ASSESSORAMENTO - MATÉRIA CONSOLIDADA NO STF PELO JULGAMENTO DO TEMA 1.010 DA REPERCUSSÃO GERAL (RE 1.041.210/SP) - INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA - 2. CRIAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA DE “DIRETOR” DE ESCOLA SEM DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES NA LEI CRIADORA - NECESSIDADE DAS ATRIBUIÇÕES PARA ATESTAR A NATUREZA DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO COM VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEANTE E NOMEADO, VEDADO O DESEMPENHO DE ATIVIDADES BUROCRÁTICAS, TÉCNICAS OU OPERACIONAIS - MATÉRIA CONSOLIDADA NO STF PELO JULGAMENTO DO TEMA 1.010 DA REPERCUSSÃO GERAL (RE 1.041.210/SP) - INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, COM EFICÁCIA *EX NUNC* (180 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO) E AFASTAMENTO DE EFEITOS REPRISTINATÓRIOS.

A regra constitucional do concurso público somente pode ser excepcionada pela criação de cargos de provimento em comissão para o nítido exercício de atribuições com natureza de direção, chefia e assessoramento, exigindo vínculo de confiança entre nomeante e nomeado, sendo vedado o desempenho de atividades meramente burocráticas, técnicas ou operacionais.

Inocorrendo referida natureza comissionada ou ausente a clara e objetiva descrição das atribuições dos cargos em lei formal (reserva legal), é inconstitucional o ato normativo instituidor de cargo comissionado despido desses requisitos.

ACÓRDÃO

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, com efeitos ex nunc após o decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação deste acórdão, declarar a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000 (com redação alterada pela Lei n. 975, de 07 de abril de 2003, e Lei Complementar n. 33, de 09 de agosto de 2013), bem como da Lei Complementar n. 59, de 24 de outubro de 2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003 [...]”, todas do Município de Paulo Lopes. Afastam-se os efeitos repristinatórios de eventuais leis municipais anteriores à Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000, do Município de Paulo Lopes que disponham sobre os mesmos cargos de provimento em comissão (ou funções gratificadas) questionados nesta ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina, por seu Procurador de Justiça Coordenador do CECCON e Promotora de Justiça da comarca, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Anexo V da Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000 (com redação alterada pela Lei n. 975, de 07 de abril de 2003, e Lei Complementar n. 33, de 09 de agosto de 2013), que “Dispõe sobre o novo Plano de Carreira e Remuneração dos Profissionais do Magistério do Município de Paulo Lopes e dá outras providências”, bem como da Lei Complementar n. 59, de 24 de outubro de 2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003, estabelece atribuições de funções e habilitações profissionais dos cargos de provimento em comissão de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional e dá outras providências”.

Aduziu, em síntese, o seguinte:

a) “de acordo com o regramento constitucional, a criação de cargos de provimento em comissão ocupa posição de exceção à regra do concurso público como principal forma de acesso ao serviço público, destinando-se apenas a atribuições de chefia, direção e assessoramento, e desde que haja uma relação de inequívoca confiança entre nomeante e nomeado”;

b) ocorre “Infungibilidade entre cargos comissionados e funções gratificadas com as mesmas atribuições”, pois “As funções de confiança, diferentemente do que se verifica no tocante aos cargos comissionados, por constituírem acréscimos de atribuições a cargos efetivos, são remuneradas por gratificações de função de direção, já a retribuição pelo exercício de um cargo de provimento em comissão é feita com o pagamento de vencimento ou subsídio”;

c) as cadeiras de Secretário de Unidade Escolar (SE-01), Secretário de Unidade Escolar (SE-02) e Assessor Educacional (AE) foram contempladas com a concessão de gratificação de função, porém é benefício que se destina apenas a servidores efetivos, uma vez que “provimento em comissão [...], por ser excepcional, não autoriza alargamento de atribuições e acúmulos de vantagens pecuniárias”;

d) assim “a norma impugnada não observou os preceitos constitucionais ao instituir gratificação a ocupantes de cargos de provimento em comissão, razão por que se infere a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 010/2000, do Município de Paulo Lopes, por violação aos princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, estampados no artigo 16, caput, bem como às determinações do artigo 21, inciso IV, ambos da Constituição do Estado de Santa Catarina”;

e) as atribuições de Secretário de Unidade Escolar (SE-01), Secretário de Unidade Escolar (SE-02) e Assessor(a) Educacional (AE) são atividades técnicas e/ou burocráticas próprias do serviço público permanente que não se compatibilizam com o vínculo de confiança ou excepcionalidade que justificam o provimento por comissão ou a gratificação de função, pois há necessidade de especial vínculo de confiança entre nomeante e nomeado que não se verifica, pelo que deve haver imperativa observância da regra-geral de investidura no serviço público por meio de aprovação em concurso público, ocorrendo afronta aos artigos 16 e 21, incisos I e IV, da CESC/89 e ao artigo 37, caput e incisos II e V, da CF/88;

f) “porque não pressupõem a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e os servidores nomeados (limite que envolve a criação de cargos comissionados), tampouco apresentam excepcionalidade que enseje benefício a ser concedido a servidor efetivo com acréscimo de tarefas, verifica-se inconstitucionalidade na forma de provimento ou na concessão de gratificação por função a servidores que exerçam atividades meramente técnicas e rotineiras, em afronta aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade, previstos no artigo 16, caput, e das exigências do artigo 21, incisos I e IV, ambos da Constituição catarinense”;

g) a função gratificada de Diretor de escola previsto no Anexo V da Lei Complementar n. 010/2000, do Município de Paulo Lopes, padece de inconstitucionalidade em razão de ausência das atribuições, ocorrendo afronta ao princípio da reserva legal, inscrito no artigo 23, incisos II e V, e 50, § 2º, incisos II e IV, bem como aos princípios da legalidade, publicidade e moralidade, previstos no artigo 16, caput, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina;

h) enfatizou que “a Lei Complementar n. 010/2000, do Município de Paulo Lopes, não indicou, nem sequer de forma genérica - quanto menos precisa -, as atividades a serem exercidas pelos servidores ocupantes das cadeiras de ‘Diretor(a) Escolar (FG-01)’ e ‘Diretor(a) Escolar (FG-02)’, a fim de autorizar o pagamento da gratificação, tendo se limitado a estipular a concessão do benefício em razão do número de alunos matriculados na instituição de ensino, o que não basta para esclarecer as tarefas que justificam a benesse”.

Assim discorrendo, requereu a procedência do pedido, “a fim de se declarar a inconstitucionalidade do Anexo V, da Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000, com redação alterada pela Lei n. 975, de 07 de abril de 2003, e Leis Complementares n. 33, de 09 de

agosto de 2013, e 59, de 24 de outubro de 2019, todas do Município de Paulo Lopes, por violação aos artigos 16, 21, inciso IV, 23, incisos II e V, e 50, § 2º, incisos II e IV, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina”.

Inexistiu pedido de concessão de medida cautelar.

Instado a prestar informações, o Prefeito do Município de Paulo Lopes pugnou pela improcedência da ADI (evento 13), afirmando que houve equívoco na interpretação da legislação municipal impugnada, pois inexistente caso de pagamento de gratificação a servidores comissionados, sendo que as atribuições do cargo de Diretor estão descritas na Lei n. 855, de 31 de março de 2000.

Por sua vez, a Câmara de Vereadores de Paulo Lopes explanou sobre o processo legislativo da norma impugnada (evento 15), aduzindo que o Prefeito de Paulo Lopes encaminhou Projeto de Lei Complementar n. 10/2019 estabelecendo atribuições aos cargos de provimento em comissão de secretário de unidade escolar e assessor educacional, sob a justificativa de atender à recomendação feita pelo Ministério Público.

Ato contínuo, apresentando defesa do texto impugnado, o Procurador do Município de Paulo Lopes ressaltou que “as funções gratificadas previstas no Anexo V (Lei n. 975/2003 e Lei Complementar n. 033/2013) não se confundem com os cargos comissionados de secretário de unidade escolar e de assessor educacional, criados pelos arts. 2º e 3º da Lei 975/2003”, pois “acaso configurada a ausência de servidores efetivos aptos a ocupar alguma das funções em apreço, resta a possibilidade de se nomear servidor comissionado para o posto”.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo de Tarso Brandão, que opinou pela “procedência do pedido com afastamento dos efeitos repristinatórios”.

É o relatório.

VOTO

A presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Ministério Público em face do Anexo V da Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000 (com redação alterada pela Lei n. 975, de 07 de abril de 2003, e Lei Complementar n. 33, de 09 de agosto de 2013), que “Dispõe sobre o novo Plano de Carreira e Remuneração dos Profissionais do Magistério do Município de Paulo Lopes e dá outras providências”, bem como da Lei Complementar n. 59, de 24 de outubro de 2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003, estabelece atribuições de funções e habilitações profissionais dos cargos de provimento em comissão de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional e dá outras providências”.

As normas impugnadas possuem o seguinte teor:

LEI COMPLEMENTAR Nº 010/2000

[...]

ANEXO V

DA GRATIFICAÇÃO

FUNÇÃO	NÍVEL	Nº DE ALUNOS	PERCENTUAL DA GRATIFICAÇÃO
DIRETOR	F1	de 60 a 120	10%
	F2	acima de 120	15%

LEI Nº 975/2003

"DÁ NOVA REDAÇÃO AO ANEXO V, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 010/2000, CRIA OS CARGOS MENCIONADOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS"

Art. 1º - O anexo V da Lei Complementar nº 010 de 31 de março de 2000, passa a vigorar na forma desta lei:

ANEXO V

FUNÇÕES GRATIFICADAS

FUNÇÃO	NÍVEL	Nº DE ALUNOS	PERC. SOB.VENCTº	VAGAS
DIRETOR(A)	FG-01	60 À 120	100%	01
DIRETOR(A)	FG-02	Acima 121	125%	01
SECRETÁRIO(A) UNIDADE ESCOLAR	SE-01	60 À 120	80%	02
SECRETÁRIO(A) UNIDADE ESCOLAR	SE-02	Acima 121	100%	02
ASSESSOR(A) EDUCACIONAL	AE	-----	120%	02

Art. 2º - Ficam criados 04 (quatro) cargos de Provimento em Comissão, de Secretário de Unidade Escolar, jornada semanal de 40 horas, instrução em nível médio, vencimento de R\$ 392,00 (Trezentos e Noventa e Dois Reais), cujas atribuições serão fixadas pela Secretaria Municipal de Educação.

Art. 3º - Ficam criados 02 (dois) cargos de Assessor Educacional, de Provimento em Comissão, jornada de 40 horas semanais, instrução em nível médio em magistério ou cursando pedagogia, vencimentos

de R\$ 490,00 (Quatrocentos e Noventa Reais), cujas atribuições serão fixadas pela Secretaria Municipal de Educação.

LEI COMPLEMENTAR Nº 033/2013

"DÁ NOVA REDAÇÃO AO ANEXO V, DA LEI COMPLEMENTAR N. 010/2000".

Art. 1º - O anexo V da Lei Complementar nº 010 de 31 de março de 2000, passa a vigorar na forma desta Lei:

ANEXO V
FUNÇÕES GRATIFICADAS

FUNÇÃO	NÍVEL	N. DE ALUNOS	VALOR	VAGAS
Diretor (a)	FG-01	60 À 120	R\$ 800,00	01
Diretor (a)	FG-02	Acima 120	R\$ 1.100,00	01
Secretário (a) Unidade Escolar	SE-01	60 À 120	R\$ 500,00	02
Secretário (a) Unidade Escolar	SE-02	Acima 121	R\$ 550,00	02
Assessor (a) Educativa	AE	-----	R\$ 550,00	02

LEI COMPLEMENTAR Nº 59/2019

Altera a Lei nº 975 de 07 de abril de 2003, estabelece atribuições de funções e habilitações profissionais dos cargos de provimento em comissão de Secretário de Unidade Escolar, e; Assessor Educacional; e dá outras providências.

[...]

Art. 1º - Fica alterada a Lei nº 975 de 07 de abril de 2003, com a criação do ANEXO I que é parte integrante da presente Lei Complementar, onde estão estabelecidas as atribuições de funções e respectiva capacitação para os cargos de provimento em comissão de Secretário de Unidade Escolar, e; Assessor Educacional.

[...]

ANEXO I

Cargo	Atribuições		Formação
Assessora Educacional	Compras, distribuição	Acompanhar Licitações, realizar compras e distribuição de materiais didáticos, Limpeza e manutenções em Geral	Ensino Superior na área da Educação.
	Transporte Escolar	Roteiros, Motoristas, Ponto, Seguro, Manutenção, inspeção, registro dos veículos e tudo que se refere ao transporte	
	Recursos Humanos	Cadastro dos alunos e professores de todas as Unidades Escolares.	
		Levantamento de turmas/	

		Vagas, Editais de Contratação para substituição; encaminhamento de faltas de acordo com o ponto e Cts das Unidades Escolares	
	Levantamento de Informações e Acompanhamento dos Programas relacionados a Educação	PAR, PNAE, PNATE, PDDE, SIGECON, SIGPC, PNLD, SIOPE, BETHA, EDUCAÇÃO CONECTADA.	
Secretaria de Unidade	Atividades Administrativas	Realização de Matrículas, transferências, históricos, previsão de turmas, organização de quadro de horários. Informações dos Sistemas: PDDE Interativo, Frequência, Betha, Apoia. Outras atividades administrativas relacionadas ao cargo	Nível Médio na área de Educação.

Conforme ensina Oswaldo Luiz Palu, “define-se o controle de constitucionalidade dos atos normativos como o ato de submeter-se à verificação de compatibilidade normas de determinado ordenamento jurídico inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis” (Controle de Constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 65).

1. Orientação jurisprudencial geral sobre criação de cargos em comissão no serviço público

Acerca do assunto, há muito o Supremo Tribunal Federal tem orientação no sentido de que “A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza” (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADI 1.141 MC, j. 10-10-1994).

Examinando controvérsia relativa aos requisitos constitucionais (art. 37, incs. II e V, da Constituição da República) para a criação de cargos em comissão no julgamento do RE n. 1.041.210/SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dessa controvérsia e reafirmou a jurisprudência dominante em Plenário Virtual, fixando as seguintes teses (Tema 1.010 da Repercussão Geral):

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;*
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;*
- c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e*
- d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir”.*

Oportuno trazer à colação esclarecedor parecer da douta Procuradoria-Geral da República mencionado pelo eminente Ministro Dias Toffoli na decisão que, em 6 de setembro de 2018, submeteu a questão ao Plenário Virtual:

“(…) [A]s atribuições dos cargos criados não cumprem os requisitos da categoria. Os cargos em comissão, vocacionados a serem transitoriamente preenchidos por ocupante de confiança da autoridade nomeante, dirigem-se àquelas atividades inerentes à direção, à assessoria e à coordenação, na hierarquia administrativa dos órgãos, com vistas à concepção de programas de governo. Tais características devem decorrer logicamente da descrição de suas atribuições.

Não obstante a utilização de vocábulos indutores dessa conclusão, as atividades descritas para os cargos

impugnados nada têm de assessoramento, direção ou chefia. Revelam-se, antes, tipicamente de execução técnica, operacional ou meramente burocrática. Tampouco demandam relação de confiança com a autoridade superior, para o exercício das atividades ali propostas, por serem definíveis sobretudo como a execução em maior ou menor grau, de programas normativos condicionais, e não finalísticos.

Os cargos intitulados de Assessor enunciam conjunto de atividades rotineiras técnicas ou burocráticas das diversas áreas administrativas. De seus conteúdos, não se infere logicamente atribuição de comando ou direção da administração, vinculadas à necessária relação de confiança. Ao reverso, descrevem tarefas executivas de funções tipicamente organizadas em carreira do serviço público. A mera conjugação da execução de tarefas triviais com suposta direção não supre o requisito constitucional, que exige atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos, no auxílio especializado à tomada de decisões dos chamados programas normativos finalísticos, em que se abrem grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos. Nada disso está presente aí. Preponderam, ao revés, atribuições de supervisão da aplicação de normas de mais variada natureza, ditadas pelo legislador ou pelos regulamentos editados em patamares mais elevados da administração pública e que, portanto, não se encontram à disposição dos servidores mencionados. Ao contrário, sujeitam-se eles aos termos de sua execução”

Antes mesmo do julgamento do referido Tema 1.010 da Repercussão Geral, a jurisprudência do STF já era adotada por esta Corte, conforme aponta o eminente Des. Luiz César Medeiros, no sentido de que “A fim de que essa condição possa sofrer controle de forma objetiva, assentou-se o entendimento de que, salvo ‘aqueles cargos para os quais não se há como questionar, pela natureza, a condição de chefe, diretor ou assessor (o que se dá, por exemplo, com os Secretários de Estado, Procurador-Geral do Estado, Defensor Público Geral e Presidente de Fundação Pública - Tabela I do Anexo II)” (ADI n. 4125, Mina. Cármen Lúcia), ‘é necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração’ (ARE n. 656666, Min. Gilmar Mendes), de modo que ‘a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei’ (RE n. 806436, Min. Luiz Fux)” (TJSC, Órgão Especial, rel. Des. Luiz César Medeiros, ADI n. 8000312-98.2017.8.24.0000, da Capital, j. 20-11-2017).

A par dessa orientação jurisprudencial fundamental, mostra-se necessário ainda pequena digressão genérica sobre o assunto.

Apreciando controvérsia relativa à “Reserva legal para a criação de cargos e reestruturação de órgão”, entendeu o STF, em Recurso Especial n. 577.025/DF julgado sob regime de repercussão geral, que “A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto” (Tema 48 da Repercussão Geral).

Portanto, a criação de cargos e suas atribuições exige lei formal, sendo inconstitucional o decreto que assim o faz, por afronta ao princípio da reserva legal (art. 50, § 2º, inciso II, da CE/89 c/c art. 39, inciso VII, da CE/89).

Ocorrendo criação de cargo por lei sem atribuições ou com atribuições vagas, é “inócuo” o respectivo decreto regulamentador que intenta suprir o vício da lei, sendo que a inconstitucionalidade reside na lei e não no decreto, vedada a delegação legislativa ao decreto. Nesse sentido: TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000351-95.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 03-10-2018). Convém lembrar que, em princípio, somente o decreto autônomo é passível de impugnação por ADI e não o decreto meramente regulamentador (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, ADI 2.950 AgR, j. 06-10-2004; STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, ADI 3.664, j. 01-06-2011).

Por todas essas razões, conclui-se que, essencialmente, “a criação de cargos de provimento em comissão para excepcionar a regra do concurso público somente se legitima quando suas atribuições, que não devem ser meramente burocráticas, técnicas, nem rotineiras, estiverem minuciosamente detalhadas em lei, e delas se possa inferir, com extrema clareza, que são condizentes com o exercício de cargos de direção, chefia e assessoramento que, por serem de livre nomeação e exoneração, exigem vínculo de confiança e lealdade entre o nomeado para ocupar o cargo e a autoridade que o nomeia” (TJSC, Órgão Especial, excerto do voto do rel. Des. Jaime Ramos, ADI n. 8000492-17.2017.8.24.0000, da Capital, j. 06-02-2019).

Nesse norte:

“Destarte, como é cediço, os cargos de provimento em comissão devem estar atrelados, exclusivamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento, as quais exigem vínculo de confiança entre o nomeante e o nomeado para o cargo, no desempenho das atividades que lhe são incumbidas.

Por essa razão, se tem entendido que os cargos em comissão, aos quais são atribuídas funções eminentemente burocráticas, técnicas e rotineiras, refogem à permissão constitucional para a sua criação, porquanto não estão vinculadas às tarefas de direção, chefia e assessoramento.

Nesse passo, este Órgão Especial tem entendimento no sentido de que a lei que cria cargos em comissão deve descrever de forma efetiva as suas respectivas atribuições, a fim de que se possa aferir com certa gama de objetividade as características da direção, chefia e assessoramento, e também permitir a avaliação da existência de vínculo de confiança com a autoridade nomeante” (TJSC, Órgão Especial, excerto do voto da rela. Des. Soraya Nunes Lins, ADI n. 8000298-17.2017.8.24.0000, da Capital, j. 02-05-2018).

Nesse contexto, ressalta-se ser insuficiente para tanto a descrição de atribuições genéricas, vagas e imprecisas, das quais não se permita inferir com clareza a natureza das atividades relacionadas à chefia, direção e assessoramento com liame de confiança e identidade ideológica com o nomeante.

Fixadas as premissas gerais acerca da matéria, passa-se ao exame das normas impugnadas.

2. Criação de cargos em comissão e de funções gratificadas com desempenho de atividades técnicas e burocráticas sem atribuições com caráter de chefia, direção e assessoramento - Inconstitucionalidade por afronta aos arts. 16, caput, e 21, I e IV, da Constituição Estadual (em repetição aos arts. 37, caput, II e V, da CF/88)

Alega o Ministério Público proponente que as normas impugnadas violam os arts. 16, *caput*, e 21, I e IV, da Constituição Estadual, pois criam cargos em comissão e funções gratificadas de “Secretário de Unidade Escolar (SE-01), Secretário de Unidade Escolar (SE-02) e Assessor(a) Educacional (AE)” com “atividades técnicas e/ou burocráticas próprias do serviço público permanente que não se compatibilizam com o vínculo de confiança ou excepcionalidade que justificam o provimento por comissão ou a gratificação de função, pois há necessidade de especial vínculo de confiança entre nomeante e nomeado que não se verifica, pelo que deve haver imperativa observância da regra-geral de investidura no serviço público por meio de aprovação em concurso público, ocorrendo afronta aos artigos 16 e 21, incisos I e IV, da CESC/89 e ao artigo 37, *caput* e incisos II e V, da CF/88”.

Com razão o proponente.

Preceitua a Constituição Estadual:

“Art. 16 - Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

[...]

Art. 21. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, observado o seguinte:

I - a investidura em cargo ou a admissão em emprego da administração pública depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Redação do art. 21 e do inciso I, dada pela EC/38, de 2004).

[...]

IV - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (NR)” (Redação do inciso IV, dada pela EC/38, de 2004).

Com efeito, segundo Tema 1.010 do STF e a fim de que inexistente burla à exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos efetivos no serviço público, a excepcional criação de cargos públicos em comissão impõe o exercício de atividades de direção, chefia ou assessoramento, sendo inadmissível a execução de funções meramente burocráticas, operacionais ou técnicas, bem como é necessário vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o desempenho da atividade de chefia ou assessoramento, possibilitando livre nomeação e exoneração.

No caso vertente, infere-se a realização de atividades técnicas e burocráticas descritas nos cargos de Secretário de Unidade Escolar (realização de matrículas, históricos de alunos, quadros de horários, alimentação dos sistemas administrativos, etc) e Assessor Educacional (compra e distribuição de materiais didáticos, limpeza, atividades relacionadas ao transporte escolar, cadastro de alunos e professores, levantamento de informações atinentes aos programas educacionais, etc).

Outrossim, não se vislumbra relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para exercer os cargos de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional, até porque a descrição das atividades não é hábil a configurar claramente poder de comando inerente aos cargos de direção, nem mesmo denota caráter de assessoria técnica a auxiliar os membros do Poder nomeante a exercerem suas funções.

Oportuno trazer à colação julgados deste Órgão Especial sobre a criação inconstitucional dos cargos de “Secretário de Unidade Escolar” e “Assessor Administrativo”, *mutatis mutandis*:

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE GOVERNADOR CELSO RAMOS. 1) LEI REVOGADA NO CURSO DO FEITO POR NORMA QUE DEU NOVA REDAÇÃO À ESTRUTURA ORGANIZACIONAL. PERDA PARCIAL DO OBJETO. INTERESSE PROCESSUAL QUANTO AOS CARGOS QUE NÃO SOFRERAM MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL. ADITAMENTO DA INICIAL RECEBIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO RECORRIDA. PRECLUSÃO. CONTRADITÓRIO, ADEMAIS, EXERCIDO PELO REQUERIDO. «A edição de lei posterior àquela impugnada na inicial não implica a perda do objeto da ação se não houve revogação pura, que retiraria o regramento impugnado do plano de eficácia e implicaria sim a perda do objeto, e se tampouco houve regulamentação verdadeiramente nova da matéria, com alteração substancial das bases normativas inquinadas inicialmente, do que também decorreria o esvaziamento do interesse processual. Havendo, ao contrário, repetição da lei anterior, com alterações redacionais e terminológicas incapazes de configurar o superveniente desaparecimento do interesse processual, é possível, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte estadual, acolher o aditamento do pedido e, após a reabertura de prazo para as manifestações, julgar o pedido conforme o aditamento, sob pena de se albergar fraude processual caracterizada pela fuga da jurisdição constitucional. (TJSC, Des. Salim Schead dos Santos)». (ADI n. 8000391-77.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, j. 19-6-2019) 2) PROVIMENTO EM COMISSÃO. POSSIBILIDADE APENAS PARA FUNÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO E DESDE QUE NÃO ENVOLVAM ATIVIDADES UNICAMENTE TÉCNICAS OU BUROCRÁTICAS. INOBSERVÂNCIA DESSES REQUISITOS QUANTO AOS CARGOS DE SECRETÁRIO EXECUTIVO DE CONTROLE INTERNO, CHEFE DE DIVISÃO, CHEFE DE DIVISÃO DE LABORATÓRIO E SECRETÁRIO DE UNIDADE ESCOLAR, DE UNIDADE DE CEI E DE ESCOLA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE, NOS PONTOS. MÁCULAS NÃO VERIFICADAS QUANTO AOS DEMAIS. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECLARAÇÃO QUE TERÁ EFEITOS APÓS 180 DIAS CONTAR DE 31-12-2020 (EM FACE DA COVID-19), SEM REPRISTINAÇÃO” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000238-44.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Órgão Especial, j. 17-06-2020).

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ITEM XV DO ANEXO III DA LEI COMPLEMENTAR N. 82/2011, DO MUNICÍPIO DE XAXIM. CARGO COMISSIONADO DE SECRETÁRIO DE ESCOLA. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR N. 37/2007 E ART. 10, DA LEI COMPLEMENTAR N. 51/2009, DO MUNICÍPIO DE XAXIM. CARGO EM COMISSÃO DE ASSESSOR ADMINISTRATIVO. CARGOS COM ATRIBUIÇÕES PREVISTAS EM LEI, MAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA, BUROCRÁTICA E OPERACIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEADO E NOMEANTE. AUSÊNCIA DAS CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS DOS CARGOS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO ART. 21, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional, por ofensa ao art. 21, incisos I e IV, da Constituição Estadual, o item XV do Anexo III da Lei Complementar n. 82/2011, do Município de Xaxim, no que se refere ao cargo comissionado de Secretário de Escola, porque suas

atribuições, descritas no art. 17, da referida Lei, são administrativas, burocráticas e operacionais e não exigem, como ocorre com os cargos de direção, chefia e assessoramento, relação de confiança entre o servidor nomeado e a autoridade nomeante. Por ofensa ao art. 21, incisos I e IV, da Constituição Estadual, são inconstitucionais o Anexo II da Lei Complementar n. 37/2007, e o art. 10, da Lei Complementar n. 51/2009, ambas do Município de Xaxim, no tocante ao cargo comissionado de Assessor Administrativo, porque as atribuições, previstas nos arts. 13, § 3º; 14, § 3º; 16, § 3º; 17, § 3º; 18, § 3º; 19, § 3º; 20, § 3º; e 21, § 3º, e no Anexo II, da Lei Complementar Municipal n. 37/2007, e nos arts. 1º, § 3º, e 11, da Lei Complementar Municipal n. 51/2009, são tipicamente administrativas, burocráticas e de apoio operacional, que não exigem para o seu o exercício nenhum vínculo de confiança entre nomeado e nomeante” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 9184594-02.2013.8.24.0000, da Capital, rel. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 20-06-2018).

Cumpra salientar que as exigências constitucionais para criação de cargos em comissão aplicam-se, também, para a criação de funções de confiança (funções gratificadas), sendo igualmente inadmissível o desempenho de atividades técnicas e burocráticas e sem vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o desempenho da atividade de chefia ou assessoramento.

É da Constituição Estadual, em seu art. 21:

IV - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (NR)” (Redação do inciso IV, dada pela EC/38, de 2004).

Sobre o assunto, é entendimento deste Órgão Especial, com base em jurisprudência do STF, que às funções de confiança aplicam-se os mesmos requisitos da criação dos cargos comissionados estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (Tema 1010):

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 4.108/2018 DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ. INSTITUIÇÃO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS NO ÂMBITO DA CÂMARA DE VEREADORES.

CRIAÇÃO DA FUNÇÃO GRATIFICADA DE GESTOR DE ARQUIVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA CRIAÇÃO DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA (ARTS. 16 E 21, I E IV, CESC).

DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES QUE REVELA A NATUREZA EMINENTEMENTE TÉCNICA, BUROCRÁTICA OU OPERACIONAL. PRESCINDIBILIDADE DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE A AUTORIDADE NOMEANTE E O SERVIDOR NOMEADO. IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ESPÉCIE. RESPALDO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA EM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 1010) E NOS JULGADOS DESTE SODALÍCIO.

PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO

ART. 2º, I, E DO ANEXO ÚNICO DA NORMA MUNICIPAL, NA PARTE EM QUE CRIAM A FUNÇÃO GRATIFICADA DE GESTOR DE ARQUIVO.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO (ART. 17 DA LEI ESTADUAL N. 12.069/2001). EFICÁCIA POSTERGADA EM 180 (CENTO E OITENTA) DIAS A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DESTE JULGADO” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5031428-71.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Torres Marques, Órgão Especial, j. 06-04-2022).

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 16/2005, DO MUNICÍPIO DE MARAVILHA. CRIAÇÃO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA E GRATIFICAÇÃO.

1) REQUISITOS DA CRIAÇÃO DOS CARGOS COMISSIONADOS ESTABELECIDOS PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 1010). INCIDÊNCIA, POR SIMILITUDE, ÀS FUNÇÕES DE CONFIANÇA.

2) CRIAÇÃO DE CARGOS COM ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS E BUROCRÁTICAS. DESNECESSIDADE DE VÍNCULO DE CONFIANÇA COM A AUTORIDADE NOMEANTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 16; 21, I E IV; TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE SANTA CATARINA. INCONSTITUCIONALIDADE PATENTE.

3) GRATIFICAÇÃO REMUNERATÓRIA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A RESPECTIVA CONCESSÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. ART. 23, II E V, DA CESC. INOBSERVÂNCIA A ACARRETER A INVIABILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO ERÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA.

“Há inconstitucionalidade formal e material quando a norma, em razão de caráter excessivamente genérico, dá azo à arbitrariedade administrativa, além de não possuir fundamentos objetivos e isonômicos a justificar a concessão de gratificação a determinadas hipóteses.”. (ADI n. 8000267-94.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, Órgão Especial, j. 20-6-2018). (ADI n. 5014252-45.2021.8.24.0000, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 20.10.2021).

4) MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ART. 17, DA LEI ESTADUAL N. 12.069/2001. EFEITOS PROSPECTIVOS A PARTIR DE SEIS MESES A CONTAR DA DATA DO JULGAMENTO.

PLEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADOS PROCEDENTES COM EFEITOS EX NUNC” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5018968-18.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Gerson Cherem II, Órgão Especial, j. 17-11-2021).

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI). CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. EXERCÍCIO EXCLUSIVO PARA SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EFETIVO. DESIGNAÇÃO QUE SÓ SE JUSTIFICA PARA O DESEMPENHO DE FUNÇÕES TÍPICAS DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO, NÃO SE PRESTANDO AO DESEMPENHO DE ATIVIDADES MERAMENTE OPERACIONAIS. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES A SEREM DESEMPENHADAS NA FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA, POR SIMILITUDE, DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, AO APRECIAR O TEMA N. 1010. VIOLAÇÃO AO ART. 21, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ANEXO I DA LEI N. 715/11 DO MUNICÍPIO DE MORRO GRANDE.

Nos moldes do que estabelece o inciso IV do art. 21 da Constituição Estadual, as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

As atribuições a serem desempenhadas pelo servidor efetivo ocupante da função de confiança devem estar descritas de forma clara e objetiva na lei que a instituiu, a fim de permitir a verificação de sua adequação

constitucional, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o TEMA n. 1010 (RE n. 1041210, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.9.18)” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000016-76.2017.8.24.0000, de Meleiro, rel. Francisco Oliveira Neto, Órgão Especial, j. 20-02-2019).

Por essas razões, impõe-se declarar a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 10/2000 (com redação alterada pela Lei n. 975/2003 e Lei Complementar n. 33/2013) na parte relacionada aos cargos em comissão e funções gratificadas de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional, bem como da Lei Complementar n. 59/2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003 [...]”.

Finalmente, em relação à alegada cumulação de vencimento do cargo em comissão com gratificação pelo exercício da mesma função, tem-se que essa cumulação é inconstitucional por violação ao princípio da moralidade e ao disposto no art. 21, incisos I e IV, da CESC/89, nos termos do Tema 1010 e conforme jurisprudência desta Corte:

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E FUNÇÕES GRATIFICADAS CRIADOS PELA LEI COMPLEMENTAR N. 62/2008 E SUAS ALTERAÇÕES, DO MUNICÍPIO DE SCHROEDER.

PREMISSAS PARA A CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS ESTABELECIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEIO DO TEMA N. 1010 DA REPERCUSSÃO GERAL. FUNÇÕES QUE DEVEM ESTAR RELACIONADAS À DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. NECESSÁRIA RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE A AUTORIDADE E O SERVIDOR. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES, NA LEI, DE FORMA CLARA E OBJETIVA.

De acordo com as premissas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Tema n. 1.010 da repercussão geral, “I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; [...] IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir” (RE n. 1.041.210/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28/9/2018, Dje de 5/12/2018).

[...]

IMPUGNAÇÃO DO ART. 14, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI MUNICIPAL. DISPOSITIVO QUE PREVIU A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO, A SERVIDOR PURAMENTE COMISSIONADO, DE ATÉ 100% (CEM POR CENTO) SOBRE O VENCIMENTO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E AOS ARTS. 16, CAPUT, E 21, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE, POR SUA PRÓPRIA NATUREZA, É ATRELADO A FUNÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE O SERVIDOR EXERCER ATRIBUIÇÕES EXTRAORDINÁRIAS ALÉM DAS JÁ PREVISTAS. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

Haja vista que o cargo de provimento em comissão deve estar atrelado, apenas, ao exercício das funções de direção, chefia e assessoramento, a criação de gratificação em decorrência da prática dessas mesmas tarefas viola os preceitos contidos nos arts. 16, caput, 21, IV, da Constituição Estadual e contraria, especialmente, o princípio da moralidade administrativa.

PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES EM PARTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS, CONTADOS DA PUBLICAÇÃO. EFEITO REPRISTINATÓRIO AFASTADO” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5013017-43.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Órgão Especial, j. 20-04-2022).

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 117/2011, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 209/2019, DO MUNICÍPIO DE ASCURRA. GRATIFICAÇÃO REMUNERATÓRIA DESTINADA A SERVIDORES PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE PERCEBIMENTO DA VERBA POR SERVIDORES EXCLUSIVAMENTE COMISSIONADOS. ATRIBUIÇÕES DO CARGO EM COMISSÃO A SEREM EXAUSTIVAMENTE PREVISTAS NA RESPECTIVA LEI DE CRIAÇÃO (TEMA 1010, STF). INVIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA POR SERVIDOR COMISSIONADO. VIOLAÇÃO DO ART. 21, IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO GRATIFICADA AOS SERVIDORES EFETIVOS.

Fixada a seguinte tese pelo Supremo Tribunal Federal: “d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.” (RE n. 1041210 RG, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27.09.2018). “A concessão de gratificação especial é destinada, exclusivamente, aos cargos de confiança, ocupados apenas por servidores efetivos.” (TJES; ADI n. 100180016469, rel. Des. Willian Silva, j. em 19.07.2018).

PLEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES, COM EFEITOS EX TUNC” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5001839-34.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Gerson Cherem II, Órgão Especial, j. 03-11-2021).

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DO COORDENADOR DO CECCON. PRELIMINAR AFASTADA. LEI N. 3.513/00 DO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ, QUE REDEFINIU A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E O QUADRO DE PESSOAL DA SUPERINTENDÊNCIA DO PORTO DE ITAJAÍ. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS EM DESACORDO OS LIMITES DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL (ART. 21, I E IV DA CESC/89). INCONSTITUCIONALIDADE EM PARTE DA LEI. RECONHECIMENTO, COM EFEITOS A PARTIR DE SEIS MESES APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO PARA O TITULAR DO CARGO COMISSIONADO, ALÉM DO RESPECTIVO VENCIMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 16 DA CESC/89). RECONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA, COM EFEITOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. “Inadmissível acolher-se preliminar de ilegitimidade ativa ‘ad causam’ de membro do Ministério Público de Segundo Grau, designado como Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade, ao qual foi atribuída por delegação do Procurador-Geral de Justiça, com arrimo nas Constituições Federal e Estadual, a função de propor ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI n. 2006.027427-0, Rel. Des. Jorge Mussi, DJ de 19-10-2007) (ADI n. 2009.010882-2, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgado em 16-11-2011) (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.080277-3, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 2-5-2012). Contraria o disposto no artigo 21, I e IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Lei que autorize o provimento em comissão de cargos que não se destinem às atribuições de direção, chefia ou assessoramento, e que não exijam relação de confiança e sintonia ideológica entre o agente nomeante e o servidor nomeado. Considerando-se que a criação do cargo comissionado somente se conforma com os limites da Constituição quando se destinar às atribuições de direção, chefia e assessoramento, a instituição de gratificação pelo exercício dessas mesmas atribuições, que já são remuneradas pelo respectivo vencimento, atenta contra a moralidade administrativa. Nos termos do artigo 17 da Lei n. 12.069/01, “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” (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.045619-8, de Itajaí, rel. Des. Salim Schead dos Santos, Órgão Especial, j. em 20/3/2013, grifou-se).

Todavia, não se vislumbra a existência de permissivo legal para a cumulação de vencimento e gratificação, porque, salvo melhor juízo, a lei não prevê expressamente tal cumulação e nem mesmo existe notícia nos autos sobre eventual “interpretação” da municipalidade nesse sentido.

Não se pode perder de vista que entende a jurisprudência que “A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame ‘in abstracto’ do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado (STF, ADI 2630 AgR, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014).

Acerca da matéria, decidiu este Órgão Especial:

- “A ação direta de inconstitucionalidade não se presta a discutir eventuais ilegalidades na aplicação das normas e tampouco para dirimir hierarquia legislativa. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 0000018-22.2016.8.24.0000, rel. Monteiro Rocha, Órgão Especial, j. 06-03-2019).

- “A propósito, esta Corte já determinou que ‘necessária é a verificação, no caso concreto, do exato cumprimento das normas. Somente analisando a situação específica é que se poderá verificar se o Município está cumprindo a legislação. Se não estiver, o meio adequado para o combate da irregularidade é a ação civil pública e não a ação direta de inconstitucionalidade, em que a análise é feita abstratamente’. (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.046376-0, de Tubarão, rel. Des. Luiz César Medeiros, Órgão Especial, j. 06-10-2010). (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000241-33.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Órgão Especial, j. 20.6.2018)” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000034-97.2017.8.24.0000, de Barra Velha, excerto do voto do rel. Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, j. 21-08-2019).

De qualquer modo, as normas impugnadas são inconstitucionais porque criam cargos em comissão e funções gratificadas para exercício de atividades técnicas e burocráticas, além de serem destituídas da necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para exercer os cargos e funções de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional.

Em decorrência, por ausência de atribuições com caráter de chefia e assessoramento, declara-se a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 10/2000 (com redação alterada pela Lei n. 975/2003 e Lei Complementar n. 33/2013) na parte relacionada aos cargos comissionados e funções gratificadas de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional, bem como da Lei Complementar n. 59/2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003 [...]”.

3. Criação de função gratificada sem descrição das atribuições específicas na lei criadora - Inconstitucionalidade por afronta aos arts. 16, caput, e 21, I e IV, da Constituição Estadual (em repetição aos arts. 37, caput, II e V, da CF/88)

Alega o Ministério Público proponente que as normas impugnadas violam os arts. 16, caput, e 21, I e IV, da Constituição Estadual, pois não descrevem as atribuições da função gratificada de “Diretor” de escola por estas criada e alterada.

Com razão o proponente.

No caso vertente, discute-se a constitucionalidade de normas municipais que criaram função de confiança (função gratificada), porém sem definir as atribuições específicas do referido cargo/função.

A ausência de descrição das atribuições dos cargos em comissão ou das funções gratificadas ofende os arts. 16, *caput*, e art. 21, I e IV, da CE/89, impondo-se a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas em relação à função gratificada de “Diretor” de escola.

De fato, é da jurisprudência que, para fins de afastar a exigência ordinária de acesso a cargo público mediante concurso, “É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração. [com] Caráter de direção, chefia e assessoramento” (STF, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, ARE 656.666 AgR, j. 14-02-2012).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento” (Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66, item 3.3.3).

A definição das atribuições em lei é fator determinante para a criação do cargo público, mormente para indicação das atribuições de cargo de provimento em comissão, a fim de se pode aferir o exercício - ou não - de atividades de assessoramento, chefia ou direção.

Cumprе ressaltar que entende o STF que “É certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei” (STF, RE 1.041.210 RG, excerto do voto do Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2018, Tema 1010 de Repercussão Geral).

Nesse norte, decidiu este Órgão Especial sobre a obrigatoriedade de descrição das atribuições do cargo de Diretor de escola:

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DO MUNICÍPIO DE ITUPORANGA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1010/STF. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES NA LEI RESPECTIVA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR ESSE MOTIVO, DO ANEXO II DA LEI MUNICIPAL N. 2.189/2007 E POSTERIORES ALTERAÇÕES. CARGOS DE DIRETOR DO DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE TRÂNSITO, COORDENADOR MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DA MULHER, IDOSO E CLUBES DE SERVIÇOS,

ASSESSOR ESPECIAL DE GABINETE, ASSESSOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL E IMPRENSA, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE SAÚDE, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE OBRAS, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE URBANISMO, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DO COMÉRCIO, INDÚSTRIA E SERVIÇOS, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE PECUÁRIA E DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE MEIO AMBIENTE. DESCRIÇÃO CLARA, PRECISA E DETALHADA DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES PELA LEI N. 2.114/2006, PELAS LEIS COMPLEMENTARES N. 47/2003 E 11/2006. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. CARGOS EM COMISSÃO DE DIRETOR DO PROCON E CHEFE DE GABINETE DO VICE-PREFEITO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. ANEXO I DA LEI MUNICIPAL N. 1.839/2000, E ALTERAÇÕES POSTERIORES, QUE CRIOU CARGOS DE DIRETOR DE ESCOLA. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DESCRITAS EM LEI. DENOMINAÇÃO DOS CARGOS QUE NÃO AUTORIZA CONCLUIR TRATAREM-SE DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO, NEM AFERIR A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEANTE E NOMEADO. OFENSA AOS ART. 16, CAPUT, E 21, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ART. 37, CAPUT, INCISOS II E V, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA TAMBÉM NESSA PARTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 1.041.210-RG/SP, com repercussão geral (TEMA 1010/STF), reafirmou sua jurisprudência no sentido de que «as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir», sobretudo porque «é certo que do nome do cargo não exsurge o plexo de atribuições correspondentes, as quais podem conter atividades típicas de cargo comissionado e outras meramente técnicas, a depender do que dispuser a lei» (STF - RE n. 1.041.210-RG/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli)» (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000456-72.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 18-09-2019).

- “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. ARTIGOS 54 AO 68 E 73, BEM COMO ANEXOS I E II, DA LEI COMPLEMENTAR 212/2001, DO MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA. CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS DE Assessor (03 cargos), Auditor (01 cargo), Secretário (09 cargos), Diretor (22 cargos), Chefe de Departamento (16 cargos), Diretor Escolar III (04 cargos), Encarregado de Seção (36 cargos), Diretor Escolar II (05 cargos), Responsável de Setor (36 cargos), Diretor Escolar I (16 cargos), Diretor Adjunto (04 cargos), Controlador de Divisão (13 cargos) e Supervisor (02 vagas). AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO POR DECRETO DO PODER EXECUTIVO. QUESTÃO JÁ DECIDIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TEMA 1010. PROCEDÊNCIA COM MODULAÇÃO” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000400-39.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Cláudio Barreto Dutra, Órgão Especial, j. 21-08-2019).

No tocante à alegação do Prefeito do Município de Paulo Lopes de que as atribuições da função de Diretor estão descritas na Lei n. 855, de 31 de março de 2000, esta desmerece acolhimento, pois é exigência prevista no Tema 1010 do STF que “as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria”.

Nesse sentido, decidiu este Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI COMPLEMENTAR N. 140, DE 12.8.2020, DO MUNICÍPIO DE PENHA. INSTITUIÇÃO DE GRATIFICAÇÃO POR FUNÇÃO ESPECIAL (COMPOSIÇÃO DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO) A SER PAGA A SERVIDOR PÚBLICO

“EFETIVO O UNÃO”. ATRIBUIÇÕES DE CARGO COMISSIONADO QUE, NECESSARIAMENTE, DEVERÃO ESTAR PREVISTAS NA LEI QUE O CRIOU. TEMA 1010 DA REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DA INSTITUIÇÃO DE NOVA ATRIBUIÇÃO COM O PROPÓSITO DE AUTORIZAR O PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO. ARTS. 16, “CAPUT”, E 21, INCISOS I E IV, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL, COM EFEITOS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO” (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5025858-36.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jânio Machado, Órgão Especial, j. 16-11-2022).

Além disso, muito bem salientou o ilustre Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão que “A respeito da alegação da municipalidade, no sentido da existência de descrição das atribuições do cargo, é preciso esclarecer que a Lei n. 855/2000 detalhava, de fato, as funções do cargo de ‘Diretor de Unidade Escolar Municipal CC/01’, porém, foi revogada expressamente pela Lei n. 1.916/2021, que, além de não indicar as atribuições de qualquer cargo de Diretor, dispõe que “o cargo ou função de Diretor Escolar da Rede Municipal de Ensino de Paulo Lopes será de livre nomeação e exoneração do Poder Executivo [...]” (artigo 2º)”.

Em decorrência, por ausência de descrição das atribuições da função gratificada de “Diretor” de escola nas normas municipais atacadas, declara-se a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 10/2000 (com redação alterada pela Lei n. 975/2003 e Lei Complementar n. 33/2013) na parte relacionada à função gratificada de “Diretor” de escola.

4. Efeitos repristinatórios

Acolhida a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas, afastam-se os efeitos repristinatórios de eventuais leis municipais anteriores à Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000, do Município de Paulo Lopes que disponham sobre os mesmos cargos de provimento em comissão (ou funções gratificadas) questionados nesta ação direta de inconstitucionalidade (nesse sentido: TJSC, Órgão Especial, rel. Des. Jaime Ramos, ADI n. 8000492-17.2017.8.24.0000, da Capital, j. 06-02-2019).

5. Modulação dos efeitos

Por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social (art. 17 da Lei n. 12.069/2001), procede-se à modulação dos efeitos, a fim de que a presente declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 180 (cento e oitenta) dias da publicação deste acórdão, de modo a prestigiar a continuidade do serviço público e evitar a paralisação das atividades.

6. Resultado de julgamento

Assim, em virtude de violação aos arts. 16, caput, e 21, I e IV, da CE/89 (por ausência de atribuições com caráter de chefia e assessoramento em relação aos cargos comissionados e funções gratificadas de Secretário de Unidade Escolar e Assessor Educacional e por ausência de descrição das atribuições da função gratificada de “Diretor” de escola), julgo procedente o pedido para declarar

a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000 (com redação alterada pela Lei n. 975, de 07 de abril de 2003, e Lei Complementar n. 33, de 09 de agosto de 2013), bem como da Lei Complementar n. 59, de 24 de outubro de 2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003 [...]”, todas do Município de Paulo Lopes, com efeitos ex nunc após o decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação deste acórdão. Registra-se que o referido Anexo V atacado trata exclusivamente da criação dos cargos e funções mencionados na inicial, pelo que é ora declarada sua integral inconstitucionalidade. Afastam-se os efeitos repristinatórios.

7. Dispositivo

Em decorrência, voto no sentido de julgar procedente o pedido para, com efeitos ex nunc após o decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação deste acórdão, declarar a inconstitucionalidade do Anexo V da Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000 (com redação alterada pela Lei n. 975, de 07 de abril de 2003, e Lei Complementar n. 33, de 09 de agosto de 2013), bem como da Lei Complementar n. 59, de 24 de outubro de 2019, que “Altera a Lei n. 975 de 07 de abril de 2003 [...]”, todas do Município de Paulo Lopes. Afastam-se os efeitos repristinatórios de eventuais leis municipais anteriores à Lei Complementar n. 10, de 31 de março de 2000, do Município de Paulo Lopes que disponham sobre os mesmos cargos de provimento em comissão (ou funções gratificadas) questionados nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Documento eletrônico assinado por **MONTEIRO ROCHA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2892273v108** e do código CRC **d81dfa84**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MONTEIRO ROCHA

Data e Hora: 8/12/2022, às 13:38:2

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 5011469-46.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MARCOS FEY PROBST

SUSCITANTE: MAYRA WOLFF DISCHER

EMENTA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PRETENDIDA FIXAÇÃO DA TESE DE EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL PRESUMIDO, NAS HIPÓTESES DE DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DECORRENTES DE RELAÇÃO JURÍDICA DITA INEXISTENTE (ALEGAÇÃO DE FATO NEGATIVO). AUSÊNCIA DE INVESTIDA JURÍDICA QUANTO À EXTENSÃO DO CONTRATO BANCÁRIO. EXPRESSIVO VOLUME DE QUESTÕES IDÊNTICAS À PRESENTE, BEM ASSIM DE ENTENDIMENTOS DÍSPARES, NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ACERCA DA NATUREZA *IN RE IPSA* DO DANO EXTRAPATROMONIAL. POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DO INCIDENTE PERANTE O GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. SUSPENSÃO DOS FEITOS PENDENTES DE JULGAMENTO QUE, NO ENTANTO, NÃO SE REVELA ADEQUADA, FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, DA ECONOMIA E DA INTELIGÊNCIA PROCESSUAL, ESPECIALMENTE EM RELAÇÃO AOS PROCESSOS QUE TRAMITAM NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INCIDENTE ADMITIDO.

ACÓRDÃO

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, determinar a não suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado e que tratem de idêntica questão jurídica, na forma da fundamentação. Comunique-se a Presidência deste Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça, com cópia da presente decisão, para fins de cumprimento do art. 979, § 1º do Código de Processo Civil, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Enquanto aguarda o julgamento da apelação interposta em face da sentença de improcedência nos autos da *ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais n.º 5004245-73.2020.8.24.0082*, a autora Mayra Wolff Discher suscitou o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ao argumento de que, no âmbito deste Tribunal de Justiça, há entendimentos antagônicos quanto à ocorrência (ou não) de dano moral presumido nas hipóteses de desconto indevido em benefício previdenciário.

Em favor de sua tese, assevera que o dano é *in re ipsa*, pois: a) trata-se de verba alimentar; b) a relação jurídica decorrente do empréstimo é inexistente; c) a multiplicidade de demandas idênticas autoriza o reconhecimento do dano moral pedagógico, sobretudo para evitar a reiteração da conduta impugnada.

Ao final, pretende: a) a suspensão do feito originário, bem assim de todas ações que versem sobre objeto idêntico; e b) a consolidação da tese jurídica de que há dano moral presumido no desconto indevido em benefício previdenciário.

O incidente foi inicialmente distribuído ao Des. Carlos Roberto da Silva, que em fundamentado e valoroso voto, manifestou-se no sentido de “*não conhecer do presente incidente de resolução de demandas repetitivas e determinar a redistribuição dos autos ao Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, conforme fundamentação*”.

Na sessão de 13/7/2022 do Grupo de Câmaras de Direito Público, usei divergir do eminente Relator, expondo as razões que me levavam a compreender pela possibilidade e necessidade da admissão do IRDR, tal como postulado pela parte apelante.

Após ampla deliberação, o Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria, admitir o IRDR com delimitação para ações de competência exclusiva das Câmaras de Direito Civil, vencidos os Desembargadores Carlos Roberto da Silva (relator originário), Raulino Jacó Bruning e Álvaro Luiz Pereira de Andrade e o Juiz Márcio Rocha Cardoso.

Na sequência, vieram os autos conclusos, na qualidade de relator designado.

É o relatório.

VOTO

1. No exercício da admissibilidade, destaco que, ao trazer a proposta de voto, o eminente Relator originário entendeu que a tese jurídica teria aplicabilidade sobre mais de uma área de especialização deste Tribunal (Grupo de Câmaras de Direito Civil e Grupo de Câmaras de Direito Comercial), diante do que declinou a competência ao Órgão Especial, com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TJSC.

Ao deliberar sobre o tema, este Colegiado, na sessão do dia 13/7/2022, admitiu o processamento do IRDR, com delimitação para ações de competência exclusiva das Câmaras de Direito Civil, certificada nos seguintes termos:

APÓS O VOTO DO DESEMBARGADOR CARLOS ROBERTO DA SILVA NO SENTIDO DE NÃO CONHECER DO PRESENTE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DETERMINAR A REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONFORME FUNDAMENTAÇÃO, DA DIVERGÊNCIA INAUGURADA PELO DESEMBARGADOR MARCOS FEY PROBST, OS VOTOS DO ACOMPANHANDO O RELATOR E OS VOTOS DO DESEMBARGADOR OSMAR NUNES JÚNIOR, DO DESEMBARGADOR FLAVIO ANDRE PAZ DE BRUM, DO DESEMBARGADOR SILVIO DAGOBERTO ORSATTO, DO DESEMBARGADOR EDIR JOSIAS SILVEIRA BECK, DO DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS, DO DESEMBARGADOR FERNANDO CARIONI, DO DESEMBARGADOR RICARDO FONTES, DA DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, DO DESEMBARGADOR SÉRGIO IZIDORO HEIL, DO DESEMBARGADOR SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA, DO DESEMBARGADOR SAUL STEIL, DO DESEMBARGADOR VOLNEI CELSO TOMAZINI, DA DESEMBARGADORA CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA, DO DESEMBARGADOR ANDRÉ CARVALHO, DO DESEMBARGADOR ANDRÉ LUIZ DACOL, DA DESEMBARGADORA ROSANE PORTELLA WOLFF, DO DESEMBARGADOR HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS, DO DESEMBARGADOR JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO E DA DESEMBARGADORA HAIDÉE DENISE GRIN ACOMPANHANDO A DIVERGÊNCIA, O GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL DECIDIU, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, ADMITIR O IRDR COM DELIMITAÇÃO PARA AÇÕES DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. O EXMO. DESEMBARGADOR MARCOS FEY PROBST, RELATOR DESIGNADO, APRESENTARÁ PROPOSTA DE TESE PARA ANÁLISE E APROVAÇÃO EM SESSÃO DE JULGAMENTO FUTURA A SER REALIZADA POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR. O EXMO. DESEMBARGADOR CARLOS ROBERTO DA SILVA FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO.

No particular, entendo adequado realizar algumas considerações.

Ainda que o reconhecimento (ou não) de dano moral indenizável, na tese que se pretende firmar, efetivamente possa ter aplicabilidade sobre mais de uma competência especializada neste Tribunal, o fato é que, na esfera de competência do presente Colegiado, a discussão guarda respeito exclusivamente com alegação de fato negativo (e não com a extensão do contrato bancário).

Destaco que nos termos do anexo IV, inc. I, alínea “a”, do Regimento Interno do TJSC, a competência para julgar os feitos envolvendo a extensão dos “*contratos bancários*” é das Câmaras de Direito Comercial. Por outro lado, conforme o anexo III do Regimento Interno do TJSC, é das Câmaras de Direito Civil a competência para matérias relativas ao Direito do Consumidor, à responsabilidade do fornecedor e à respectiva indenização por dano moral.

Para dirimir qualquer discussão sobre a competência no tocante às demandas que envolvem desconto da reserva de margem consignável (RMC), a Câmara de Recursos Delegados estabeleceu:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM FACE DA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO, EM RAZÃO DO SUPOSTO INADIMPLEMENTO DE PARCELA DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO FIRMADO ENTRE AS PARTES. DÍVIDA QUITADA. AUSÊNCIA DE INCURSÃO EM QUESTÕES AFETAS A DIREITO BANCÁRIO, EMPRESARIAL OU FALIMENTAR. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA TÃO SOMENTE À OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA RÉ. MATÉRIA TIPICAMENTE CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS 41/2000 E 57/2002. CONFLITO REJEITADO. Compete às Câmaras de Direito Civil a análise e julgamento dos feitos relacionados à responsabilidade civil decorrente de atos ilícitos, ainda que figure no polo passivo da demanda instituição bancária ou financeira. (TJSC, Conflito de competência n. 0001566-48.2017.8.24.0000, de Araranguá, rel. 2º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 15-06-2018).

Conseqüentemente, significa dizer que perante o Grupo de Câmaras de Direito Civil admite-se o processamento do presente IRDR, sobretudo porque o dano moral dito presumido decorre de alegação de fato negativo (ausência da contratação), sem qualquer investida jurídica quanto à extensão do contrato bancário.

Assim, importante deixar clara a delimitação da tese discutida no presente incidente processual. Pelas razões do pedido inaugural, delimitado pela competência das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça, tenho por adequado fixar a seguinte controvérsia jurídica em sede de IRDR: *É (não é) presumido o dano moral quando há o desconto indevido em benefício previdenciário decorrente da inexistência da efetiva contratação do empréstimo consignado (fato negativo)*. Penso que o tema, como assim delineado, torna a controvérsia clara, objetiva e determinada, passível de ser facilmente compreendida pela comunidade jurídica para fins de fixação de uma futura tese.

Por fim, anoto que se trata de importante oportunidade dada a este Colegiado, a exemplo do que reiteradamente ocorre com o Grupo de Câmaras de Direito Público (v.g., autos nº 5012330-66.2021.8.24.0000 e nº 5046684-54.2020.8.24.0000), para firmar tese que beneficiará o julgamento de expressivo volume de ações que têm como causa de pedir o desconto indevido procedido por instituição financeira em benefício previdenciário recebido pelo consumidor junto ao INSS, a título de reserva de margem consignável (RMC), sem que tenha havido contratação por parte do beneficiário/consumidor.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 deu especial relevância ao postulado da segurança jurídica, inserindo expresso comando normativo no sentido de que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*” (art. 926 do CPC). Daí a relevância de instrumentos processuais como os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência e os julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, sem prejuízo das súmulas vinculantes e do próprio controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre o tema, oportunas as considerações de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Trata-se de uma das mais importantes e benfazejas inovações do CPC atual. (...) Com o incidente de resolução de demandas repetitivas, cria-se um mecanismo assemelhado, mas de extensão muito maior, que abrange as causas que correm nas instâncias ordinárias. A finalidade do instituto é assegurar um julgamento único da questão jurídica que seja objeto de demandas repetitivas, com eficácia vinculante sobre os processos em curso. Pressupõe-se, portanto, múltiplas demandas envolvendo a mesma questão de direito. O novo incidente vem tornar mais efetivos os princípios da isonomia e da segurança jurídica, assegurando um julgamento uniforme da questão jurídica que é objeto de processos distintos. (Curso de Direito Processual Civil. vol. 3. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 276)

Portanto, tenho como preenchidos os requisitos estabelecidos pelo art. 976 do Código de Processo Civil, posto que o tema possui entendimentos díspares nas Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça (como adequadamente exposto no voto do eminente Relator originário, Des. Carlos Roberto da Silva) e tem expressiva relevância social, frente ao grande volume de processos em curso no Poder Judiciário tratando de idêntica matéria, a exigir tratamento uniforme em prol da isonomia e da segurança jurídica

2. Superada a admissibilidade do IRDR, é caso de analisar a viabilidade de suspensão dos processos pendentes de julgamento no âmbito do Poder Judiciário catarinense, nos moldes do estabelecido pelo art. 982, inc. I, do Código de Processo Civil.

Na espécie, a controvérsia que inaugura o incidente processual diz respeito “à *necessidade de comprovar abalo anímico quando há desconto indevido realizado no benefício previdenciário ou se o dano moral, nestes casos, é presumido*”, tal como postulado na petição inicial. Nas razões estampadas no juízo de admissibilidade, delimito a controvérsia, para fins do presente IRDR, da seguinte maneira: *É (não é) presumido o dano moral quando há o desconto indevido em benefício previdenciário decorrente da inexistência da efetiva contratação do empréstimo consignado (fato negativo)*.

Em suma, trata-se de definir se é necessário comprovar o abalo anímico para a caracterização do dano moral nos processos cuja lide verse sobre a realização de descontos indevidos nos proventos de aposentadoria percebidos pelo consumidor perante o INSS, quando inexistente relação jurídica contratual válida entre o autor da ação e a instituição financeira responsável pelos referidos descontos.

Contudo, ainda que se trate de tema com grande volume de processos no âmbito do Poder Judiciário catarinense (somente sob minha relatoria, são 112 recursos de apelação sobre a matéria), parece-me mais adequado, sobretudo com vistas à Magistratura de primeiro grau, não concretizar a suspensão dos processos pendentes de julgamento.

Digo isso porque, especialmente no Juízo singular, em regra, não há distribuição de competência similar ao regrado no âmbito deste Tribunal de Justiça em relação aos processos que tratam da reserva de margem consignável (RMC), especialmente no que diz respeito aos descontos decorrentes (i) de contrato bancário ou (ii) de alegação de fato negativo.

Em outros termos, tanto aquele feito tratando de incursão jurídica do contrato bancário, como o que diz respeito à impugnação da existência da relação jurídica de fundo, acabam por tramitar na mesma Vara.

Desse modo, inegável que suspender apenas os processos relativos à alegação de fato negativo, por si só, ensejaria tumulto ao trâmite de cada uma das Varas do Poder Judiciário catarinense, situação que parece contrária à intenção de economia, celeridade e inteligência processual inerente ao incidente do IRDR (vale dizer: o que se pretende é o julgamento de múltiplas pretensões idênticas, por intermédio de entendimento adotado em precedente; e não impor aos Magistrados desnecessário ônus em suas respectivas unidades de competência).

Por fim, nesse cenário, registro que a ausência de suspensão em nada prejudicará a uniformização do tema no âmbito do Poder Judiciário catarinense, principalmente pela brevidade do procedimento, em nada afetando os postulados do art. 926 do Código de Processo Civil.

3. Pelo exposto, voto por dar provimento à admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), pois preenchidos os requisitos estabelecidos pelo art. 976 do Código de Processo Civil, deixando, contudo, de determinar a suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado e que tratem de idêntica questão jurídica, na forma da fundamentação. Comunique-se a Presidência deste Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça, com cópia da presente decisão, para fins de cumprimento do art. 979, § 1º do Código de Processo Civil.

Documento eletrônico assinado por **MARCOS FEY PROBST, Relator do Acórdão**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2601899v33** e do código CRC **bb661102**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARCOS FEY PROBST

Data e Hora: 15/8/2022, às 9:51:54

AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 4013276-76.2018.8.24.0900/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SELSO DE OLIVEIRA

AUTOR: MARILENA REDIVO

RÉU: BOLSA TAXI AEREO LOGISTICA E ADMINISTRACAO LTDA

RÉU: SILVIO ASSIS DE SOUZA

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO QUE JULGOU RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EM FACE DA DECISÃO QUE, EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO MONITÓRIA, HOMOLOGOU A ARREMATACÃO DO BEM PENHORADO E EXTINGUIU A EXECUÇÃO. PLEITO RESCISÓRIO FUNDADO NA OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 966, INCISO, V, DO CPC.

PRELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. DEFEITOS ELENCADOS NO ARTIGO 330, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO VERIFICADOS. PEDIDOS INTELIGÍVEIS E CONGRUENTES ENTRE SI, DECORRENTES DA NARRATIVA LÓGICA DOS FATOS. PREFACIAL AFASTADA.

JULGAMENTO ANTECIPADO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. ADEMAIS, AÇÃO RESCISÓRIA FULCRADA EM SUPOSTA OFENSA À NORMA JURÍDICA QUE INVIABILIZA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

MÉRITO. TESE DE QUE A EMPRESA ORA RÉ (AUTORA DA AÇÃO MONITÓRIA ORIGINÁRIA E EXEQUENTE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA) ERA PARTE ILEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO ATIVO, E, POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, NÃO SE SUJEITA À PRECLUSÃO, COMO CONSIDEROU O ACÓRDÃO IMPUGNADO. ALEGADA VIOLAÇÃO A DIVERSOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DO CÓDIGO CIVIL, DA LEI Nº 4.591/1964, DA LEI Nº 6.015/73 E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSUBSISTÊNCIA. CONCLUSÃO DO ARESTO PELA OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA, AO TRATAR DA ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*, QUE NÃO VIOLA NORMA JURÍDICA. LEGITIMIDADE QUE JÁ HAVIA SIDO ASSENTADA ANTERIORMENTE POR ESTE TRIBUNAL. DECISÃO ESCORREITA E DE ACORDO COM PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

REAFIRMADA A REMIÇÃO DA EXECUÇÃO, E ALEGADO ERRO NOS CÁLCULOS DO PERITO JUDICIAL. AUTORA QUE NÃO APONTOU, PRECISAMENTE, QUAL NORMA JURÍDICA O ARESTO RESCINDENDO TERIA VIOLADO AO AFASTAR A ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAR POSSÍVEL OFENSA EXISTENTE. VÍCIO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IMPUTADO À SENTENÇA, E NÃO AO ACÓRDÃO RESCINDENDO. ADEMAIS, ERRO DE CÁLCULO PASSÍVEL DE CORREÇÃO A TEOR DO ARTIGO 494, I, DO CPC, QUE, ALÉM DE MANIFESTO, CONSISTE EM MERO ERRO ARITMÉTICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ERRO QUANTO A CRITÉRIO OU ELEMENTOS DO CÁLCULO QUE NÃO PODEM SER ASSIM CONSIDERADOS.

MANIFESTO INTUITO DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA COLOCADA ANTERIORMENTE EM

JUÍZO, E JÁ DECIDIDA. INVIABILIDADE, PELA VIA DA RESCISÓRIA, POR NÃO SER SUCEDÊNEO RECURSAL. PRECEDENTES.

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA AUTORA NO ÔNUS SUCUMBENCIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DESSA VERBA ANTE A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA.

ACÓRDÃO

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, jogar improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, suspensa a exigibilidade dessas verba em razão do benefício da justiça gratuita concedido, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de setembro de 2022.

RELATÓRIO

Marilena Redivo ajuizou a presente *ação rescisória* com pedido de antecipação da tutela contra Bolsa Mudanças e Transportes Ltda. (Bolsa Imobiliária), com fulcro no artigo 966, V, do CPC/2015, visando rescindir o acórdão proferido na apelação cível nº 2011.102476-8 (0001126-96.1998.8.24.0039) interposta contra a decisão que, em cumprimento de sentença de ação monitória, homologou a arrematação do bem penhorado e extinguiu a execução, do qual foi relator o ilustre desembargador Gerson Cherem II, integrando a Primeira Câmara de Direito Civil, com trânsito em julgado em 14/11/2017, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECURSO DA EXECUTADA. 1. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA: 1.1. ILEGITIMIDADE ATIVA. TESE ADREDE ANALISADA PELO JUÍZO SINGULAR NA AÇÃO MONITÓRIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO MANIFESTA. Lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: “A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretende exercitar no processo (preclusão lógica).” 1.2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA COMPROMISSÁRIA COMPRADORA NA COBRANÇA DAS TAXAS CONDOMINIAIS. EXERCÍCIO PLENO DA POSSE, COM LOCAÇÃO DA SALA COMERCIAL A TERCEIRO. “O promitente-vendedor não responde pelos encargos condominiais devidos após a alienação do imóvel feita por meio de promessa de compra e venda em caráter irrevogável e irretratável, mesmo que, apesar de transferida a posse, não tenha sido alterado o registro do imóvel. (REsp 655267/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 21-3-2005).” (AC n. 2005.006679-7, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 29.05.2007). 1.3. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL POR EXISTIR

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IRRELEVÂNCIA. ESCOLHA DO PROCEDIMENTO QUE SE REVELA COMO FACULDADE DO CREDOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO DEVEDOR EM FACE DA AMPLITUDE DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. “Embora disponha de título executivo extrajudicial, o credor tem a faculdade de levar a lide ao conhecimento do Judiciário da forma que lhe aprouver, desde que a escolha por um ou por outro meio processual não venha a prejudicar do direito de defesa do devedor. Não é vedado pelo ordenamento jurídico o ajuizamento de Ação Monitória por quem dispõe de título executivo extrajudicial.” (AgRg no AREsp n. 148.484, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 15.05.2012).

2. PRELIMINARES E PREJUDICIAIS DE MÉRITO: 2.1. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DE PRAZO DECENAL. EXEGESE DO ART. 205, DO CC. INOCORRÊNCIA. PROEMIAL AFASTADA. “Inexistente prazo prescricional específico no Código Civil ou na legislação esparsa para a cobrança de taxa condominial, tal faculdade submete-se à prescrição geral de 10 (dez) anos, consoante o art. 205 do Código Civil de 2002, de maneira que incorrente na espécie.” (AC n. 2014.048187-0, rel. Des. Henry Petry Junior, 07.08.2014).

2.2. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. JUÍZO QUE INDICA, DE MODO CONCISO, OS MOTIVOS DE SUA DECISÃO. PRELIMINAR RECHAÇADA. 2.3. NULIDADE DE DECISÕES PRETÉRITAS POIS FUNDAMENTAÇÕES ESTARIAM EMBASADAS NA TROCA DE PROCURADORES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO MANIFESTA. TESE REPELIDA. 2.4. NULIDADE DE INTIMAÇÕES VIA TELEFONE. INOBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 236, § 1º E 237, DO CPC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECLAMO DESPROVIDO NO PONTO. “[...] a declaração de nulidade de atos processuais depende da demonstração do efetivo prejuízo, nos termos do princípio da ‘pas de nullité sans grief’” (AgRg no AREsp n. 526360, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19.08.2014). 2.5. NULIDADE DA PRAÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEVEDORA. DESNECESSIDADE. INTIMAÇÃO DA HASTA PÚBLICA PROCEDIDA NA PESSOA DO PROCURADOR DA EXECUTADA DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO NOS AUTOS. TESE REPELIDA. “A disposição legal contida no art. 687, § 5º, do CPC é inequívoca e não dá margem a qualquer outra interpretação senão a de que basta a intimação, por meio do procurador constituído da parte, para satisfazer a prévia cientificação acerca da alienação judicial, não havendo necessidade de cientificação pessoal do devedor.” (AC n. 2008.076166-9, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 05.08.2010).

3. MÉRITO: 3.1. REMIÇÃO DA DÍVIDA NÃO PERFECTIBILIZADA. VALOR CONSIGNADO INFERIOR AO TOTAL DO DÉBITO. ARREMATACÃO PERFEITA E ACABADA. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO NO PONTO. “1. Nos termos dos arts. 693 e 694 do Código de Processo Civil, a arrematação só se vê perfeita e acabada depois de assinado o auto pelo juiz. 2. O direito de remição da execução pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação. Precedentes: RMS 31.914/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 21.10.2010, DJe10/11/2010; REsp 944.451/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6.12.2007, DJ 18.12.2007. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 958769, rel. Min. Humberto Martins, j. em 01.03.2012). 3.2. MULTA DO ART. 475-J E AVALIAÇÃO POR PREÇO VIL. ALEGAÇÕES MANIFESTAMENTE PRECLUSAS. RECLAMO NÃO CONHECIDO NOS TÓPICOS. 3.3. COMISSÃO DO LEILOEIRO. ENCARGO DO PAGAMENTO AO ARREMATANTE. DITAMES DO ART. 705, IV, DO CPC. ÔNUS SUPOSTADO INDEVIDAMENTE PELA EXECUTADA. RESSARCIMENTO DEVIDO. RECLAMO ACOLHIDO NO PONTO. 3.4. JUSTIÇA GRATUITA. TENCIONADO DEFERIMENTO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM PRIMEIRO GRAU E NÃO REVOGADO NA SENTENÇA. APELO NÃO CONHECIDO NO TÓPICO. RECONHECIMENTO DA SUSPENSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS NA EXECUÇÃO. 4. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA EXECUTADA SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESES DO ART. 17, DO CPC, INDEMONSTRADAS. TESE REJEITADA. 5. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA EXEQUENTE. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 21, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANTENÇA DA CONDENAÇÃO. SUSTAÇÃO DA EXIGIBILIDADE EM VIRTUDE DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.102476-8, de Lages, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 25-06-2015).

A ora autora opôs embargos de declaração, que foram assim julgados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA EXAMINADA NO ARESTO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 535, DO CPC. RECLAMO INTERPOSTO COM NÍTIDO PROPÓSITO DE REDISCUTIR AS MATÉRIAS CONTRÁRIAS AOS INTERESSES DA RECORRENTE. EMBARGOS MANIFESTAMENTE PROCRASTINATÓRIOS. APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. RECURSO REJEITADO. “1. Multa do artigo 538 do CPC. Correta a aplicação da sanção processual quando a oposição dos embargos de declaração tem intuito meramente protelatório. Aclaratório que não ostenta notório propósito de prequestionamento. Inaplicabilidade da Súmula 98/STJ. (...)’ (STJ, AgRg no REsp 1256530 / SC, Relator Ministro Marco Buzzi).” (EDecl em Ag. Reg. em RE em AC n. 2011.068385-3/0003.2, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 24.06.2013). (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2011.102476-8, de Lages, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 22-10-2015).

Ainda, interpôs a ora autora Recurso Especial (AREsp 1057087), ao qual foi dado parcial provimento apenas para afastar a multa prevista no artigo 538 do CPC/73.

Na petição inicial desta rescisória (**evento 1, INIC2**) foram relatados os seguintes fatos, *litteris* (p. 1-3):

A autora “Bolsa Imobiliária” propôs ação monitória (processo de origem nº 039.98.001126-2) objetivando o pagamento de cotas condominiais pela requerida Marilena Redivo. Anexou planilha, com valores principais, multa juros e correção monetária, dizendo-se detentora da cobrança das referidas cotas. (fls 03 a 10).

Anexou a ata de nº 14 como “prova da cessão de direitos”. (Fls. 27/28/29).

Afirmou que os valores reclamados haviam sido cedidos pelo Condomínio e Ed. Gemini.

A executada apresentou impugnação, sendo que a irresignação se deu apenas face a cobrança de uma associação, que sequer existia no mundo do direito.

O Juiz a quo reconheceu como prova legítima a ata de nº 14, como fundamento para sua decisão interlocutória. (fls. 161/164). Após este ato a empresa Bolsa imobiliária não se conformando com a decisão, apelou.

Na apelação da Bolsa Imobiliária fols. 171/175, além da irresignação à decisão interlocutória, pediu a condenação da requerida aos ônus sucumbenciais. Acontece que a requerida naquele processo, havia efetuado o pedido de Justiça gratuita, (pedido não está mais nos autos), mas se nos reportarmos às fls. 110; 118; 119 e 121; verificar-se-á a concessão da justiça gratuita.

Ao apelo fora parcialmente reformado somente para o pedido da exequente em relação ao ônus da sucumbência. (não foi verificado a concessão da justiça gratuita à apelada/executada).

Após o início da fase de cumprimento de sentença (fl. 225 do processo de origem), foi penhorado a sala 32, do Edifício condomínio Gemini. (penhora fls. 243).

A executada, apesar da negatória do exequente no parcelamento da dívida, efetuou o pagamento de cinco parcelas no valor respectivamente de dois mil reais.

Dias antes da efetivação do leilão, conseguiu empréstimo e quitou os 50% que restavam para adimplir a dívida. (fls. 446).

Efetuiu mais dois pagamentos, um na ordem de R\$ 1.676,95, sendo que após, foi exigido mais um pagamento de R\$ 867,31, segundo a chefe de cartório esse valor de R\$ 867,31 seria referente a taxa de leilão? (fls. 463 e seguinte). Em 04 de agosto de 2011.

Mesmo diante do pagamento e da notícia de que havia adimplido o pagamento exigido, a chefe de cartório autorizou o leilão, ali mesmo no saguão.

Realizado o leilão na data de 04 de agosto de 2011.

A exequente retira o processo em carga e fica com o mesmo até o dia 09/08/11 em carga (fls. 469), peticionando mais o valor do 475-J.

O Juiz dá o prazo de 48 hs para o adimplemento de mais essa multa. A essa altura, a executada/desesperada, não sabia a quem mais recorrer para pedir empréstimo, pois a cada envio à contadoria os valores aumentavam exponencialmente.

Acontece que o contador do juízo, contrariou o ditame dos autos, do qual dissertaremos mais abaixo, DOS ERROS DE CÁLCULO, demonstrando os erros crassos cometidos.

Às fls. 477 a executada impugnou a decisão do juiz a quo e apresentou cálculos do expert em perícias, demonstrando que mesmo pagando a multa do 475J, e os honorários indevidos, mesmo assim haveria créditos a receber (fls. 479/480).

Nas Folhas 495, o juiz homologa a arrematação a Silvio Assis de Souza, sem fundamentar sua decisão, contrariando ditames do CPC, princípio da menor gravosidade ao executado.

Entretanto, a executada Marilena Redivo no processo de origem, inconformada com a decisão, apelou ao STJ/SC, ato contínuo, entrou com recurso especial. O TJSC negou seguimento ao recurso, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento.

O referido acórdão pode e deve ser rescindido nos termos do inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil, porque violou manifestadamente a norma jurídica, em especial, as condições para a ação, em desconformidade com a Lei infraconstitucional lei nº 5.869/73, Código de Processo Civil, como Código Civil Lei 10.406, com a Constituição Federal, com a Lei 6.015/73, Lei dos Registros Públicos e com a Lei 4.591/64.

Assim, a autora desta rescisória sustenta, em síntese, que pretende rescindir o acórdão “visando o reconhecimento da ilegitimidade ativa, afastando assim o Acórdão que considerou a preclusão consumativa, perante a ilegitimidade da parte ré da presente rescisória”, e também “rescindir o leilão do imóvel, pois, vários erros foram cometidos nos cálculos do perito judicial. Por erro material, fez com que a sala fosse a leilão, mesmo após efetivado o pagamento” (p. 7).

Propugnou “seja concedido liminarmente, a antecipação de tutela, para que sejam suspensos os efeitos do leilão judicial, impossibilitando a entrega do bem a terceiros, visto que, demonstrado está o risco de dano irreparável e a plausibilidade da fundamentação, ambos mais do que presentes” (p. 34).

Requeru a concessão da gratuidade da justiça.

Juntou documentos os documentos constantes no evento 1.

No **evento 18, DESP26**, a desembargadora Denise Volpato determinou que a autora emendasse a exordial a fim de apresentar a qualificação completa da parte ré, bem como requerer

a regularização do polo passivo da lide, com a inclusão dos defensores da ré como litisconsortes passivos necessários, sob pena de indeferimento da exordial.

Sobreveio petição da autora no **evento 26, INF29**, emendando a inicial e apresentando a qualificação completa da parte ré.

No **evento 42, INF36**, a demandante peticiona informando o nome da advogada da ré para formação do polo passivo; porém, no **evento 44, INF37**, requer a desconsideração da petição anterior e reitera o pleito de concessão de tutela de urgência.

Na decisão de **evento 46, DECMONO38**: **a)** deferi a gratuidade da justiça à autora e dispensei-a do recolhimento do depósito de 5% do valor da causa exigido pelo artigo 968, II, do CPC; **b)** revi a determinação anterior, para considerar descabida a inclusão dos procuradores como sujeitos passivos da demanda; **c)** determinei a emenda da inicial para que a autora, no prazo de 15 dias, incluísse no polo passivo da demanda o arrematante do bem penhorado, beneficiado pela decisão rescindenda (homologatória da arrematação), sob pena de indeferimento (artigo 321, parágrafo único, CPC).

No **evento 55, INF41**, a autora emendou a inicial para a inclusão do arrematante do imóvel no polo passivo da ação.

A autora, no **evento 58, INF43**, peticionou juntando documentos que considerou novos, por meio dos quais buscava demonstrar o dolo processual da empresa ré e a sua ilegitimidade ativa para figurar na ação monitória originária.

Por meio da decisão de evento **evento 61, DESPADEC1**, deferi a emenda da inicial apresentada no evento 55 e determinei a inclusão do arrematante do imóvel, Silvio Assis de Souza, no polo passivo desta rescisória. Ainda, por ausentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, indeferi o pleito de concessão de tutela de urgência.

Citada, a ré Bolsa Táxi Aéreo Logística e Administração Ltda. apresentou contestação no **evento 74, CONT1**, aduzindo, em suma: **a)** que a autora *«almeja reabrir a discussão sobre temas já aprofundadamente conhecidos e muitíssimo bem resolvidos»*; *“Na presente seara rescisória, combate a legitimidade, a titularidade creditícia da empresa assessora em face de cada condômino [fato já resolvido pelo v. acórdão rescindendo], inovando na motivação após o transcurso de 20 anos, pretendendo macular a decisão assemblear, sua formação, bem como poder do síndico na contratação da ora ré, no interesse condominial”*; *“igualmente infundadamente, a Autora argui que a empresa “Bolsa Imobiliária” ao tempo do ingresso em juízo não mais existia”*, pois *“em todos os registros e documentos carreados ao presente processado, bem como desde o autuado monitório, o seu “número de identificação”, o CNPJ é sempre o mesmo: 80.739.014/0001-60”*; **b)** quanto ao suposto erro de cálculo e eventual remissão da dívida, aduz que a questão *«não se reveste da simplicidade trazida pela Autora, pois se efetivamente ocorrente alguma disformidade, muitíssimo bem poderia ter sido resolvida na sede originária, porém a própria Autora ensejou o verdadeiro tumulto processual criado»*; *“tivesse a parte diligenciado com a necessária antecedência, certamente a pretensão pudesse ter*

chegado a tempo à apreciação pelo magistrado e obstado o praxeamento”; “a persecução em sede de cumprimento de sentença encontra-se em curso, podendo eventual erro de cálculo (de parte da Contadoria) ser resolvido na sede originária e, portanto, não preenche o requisito ensejador para a rescisão”; c) em relação aos cálculos trazidos com a inicial, diz mostrarem-se confusos, «mister se fazendo a conferência por quem com conhecimentos específicos”; d) por fim, aduz que «se ao tempo da realização do combatido leilão havia dinheiro depositado suficiente para a satisfação da obrigação, presentemente a toda certeza não mais existirá, pois o dinheiro com disponibilidade bloqueada não tem o mesmo rendimento que o valor devido, corrigido e meditado na forma da lei”. Requereu, assim, a improcedência do pleito rescisório.

Réplica no **evento 81, RÉPLICA1**, reiterando a autora os argumentos atinentes à ilegitimidade da parte e quanto aos erros de cálculo.

O réu Silvio Assis de Souza (arrematante) ofereceu contestação no **evento 97, CONT1**, alegando, preliminarmente, a inépcia da petição inicial. No mérito, sustentou a inocorrência de violação à norma jurídica, defendendo a preclusão do direito de impugnar as questões suscitadas na inicial.

No **evento 103, RÉPLICA1**, a autora apresentou réplica, refutando a alegação de inépcia da inicial e reiterando mais uma vez as teses já alegadas.

VOTO

1 Preliminar - inépcia da inicial

O réu Silvio Assis de Souza, ao contestar o feito, sustenta ser a inicial inepta porque “*os pedidos feitos na ação são indeterminados e, por vezes, genéricos. Tal constatação se dá, principalmente, no que toca à impugnação dos cálculos feitos pelo contador judicial na ação de origem, uma vez que a parte autora não efetua a impugnação específica e a justificação nos supostos erros de cálculo*”. Acrescenta que “*a petição é manifestamente incoerente, o pedido não decorre logicamente da narração dos fatos, configurando manifesta contradição*” (**evento 97, CONT1**, p. 2).

Preceitua o artigo 330, § 1º, do CPC/2015, que será considerada inepta a inicial quando: (i) faltar-lhe pedido ou causa de pedir; (ii) o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; (iii) da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; ou (iv) contiver pedidos incompatíveis entre si.

Cabe citar o ilustre doutrinador Joel Figueira Júnior:

Diz-se que a petição inicial é inepta quando maculada por vício insanável, capaz de impossibilitar a consecução dos fins a qual se destina a exordial. Sem aptidão alguma, portanto, será a peça inaugural, porquanto inçada de vícios essenciais ou de fundo, nos moldes definidos pelo próprio art. 295 [CPC/73] em seu parágrafo único que

a considera inepta quando: a) faltar-lhe o pedido ou a causa de pedir; b) da narrativa dos fatos não decorrer logicamente o pedido; c) o pedido for juridicamente impossível; d) contiver pedidos incompatíveis entre si.

São vícios irremediáveis que terminam por acarretar o indeferimento liminar da petição inicial sem possibilidade, de regra, de o juiz aplicar o art. 284 do CPC [1973]. Eventualmente, dependendo da hipótese em concreto, a correção da peça talvez se torne possível nos casos em que o autor tiver omitido o pedido imediato, estando os demais requisitos em perfeita ordem.

Nesses casos, o pedido e sua especificação, provavelmente, deixaram de ser articulados por um lapso do signatário da peça ou mesmo como decorrência da digitação e/ou manuseio equivocado do processador de textos dos microcomputadores, porquanto, como é sabido, numa simples transferência ou sobreposição de blocos ou arquivos de textos, parte do trabalho pode ser suprimido.

No tocante às demais hipóteses, não vemos a mínima possibilidade de salvamento da peça inaugural diante de suas particularidades. Encontra-se a peça viciada perante o Estado-juiz como se fosse um natimorto, sem as mínimas condições de recuperação. Aliás, quando tratamos da petição inicial, ao comentarmos o art. 282 [CPC/73] e, em especial, os requisitos (v. Itens n.2,2.1,2.2 e 2.3, supra), tivemos oportunidades de ressaltar a sua importância para a formação e desenvolvimento da relação jurídico-processual e a aptidão da inicial, sintetizada na imprescindível observância harmoniosa dos requisitos enumerados nos incisos I a VII do art. 282 [CPC/73], de maneira a permitir a formação válida e eficaz do processo, sempre voltada à consecução de uma sentença de mérito.

*Justamente porque a inépcia da petição prejudica de forma absoluta a congruência que se faz mister existir entre o pedido e o pronunciado, impedindo a cognição satisfatória da lide ou do pedido, além de colocar em xeque o contraditório e a ampla defesa, à medida que os elementos da ação não se fazem presentes, ou, se presentes afiguram-se de maneira inadequada, é que a petição merece ser indeferida de plano (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, tomo II, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 183-184).*

Embora, de fato, um tanto confusa a narrativa, na petição inicial a autora delineou perfeitamente o pedido principal, de rescisão do julgado por violação manifesta à norma jurídica, citando no decorrer na peça diversos dispositivos legais que entendeu terem sido violados no acórdão rescindendo.

De sorte que da narrativa dos fatos decorre logicamente a conclusão, e o regular processamento do feito não prejudicou o exercício da ampla defesa e do contraditório pela parte adversa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), que conseguiu apresentar contestação impugnando os argumentos trazidos pela autora.

A propósito, deste Grupo de Câmaras:

AÇÃO RESCISÓRIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. INOCORRÊNCIA. INVOCAÇÃO DE ERRO DE FATO E APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS NOVOS COMO PRESSUPOSTOS DE RESCINDIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 485, VII, IX E §§10 E 20, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA. Não é inepta a petição inicial de cujo teor se exprimem os fatos em que se fundam logicamente as conseqüências jurídicas, propiciando ao juiz, por meio de silogismo interno, a correta inteligência sobre a causa posta à apreciação. Especificamente em matéria de ação rescisória, não prospera a argüição de inépcia se possível diagnosticar os pressupostos de rescindibilidade invocados como causas de pedir e interligá-los ao pedido de iudicium rescindens. Se às causas de

rescisão falece consistência numa análise jurídica, trata-se de questão de mérito, conducente à improcedência. (...) (TJSC, Impugnação à Assistência Judiciária em Ação Rescisória nº 2000.002926-2, de Blumenau, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 13/7/2005).

Porque a petição inicial não apresenta nenhum dos vícios elencados no artigo 330, § 1º, do Código de Processo Civil, afasto a preliminar de inépcia.

2 Julgamento antecipado

Ultrapassada a preliminar suscitada, passo ao julgamento antecipado do mérito, tendo em vista a desnecessidade de produção de outras provas além daquelas documentais já colacionadas aos autos, suficientes para a formação do convencimento deste órgão julgador.

Destaco, ainda, em se tratando de ação rescisória fundada na ocorrência de violação à norma jurídica, inviável a instrução processual, como bem anotam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

De um lado, o cotejo entre a “literal disposição de lei” e a “manifesta violação de norma jurídica” serve para reforçar uma particularidade que grava a ação rescisória fundada na violação de norma jurídica: a restrição probatória. Quando o legislador acentua o caráter “manifesto” da violação à norma jurídica, ele acentua a impossibilidade de reexame da prova e de produção de nova prova para fundar o juízo rescindente e o juízo rescisório (Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 182).

Passo, pois, à análise do pleito rescisório.

3 Mérito

Trata-se de ação rescisória ajuizada dentro do prazo decadencial estabelecido no artigo 975 do Código de Processo Civil de 2015 (**evento 1, INF22**, p. 10), em que objetiva a autora rescindir “acórdão”, de competência, portanto, deste Grupo de Câmaras de Direito Civil.

A demandante detém legitimidade ativa *ad causam* (artigo 967, I, primeira parte, do CPC/2015) e fundamenta a sua pretensão na suposta ocorrência da hipótese prevista no artigo 966, V, do CPC (*violar manifestamente norma jurídica*).

Válido citar as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela autoridade da coisa julgada. Assim, se uma decisão de mérito veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa julgada; é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 966 (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1911 e 1913).

Importa proceder a análise do juízo rescindente em face do acórdão prolatado pela Primeira Câmara de Direito Civil, da relatoria do ilustre desembargador Gerson Cherem II, que decidiu, por unanimidade, “conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento para: a) reconhecer o direito da recorrente ao ressarcimento dos valores desembolsados a título de comissão do leiloeiro; b) determinar a suspensão da exigibilidade dos ônus sucumbenciais fixados na presente execução, a teor do art. 12, da Lei n. 1.060/50” (apelação cível nº 2011.102476-8 - 0001126-96.1998.8.24.0039).

Saliento, desde já, que serão apenas conhecidas assertivas atinentes a vícios constantes do referido acórdão, não se adentrando na análise da tese de que a sentença de primeiro grau foi omissa porque não apreciou petição protocolada pela autora “às folhas 140 do processo rescindendo” e “não examinou o pedido da questão principal, da ilegalidade e da ilegitimidade perante a pretensão de cobranças condominiais, e, não examinou os fundamentos que mudariam toda a decisão, diante da ilegalidade da pretensão do autor naquela ação” (**evento 1, INIC2**, p. 26). Isso porque, sendo a sentença substituída pelo julgamento colegiado, os vícios apontados devem macular o aresto e não a decisão proferida em primeiro grau.

A autora defende o cabimento da presente rescisória por entender que o acórdão rescindendo violou manifestamente as seguintes normas jurídicas apontadas especificamente no corpo de sua peça inicial: artigos 6º, 245, 267, § 3º, 333, do Código de Processo Civil de 1973; artigos 9º, 12, § 2º, 22, § 1º, da Lei nº 4.591/1964 (Lei do condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias); artigos 129 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos); artigos 288 e 654 do Código Civil; e artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Todos esses dispositivos foram invocados a fim de sustentar a tese de que a empresa ora ré (autora da ação monitória originária e exequente no respectivo cumprimento de sentença) era parte ilegítima para figurar no polo ativo, e, por se tratar de matéria de ordem pública, não estaria sujeita à preclusão, como considerou o acórdão impugnado.

Para reconhecimento do pleito rescisório com base no artigo 966, V, do Código de Processo Civil, imprescindível que ocorra ofensa direta a algum dispositivo legal, não encontrando guarida quando o juiz avalia as provas e argumentos e decide contrariamente aos interesses da parte.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “o que interessa é que sua violação seja manifesta, isto é, que não demande atividade probatória no processo para sua demonstração” (**Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 181).

Aliás, do STJ: “É firme o posicionamento desta Corte segundo o qual a violação literal a dispositivo de lei, capaz de ensejar o cabimento de **ação rescisória**, deve ser direta, evidente, ressoando da análise do aresto rescindendo” (AgInt na AR 5.022/SC, Relª. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 19/3/2019, DJe 21/3/2019).

Tendo isso em mente, não há como considerar ter o acórdão rescindendo violado

manifestamente norma jurídica ao concluir pela ocorrência da preclusão consumativa ao tratar da alegação de ilegitimidade ativa *ad causam*.

A sentença proferida na ação monitória nº 039.98.001126-2, da lavra do então juiz e saudoso desembargador Stanley da Silva Braga, decidiu o mérito da causa e condenou a ré (ora autora) ao pagamento de quantia a título de taxas condominiais vencidas em determinado período, decisão em face da qual ela não se insurgiu.

A Primeira Câmara de Direito Civil, em acórdão da lavra do desembargador Joel Dias Figueira Júnior, ao julgar a apelação interposta pela empresa autora da demanda monitória (nº 2002.001095-2), consignou que a sua “*legitimidade para demandar o crédito relativo ao período em questão é patente, pois, segundo se infere do documento acostado às fls. 28 destes autos, foram-lhe cedidos todos os direitos e ações relativamente aos valores devidos por condôminos do condomínio Ed. Gemini, desde as últimas 4 gestões até a presente, qual seja, o período compreendido entre 01/junho/1993 e 31/maio/1997 (...)*” (evento 1, INF10, p. 8/9).

Por sua vez, o acórdão rescindendo, ao julgar o apelo interposto pela ora demandante contra a sentença que homologou a arrematação e extinguiu o cumprimento de sentença, diante da alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* ponderou as questões antes destacadas e concluiu ter se operado a preclusão em relação à preliminar de carência de ação. Transcrevo o seguinte trecho:

1.1. Da ilegitimidade ativa:

A devedora assevera a ilegitimidade ativa da exequente, porquanto não juntou contrato de cessão de crédito, tampouco os boletos bancários que embasaram a cobrança das taxa condominiais.

Contudo, melhor sorte não socorre à insurgente, pois ela foi regularmente intimada da sentença na ação monitória, conforme certidão de publicação de fl. 169, iniciando-se o prazo de quinze dias para a interposição do recurso. Quedando-se inerte a parte, precluiu para a executada o direito de impugnar o referido decisum.

Doutra banda, a credora manejou a apelação, que foi julgada pelo Tribunal (fls. 192/197), ocasião em que, tal qual na sentença, restou admitida a legitimidade ativa da empresa para cobrar as taxas condominiais em aberto.

A preclusão, sabe-se, é a perda de uma faculdade processual, seja em razão do seu não exercício dentro do prazo previsto (preclusão temporal), da simples prática do ato (preclusão consumativa), ou da realização de outro ato incompatível com aquele anteriormente pretendido (preclusão lógica).

Sobre o tema, preleciona Ovídio A. Baptista da Silva:

Diz-se preclusão, no campo da teoria dos prazos processuais, a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato processual em virtude de se haver esgotado o momento adequado para fazê-lo. (in Curso de Processo Civil I: processo de conhecimento, RT, 2001, p. 208).

Lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretende exercitar no processo (preclusão lógica). (in Código de Processo

Civil comentado e legislação processual civil extravagante civil em vigor, RT, 1997, 3ª ed., p. 686).

Assim, operou-se a preclusão temporal, nos termos do art. 513 c/c o art. 473, ambos do CPC, motivo pelo qual se preserva o decisum hostilizado.

Ainda que a carência de ação seja considerada matéria de ordem pública, uma vez decidida no processo deve ser impugnada no momento oportuno, sob pena de preclusão, conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça: “Segundo a jurisprudência desta Corte, sujeitam-se à preclusão consumativa as questões decididas no processo, inclusive as de ordem pública, que não tenham sido objeto de impugnação recursal no momento próprio” (AgInt no REsp nº 1.992.135/PB, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 24/8/2022).

A corroborar, também da Corte Superior:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À PENHORA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. 2. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. SÚMULA N. 83 DO STJ. 3. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ALTERAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. 4. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Não ficou configurada a violação ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia.

O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

2. O Tribunal estadual concluiu pela não alteração dos ônus sucumbenciais. Para rever o entendimento do acórdão recorrido acerca da alteração do ônus da sucumbência, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, medida defesa em âmbito de recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. Se sujeitam à preclusão consumativa as questões decididas no processo, inclusive as de ordem pública. Precedentes.

4. Agravo interno improvido (AgInt no AREsp nº 1.629.842/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRECLUSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PERCENTUAL DA COMISSÃO DE CORRETAGEM PARA A TEMPORADA DE 2004-2005. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Rever o acórdão recorrido e acolher a pretensão recursal de inexistência de preclusão sobre a tese de ilegitimidade passiva embasada em documento novo demandaria a alteração do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nesta via especial ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

2. Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que “ainda que a questão seja de ordem pública, há preclusão consumativa se a matéria tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada” (AgRg no AREsp 630.587/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/07/2016).

3. O exame da pretensão recursal de reforma do entendimento da Corte local quanto ao percentual da corretagem para o período da temporada de 2004-2005 ante a ocorrência de comportamento contraditório e

preclusão exigiria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos e a interpretação do contrato, o que é vedado na via especial ante os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp nº 2.030.343/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/8/2022, DJe de 15/8/2022.)

Na mesma linha, deste Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE REJEITOU A ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DA TOTALIDADE DO IMÓVEL. INSURGÊNCIA DO DEVEDOR. MATÉRIA QUE JÁ RESTOU ASSENTADA EM RECURSO ANTERIOR JULGADO POR ESTE COLEGIADO COM TRÂNSITO EM JULGADO. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 507 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OFENSA À COISA JULGADA MANIFESTA. DECISÃO REFORMADA PARA MANTER A IMPENHORABILIDADE.

No tocante à alegação de impenhorabilidade, conforme assente jurisprudência do STJ, “ainda que se trate de matéria de ordem pública, tal fato não tem o condão de afastar a preclusão, quando a questão foi anteriormente decidida” (STJ, AgInt no AREsp 697.155/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04-12- 2018).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento nº 4027620-12.2019.8.24.0000, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 25/8/2022).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA RÉ. REITERADA A TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PREJUDICIAL ANALISADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EXEGESE DO ART. 507 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO, AINDA QUE SE TRATE DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

“Ainda que se trate de questão de ordem pública, a existência de decisão anterior a respeito da legitimidade da parte impede nova apreciação do tema, ante a ocorrência da preclusão consumativa.”(STJ, AgInt no AREsp 1185653/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 13/04/2018).

RECURSO ADESIVO DO AUTOR. RECLAMO DEPENDENTE DO RECURSO PRINCIPAL DE APELAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 997, § 2º, INC. III, DO CPC. RECURSO PREJUDICADO. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS NA ESPÉCIE.

APELO NÃO CONHECIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO (TJSC, Apelação nº 0313983-04.2015.8.24.0008, rela. Des. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 15/4/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REJEIÇÃO. RECURSO DA SEGURADORA EXECUTADA. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 508 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO. “A teor do artigo 508 do CPC/15 (CPC/73, art. 474), não é concedido à parte o direito de reabrir discussão de matéria já decidida e agasalhada pela coisa julgada. Logo, é inviável a arguição, na impugnação ao cumprimento de sentença, de questões que já foram decididas no processo de conhecimento e sobre as quais já se operou a coisa julgada, ainda que se trate de matéria de ordem pública” (AI n. 4000536-

70.2018.8.24.0000, de Sombrio, Rel. Des. Sebastião César Evangelista, J. 12-4-2018). EXCESSO DE EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DA MULTA DE 10% DO ART. 523, § 1º, DO CPC. POSSIBILIDADE. REGULAR INTIMAÇÃO PARA O ADIMPLEMENTO DO DÉBITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. DEPÓSITO PARCIAL PARA GARANTIR O JUÍZO, APÓS O DECURSO DO PRAZO PARA SATISFAÇÃO VOLUNTÁRIA, QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE AFASTAR A PENALIDADE. “O depósito voluntário do débito apenas para a garantia do juízo não afasta a incidência da multa de 10%, porquanto tal ato não equivale ao pagamento espontâneo da dívida.” (AI n. 4017103-50.2016.8.24.0000, de Itajaí, Rel.^a. Des.^a., Quinta Câmara de Direito Civil, Cláudia Lambert de Faria, j. 14-11-2017). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento nº 4004771-12.2020.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21/7/2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE CORRETAGEM. MEDIAÇÃO PARA VENDA E TRANSPORTE DE PRODUÇÃO AGRÍCOLA. DESVIO DE CARGA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECONHECIDA FALTA DE DILIGÊNCIA E PRUDÊNCIA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE INTERMEDIACÃO. RECURSO DO RÉU. **PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA AFASTADAS EM DECISÃO SANEADORA. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. CONTRATO ACIMA DO DÉCUPLO DO SALÁRIO MÍNIMO. INSUBSISTÊNCIA. INÍCIO DE PROVA ESCRITA CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. AVENTADA AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO. TESE AFASTADA. CONTRATO DE CORRETAGEM. CARGA ENTREGUE PELO TRANSPORTADOR ESCOLHIDO PELO RÉU EM LOCAL DIVERSO DO DESTINO. ESCOLHA DO TRANSPORTADOR QUE FICOU A CARGO DO INTERMEDIADOR. CONTRA-NOTAS RELATIVAS À ENTREGA NÃO DEVOLVIDAS. DEVER DE DILIGÊNCIA E PRUDÊNCIA NA MEDIAÇÃO NÃO CONSTATADOS. DEVER DE RESSARCIR AS PERDAS E DANOS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO (TJSC, Apelação Cível nº 0800330-27.2013.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 25/7/2019).**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A GARANTIA OFERTADA, PARA FINS DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, E A IMPUGNAÇÃO APRESENTADA, DETERMINANDO O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO DA IMPUGNANTE/EXECUTADA. **PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INVIABILIDADE. APÓLICE DE SEGURO GARANTIA ADMITIDA, SOMENTE, EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENHORA EM DINHEIRO, PRIORITÁRIA NA ORDEM ESTABELECIDADA NO ART. 835, INC. I, DO CPC, QUE NÃO APRESENTA ONEROSIDADE EXCESSIVA À DEVEDORA, SEGURADORA DE GRANDE PORTE, ATÉ PORQUE ESTA REALIZOU DEPÓSITO JUDICIAL DE PARTE DO VALOR DO DÉBITO. AUSÊNCIA DE GARANTIA INTEGRAL DO JUÍZO.** - “[...] “A substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais, quando necessária para evitar onerosidade excessiva ao devedor, e desde que não ocasione prejuízo ao exequente” (STJ, AgInt no REsp n. 1.588.575/PR, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 24-4-2018). [...] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4013736-81.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 19-02-2019). **ILEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO CENÁRIO FÁTICO-JURÍDICO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME, NÃO OBSTANTE TRATAR-SE DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.** - “[...] A temática decidida no curso do feito, inclusive com esgotamento da via recursal incidental cabível, não pode, em regra, ser reexaminada, em razão da preclusão, de ordem lógica e consumativa, salvo se alterado o cenário fático-jurídico incidente. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004605-82.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 30-01-2018 - Grifo nosso). EXCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DAS PENALIDADES DO ART. 523, § 1º, DO CPC. INSUBSISTÊNCIA. DEPÓSITO JUDICIAL DE PARTE

DO VALOR EXECUTADO, APÓS O DECURSO DO PRAZO CONCEDIDO, QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE AFASTAR A MULTA DE 10% E, TAMBÉM, OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO MESMO IMPORTE, PORQUANTO NÃO EQUIVALE AO PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DO DÉBITO. ADEMAIS, PRÓPRIA EXECUTADA INFORMA, EXPRESSAMENTE, QUE TAL DEPÓSITO NÃO IMPORTA NO RECONHECIMENTO DA DÍVIDA OU CONCORDÂNCIA COM O SEU VALOR. VIOLAÇÃO AO ART. 10 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA, VIA BACENJUD, QUE PRESCINDE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DA PARTE EXECUTADA. EXEGESE DO ART. 854, CAPUT, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento nº 4006444-11.2018.8.24.0000, de Rio Negrinho, rela. Desa. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 2/4/2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE. SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS MONITÓRIOS. RECURSO DO EMBARGANTE. **ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL POR FALTAR REQUISITO ESSENCIAL DA AÇÃO MONITÓRIA, PRETENDIDA CONEXÃO ENTRE DIVERSAS AÇÕES JUDICIAIS, E ALMEJADA DENUNCIAÇÃO À LIDE DOS EX-SÍNDICOS DO APELANTE E DA EMPRESA PARA A QUAL O CHEQUE FOI NOMINADO. TESES QUE JÁ FORAM DECIDIDAS POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, A QUAL NÃO FOI ATACADA PELO RECURSO CABÍVEL.** PRECLUSÃO RECONHECIDA. “Mesmo na hipótese de matéria de ordem pública, se já houve decisão no curso do processo, a ausência de impugnação por meio de recurso próprio traduz aceitação e conformismo com o teor do decisum, o que obsta a renovação da discussão em torno da mesma temática, pois fulminada pela preclusão.” (Apelação Cível n. 2015.054040-7, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 24/5/2016). [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível nº 0006415-53.2014.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 8/2/2018).

Este Grupo de Câmaras de Direito Civil, na mesma toada, já se manifestou no sentido de que, “quando o legislador contempla determinada matéria como de ordem pública, não tem por escopo possibilitar eterna revisão do julgado por quem o proferiu, mas sim propiciar o seu exame, mesmo de ofício, enquanto ainda não resolvida a questão. Por outro lado, se já afastado tal tópico num determinado processo, com prestação jurisdicional plena a respeito do tema, sepultou-se ali o assunto, sendo de todo inviável o manejo da ação rescisória para reaviva-lo” (TJSC, Ação Rescisória nº 2011.047639-9, da Capital, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Grupo de Câmaras de Direito Civil, julgado em 8/8/2012).

Portanto, não vislumbro a ocorrência de manifesta violação à norma jurídica pelo acórdão rescindendo ao considerar preclusa a tese de ilegitimidade ativa *ad causam*.

No que diz com a alegação de que erros foram cometidos pelo perito judicial ao efetuar os cálculos do valor do débito no cumprimento de sentença, o que defende também ser motivo suficiente para rescindir o acórdão rescindendo, porquanto até a data do leilão teria pago a quantia necessária para remir a dívida e evitar o ato, a autora desta rescisória aponta os seguintes equívocos em tais cálculos (**evento 1, INIC2**, p. 31):

- O Perito judicial suprimiu uma parcela de R\$ 2.000,00 depositada em 24.06.2009; ver fls

- Cobrou custas judiciais, da qual a executada gozava do benefício da Justiça Gratuita;
- Errou nos cálculos da multa referente ao art. 475 J, pois deveria calcular somente o percentual sobre o valor atualizado, e não sobre custas e honorários de sucumbência;
- Não procede a condenação da parte executada, uma vez que a mesma gozava do benefício da Justiça Gratuita.

Alega que “os cálculos que infringem preceito legal, posto basearem-se em premissas falsas, são corrigidos como erros materiais”, e que “a jurisprudência do STJ determina que o erro de cálculo é corrigível a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte” (**evento 1, INIC2**, p. 33).

É cediço que para a propositura da demanda rescisória com fundamento no inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil, a parte autora deve indicar, precisamente, quais os dispositivos legais, ou mesmo princípios ou normas, que entende violados pela decisão rescindenda.

A autora não apontou qual norma jurídica o aresto rescindendo teria violado ao afastar a alegação de remição da execução, a permitir que fosse verificada a possível ofensa existente.

Na exordial, precipuamente imputa vícios à sentença de primeiro grau, que não teria reconhecido excesso nos cálculos do perito, carecendo de fundamentação. Ocorre que, como já dito alhures, o vício apontado há de constar do acórdão, para que se permita a apreciação nesta demanda.

Importa transcrever o trecho do acórdão rescindendo em que foi analisada a questão dos depósitos efetuados no intuito de remir a dívida:

3. Do mérito:

3.1. Da remição da dívida:

Relata a apelante que efetuou o depósito de R\$ 14.078,00 (quatorze mil e setenta e oito reais) para remir a dívida, porém não houve a suspensão da praça.

O inconformismo não merece guarida.

Estipula o Código de Processo Civil:

Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

Humberto Theodoro Júnior anota:

Remição da execução é o pagamento que se faz após o ajuizamento da execução por quantia certa, compreendendo o principal e todos os seus acessórios, a fim de pôr fim ao processo. Isto tanto pode dar-se por meio de pagamento direto ao credor, como através de depósito em juízo. Os efeitos são os mesmos.

Dispõe a propósito, o art. 651 que “antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios” (art. 651).

A esses complementos do débito, a partir da Lei 6.899, de 08.04.81, deve ser acrescida a correção monetária,

cuja incidência atingiu até mesmo os processos ao tempo da entrada em vigor do novo diploma legal.

Esse poder de remir a execução e impedir a alienação judicial dos bens penhorados é exercitável em qualquer fase do processo enquanto não ultimada a arrematação.

Como a arrematação só se considera perfeita e acabada quando é assinado o respectivo auto (art. 694), deve-se entender que, mesmo depois de encerrado o pregão, mas enquanto não se firma o auto de arrematação, ou não se publica a sentença de adjudicação, ainda é possível ao devedor remir a execução. (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 38ª ed., p. 248).

Na hipótese, a executada pleiteou a remição da dívida (fls. 450/451), consignando o valor de R\$ 14.078,16 (quatorze mil e setenta e oito reais - fl. 453); todavia, não ocorreu pronunciamento sobre o pleito.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à contadoria judicial, que computou o valor atualizado do débito, tendo a devedora recolhido o montante de R\$ 1.676,95 (mil, seiscentos e setenta e seis reais e noventa e cinco centavos) relativo ao saldo remanescente, e a quantia de R\$ 867,31 (oitocentos e sessenta e sete reais e noventa e cinco centavos), a título de comissão do leiloeiro. Novamente, deixou de manifestar-se o togado acerca do pedido de remição e houve a lavratura do auto de arrematação (fl. 464).

A credora solicitou a remessa dos autos à contadoria judicial (fl. 470), porque os cálculos de fls. 455/456 não contemplaram a multa do art. 475-J, do CPC. Então, apurou-se em outro cômputo o montante de R\$ 4.741,69 (quatro mil, setecentos e quarenta e um reais e sessenta e nove centavos).

Intimada a executada para efetuar o pagamento do valor apurado (carga ao Dr. Rogério Telmo Ramos - fl. 476), resolveu ela impugnar a conta às fls. 477/484.

Nesse contexto fático, o ilustre magistrado homologou a arrematação e extinguiu a execucional pela sentença de fls. 495.

Sobressai escorreito o decisum, pois a devedora não consignou a importância total da dívida, nomeadamente a multa do art. 475-J, do CPC. Doutra banda, restaram preenchidos os requisitos insculpidos no art. 694, do CPC, in verbis:

Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

§ 1o A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:

I - por vício de nulidade;

II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;

III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital;

IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1o e 2o);

V - quando realizada por preço vil (art. 692);

VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).

§ 2o No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença.

Deveras, após a assinatura do auto de arrematação ou adjudicação do pelo juiz, considera-se perfeita e acabada a alienação judicial do bem.

Há julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO. PEDIDO DE REMIÇÃO. PRAZO 24 HORAS OU ANTES DA ASSINATURA DO AUTO DE ARREMATACÃO.

1. Nos termos dos arts. 693 e 694 do Código de Processo Civil, a arrematação só se vê perfeita e acabada depois de assinado o auto pelo juiz.

2. O direito de remição da execução pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação. Precedentes: RMS 31.914/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 21.10.2010, DJe10/11/2010; REsp 944.451/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6.12.2007, DJ 18.12.2007. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 958769/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 01.03.2012).

EXECUÇÃO. ARREMATACÃO. AUTO NÃO LAVRADO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. MERA IRREGULARIDADE. REMIÇÃO. EMBARGOS. PRAZO. INÍCIO.

- Normalmente, o direito de remição da execução pode ser exercido até a assinatura do auto de arrematação. O arrematante, contudo, não pode ser prejudicado pela omissão do serventuário em colher a firma do juiz, no auto de arrematação.

- A falta de assinatura do auto de arrematação (Art. 694 do CPC) nada tem a ver com o prazo para oposição dos embargos. (REsp 944.451/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 06.12.2007).

Nesse desiderato, mantém-se a decisão de primeiro grau.

Da análise feita no julgado rescindendo, observo que não se trata, ao contrário do alegado pela autora, da existência de suposto “erro de cálculo”, que pode ser corrigido até mesmo de ofício e a qualquer tempo, inclusive depois de transitada em julgada a sentença (artigo 494, I, do CPC).

Segundo já decidiu a Corte Superior, “o erro de cálculo passível de correção, segundo os ditames do art. 463, I, do CPC, é aquele decorrente de inexatidão aritmética, que não se confunde com a aplicação de um ou outro critério de correção monetária e de juros de mora” (AgInt no REsp nº 1.962.609/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 3/6/2022).

Sobre o tema, a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero:

As inexatidões materiais e os erros de cálculo passíveis de correção são aqueles manifestos, sobre os quais não pode haver dúvida a respeito do desacerto sentencial. (...) Erro de cálculo consiste em erro aritmético. Erro quanto a critério de cálculo ou elementos do cálculo não consiste em erro de cálculo para efeitos de incidência do art. 494, I, CPC (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 499).

Não caracterizado, portanto, o erro de cálculo apontado.

Manifesto, enfim, que o intuito da autora, a pretexto da existência de violação à norma jurídica e da existência de erro de cálculo, é discutir novamente a matéria colocada anteriormente em juízo e já decidida, o que não é admitido nesta via, consoante já pronunciou este órgão julgador:

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO VISANDO A DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROLATADO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS ALÉM DAQUELAS JÁ CONSTANTES DOS AUTOS. MÉRITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DA AÇÃO. USUCAPIÃO RECONHECIDA COM BASE NO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS, NO EXERCÍCIO DA POSSE DO ORA DEMANDADO E NÃO COM FUNDAMENTO NA LINHA SUCESSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUERIMENTOS INCLINADOS À COMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E REDISCUSSÃO DA QUAESTIO. INADMISSIBILIDADE. PARA EFEITO DE VIOLAÇÃO A NORMAS JURÍDICAS É MISTER QUE AS DISPOSIÇÕES TIDAS POR MALFERIDAS O SEJAM EM SUA LITERALIDADE, EXISTINDO VERDADEIRO ERRO CONTRA LITTERAM, COM A VIOLAÇÃO AO DIREITO POSTO EM TESE. O PRESSUPOSTO NÃO SE CONFIGURA CASO, NÃO HAVENDO VIOLAÇÃO OBJETIVA, SE PRETENDA MELHOR INTERPRETAÇÃO DE NORMA JURÍDICA.

“Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação rescisória só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei. O fato do julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Precedentes” (STJ, AR 4.330/SP, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. em 28-8-2013). (Ação Rescisória n. 2013.087985-2, de Imbituba, rel. Des. Fernando Carioni, j. 13-8-2014). VIA PROCESSUAL INADEQUADA. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE (TJSC, Petição Cível (Grupo Civil/Comercial) nº 5007624-11.2019.8.24.0000, rel. Des. José Agenor de Aragão, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 8/9/2021).

Dessarte, a improcedência da pretensão rescisória é a medida que se impõe.

4 Ônus sucumbencial

Diante do resultado do julgamento, condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa com base no artigo 85, § 2º, do CPC, suspensa a exigibilidade dessas verbas em razão do benefício da justiça gratuita concedido.

5 Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, suspensa a exigibilidade dessas verbas em razão do benefício da justiça gratuita concedido.

Documento eletrônico assinado por **SELSO DE OLIVEIRA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2710452v72** e do código CRC **025a7d06**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SELSO DE OLIVEIRA

Data e Hora: 14/9/2022, às 12:12:1

AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 5004894-27.2019.8.24.0000/

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0023749-66.2011.8.24.0018/

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSANE PORTELLA WOLFF

AUTOR: FOZ DO CHAPECÓ ENERGIA S.A.

ADVOGADO: ALEXANDRE DOS SANTOS PEREIRA VECCHIO (OAB SC012049)

RÉU: JUSMAR SPEROTO ME

ADVOGADO: ELISETE DIAS DE SIQUEIRA (OAB SC026076)

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE COBRANÇA. DEMANDA PAUTADA NO ART. 966, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

JUÍZO RESCIDENTE. VIOLAÇÃO MANIFESTA DA NORMA JURÍDICA. COLEGIADO QUE CONHECEU EM PARTE DO RECURSO DA REQUERIDA (ORA AUTORA), AO ARGUMENTO DE QUE HOUVE INOVAÇÃO RECURSAL QUANTO À TESE DE INEXISTÊNCIA DO SALDO DEVEDOR RECONHECIDO NA SENTENÇA EM RAZÃO DE SE TRATAR DA DIFERENÇA DO VALOR RETIDO PARA O PAGAMENTO DOS IMPOSTOS INCIDENTES SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS, BEM COMO A INVIABILIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTOS CORRELATOS PORQUE NÃO SERIAM NOVOS. INSURGÊNCIA VOLTADA A COMBATER O CRITÉRIO ADOTADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM, QUE ATUOU FORA DOS LIMITES DA LIDE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 435 E 1.014 DO CPC CONFIGURADA. ACÓRDÃO DESCONSTITUÍDO NESSA PORÇÃO.

JUÍZO RESCISÓRIO. ANÁLISE DO RECURSO DE APELAÇÃO NA PARTE NÃO CONHECIDA. ARGUÍDA A AUSÊNCIA DE SALDO DEVEDOR EM RAZÃO DE A DIFERENÇA ENTRE OS VALORES DAS NOTAS E O EFETIVAMENTE CREDITADO SE REFERIR AOS TRIBUTOS RETIDOS E PAGOS DIRETAMENTE AO FISCO. PLAUSIBILIDADE. PROVA DO AUTOS QUE DEMONSTRA A ADOÇÃO DESSE PROCEDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE ESSE ASPECTO. RECONHECIMENTO INCONTROVERSO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ALÉM DOS PREVISTOS NO CONTRATO ESCRITO. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DE EVENTUAL DÉBITO EM ABERTO DE ACORDO COM O CONTIDO NOS AUTOS. CONTRATADA QUE NÃO DEMONSTROU TER PRESTADO SERVIÇOS NA EXTENSÃO POR ELA INDICADA. ÔNUS QUE LHE COMPETIA, NA FORMA DO ART. 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VERIFICAÇÃO, CONTUDO, DE NOTA FISCAL EMITIDA NÃO IMPUGNADA SEM O CORRESPONDENTE RECIBO DE PAGAMENTO. RELATÓRIO DE MEDIÇÃO FIRMADO POR PREPOSTO DA CONCESSIONÁRIA NÃO INCLUSO NA PLANILHA DE PAGAMENTOS. VALORES DEVIDOS PELA CONTRATANTE. APELO DA RÉ ACOLHIDO PARA READEQUAR A CONDENAÇÃO PROCEDIDA NA SENTENÇA E OS ENCARGOS DA DERROTA.

SUCUMBÊNCIA. DEMANDA RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. REQUERIDA QUE DEVE SUPOSTAR AS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS TERMOS

DO ART. 85, § 2º, DO CPC. EXTENSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA OUTORGADA À RÉ NA RELAÇÃO PROCESSUAL ORIGINÁRIA.

AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

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, a) julgar procedente a ação rescisória para desconstituir o acórdão proferido nos autos n. 0023749-66.2011.8.24.0018 na parte em que não conheceu do Apelo manejado por Foz do Chapecó Energia S.A.; b) em juízo rescisório, acolher em parte a tese agora examinada, a fim de readequar a condenação balizada na sentença para o importe de R\$ 7.507,87, devendo o quantum ser aditado de correção monetária pelo INPC desde a data em que devido o pagamento - quanto ao relatório de medição que menciona R\$ 1.702,80 a contar de 31-8-2010 (evento 1, OUT6; p. 12); quanto à nota fiscal no valor de R\$ R\$ 5.805,07 a partir da emissão em 1-10-2010 (evento 1, OUT5; p. 53) - e juros de mora desde a data da citação na origem, 22-3-2012 (evento 1, OUT5; p. 103), bem como redistribuir os encargos da derrota na demanda originária, conforme a fundamentação; c) condenar a ré Jusmar Speroto ME ao pagamento dos ônus sucumbenciais da ação rescisória, ressalvada a extensão da gratuidade judiciária concedida na relação processual primeva; e d) autorizar o levantamento, pela autora Foz do Chapecó Energia S.A., do depósito a que alude o art. 968, inciso II, do CPC, cujo recibo encontra-se acostado no evento 5, COMP3, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Foz do Chapecó Energia S.A. ajuizou a ação rescisória n. 5004894-27.2019.8.24.0000 em face de Jusmar Speroto ME, com o objetivo de desconstituir o acórdão proferido pela Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos, sob a relatoria do Des. José Maurício Lisboa, na ação de cobrança n. 0023749-66.2011.8.24.0018, movida contra ora requerida, que foi assim ementado:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS, A PREÇO UNITÁRIO, PARA PROTEÇÃO DE TALUDES COM APLICAÇÃO DE HIDROSSEMEADURA E DE GRAMA EM LEIVAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

RECURSO DA RÉ/FOZ DO CHAPECÓ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS DOCUMENTOS JUNTADOS APÓS O DECISUM HOSTILIZADO, HAJA VISTA TRATAR-SE DE ESCRITOS ANTERIORES

À PROPOSITURA DA AÇÃO, NÃO HAVENDO JUSTIFICATIVA PARA A APELANTE NÃO OS TER APRESENTADO NAQUELA OPORTUNIDADE. PRECLUSÃO EVIDENCIADA. EXEGESE DO ART. 434 DO CPC/1973. DESENTRANHAMENTO QUE SE IMPÕE.

“Deve a prova documental ser produzida no tempo certo, já que a juntada de novos documentos é lícita, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos após os articulados, ou para contrapor aos já produzidos. Dessa forma, não se tratando das hipóteses amparadas no artigo 397 do Código de Processo Civil de 1973, não se pode conhecer de documento extemporaneamente juntado às razões de recurso, quando já operada a preclusão” (TJSC, Apelação Cível n. 0047030-07.2009.8.24.0023, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 15-03-2018). CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SUA VEZ, INVIABILIZA O CONHECIMENTO DA TESE ATINENTE À INEXISTÊNCIA DO SALDO DEVEDOR RECONHECIDO NA SENTENÇA, EIS QUE TAL SERIA DECORRENTE DO PAGAMENTO DOS IMPOSTOS INCIDENTES SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS (VALORES RETIDOS E PAGOS DIRETAMENTE AO FISCO), A QUAL ESTARIA CORROBORADA NA REFERIDA DOCUMENTAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO QUE REPRESENTA FLAGRANTE INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECLAMO NÃO CONHECIDO NO PARTICULAR. OUTROSSIM, ALEGAÇÃO DE QUE O TERMO DE ENCERRAMENTO CONTRATUAL COLACIONADO AOS AUTOS, FIRMADO PELOS ORA LITIGANTES, DARIA CONTA DE QUE O CONTRATO FOI PAGO EM SUA INTEGRALIDADE (CONTRATO ORIGINÁRIO E TERMO ADITIVO), A ENSEJAR A IMPROCEDÊNCIA DA ACTIO. INACOLHIMENTO. DOCUMENTO QUE ATESTA, EXPRESSAMENTE, QUE A QUITAÇÃO SE REFERE À CONTRATAÇÃO INICIALMENTE CELEBRADA, VEZ QUE NÃO SÓ FAZ REFERÊNCIA ÀQUELA, COMO À METRAGEM ORIGINALMENTE PACTUADA PARA FINS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. SENTENÇA ESCORREITA. APELO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO.

RECURSO DA PARTE AUTORA. PRETENSO RECONHECIMENTO DE QUE OS SERVIÇOS POR SI REALIZADOS ULTRAPASSARAM AQUELES CONSTANTES DAS NOTAS FISCAIS COLACIONADAS AOS AUTOS. TESE, NO ENTANTO, DESPROVIDA DE SUBSTRATO PROBATÓRIO, A CONVENCER O JULGADOR. ÔNUS QUE LHE COMPETIA, A TEOR DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

“[...] provar, sabidamente, é indispensável para o êxito da causa. Se aquele que tem o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito não consegue se desincumbir satisfatoriamente de tal encargo, e se a prova atinente aos seus interesses não vem aos autos por qualquer outro meio, não há como proclamar um édito de procedência em seu favor” (Apelação Cível n. 0010954-83.2010.8.24.0011, de Brusque. Relator: Des. Rubens Schulz, j. 11.5.2017).

SENTENÇA IGUALMENTE MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Apelação Cível n. 0023749-66.2011.8.24.0018, de Chapecó, rel. José Maurício Lisboa, Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 17-10-2018).

Alega a Autora que houve manifesta violação à norma jurídica encartada nos arts. 490 e 492 do Código de Processo Civil, em razão de o julgamento ter se dado fora dos limites da lide, eis que o autor da ação de cobrança buscava o pagamento de serviços complementares e *“em nenhum momento se alegou qualquer diferença entre o valor das notas fiscais e o valor efetivamente recebido por aquela empresa”*, sendo *“pelo contrário, as notas fiscais [...] mencionadas como a prova daquilo que fora efetivamente pago”*. Acrescentou que *“em nenhum dos pedidos da ação rescindenda há qualquer pedido de pagamento de supostas diferenças entre o valor bruto das notas fiscais e o valor*

líquido efetivamente depositado”.

Pontuou que o processo de conhecimento padece de nulidade, porquanto foram prolatadas decisões surpresas no seu curso, em desrespeito ao art. 10 do CPC, sendo a primeira delas a condenação “*ao pagamento da diferença entre o valor bruto da nota fiscal emitida pela ré e o valor líquido que foi depositado na sua conta*”, tendo oposto embargos de declaração para alertar o magistrado sobre o vício, o qual foi rejeitado. Aditou que sobreveio segunda decisão surpresa ao seu Apelo ser parcialmente conhecido ao fundamento de que a análise da questão suscitada implicaria supressão de instância pois não debatido na origem, deixando de analisar os documentos colacionados em grau de recurso, afrontando-se os arts. 435 e 1.014 do CPC.

De outro vértice, apontou ter sido violada a norma jurídica do art. 373, inciso I, do CPC, uma vez que “*a diferença entre o valor bruto da nota fiscal e o valor líquido depositado ao prestador dos serviços é fato notório, que independe de prova, razão pela qual mesmo que não fosse admitida a juntada de provas novas, a sentença deveria ter sido reformada*”, tendo sido ignorado que “*o fato notório de que a pessoa jurídica tomadora de serviços tem obrigação legal de reter os valores relativos ao ISS e ao INSS, que devem ser destacados nas notas fiscais emitidas pelo prestador de serviços*” e, ainda que não o tivesse feito, “*a consequência jurídica jamais seria o pagamento dessa quantia ao prestador*”.

Por fim, requereu a concessão de provimento jurisdicional provisório de urgência para sustar o cumprimento de sentença em andamento e, no mérito, o julgamento de procedência para rescindir a decisão transitada em julgado e, sucessivamente, de a prolação de novo julgamento, dessa feita de improcedência da demanda originária ou, subsidiariamente, a remessa do feito ao Juízo de origem para nova decisão.

Em análise preliminar, foi deferida a tutela provisória de urgência “*a fim de suspender a exigibilidade da r. sentença rescindenda até o julgamento final da presente ação rescisória, comunicando-se, com urgência ao Juízo de primeira instância (eventual Cumprimento de Sentença), impedindo qualquer possibilidade de levantamento de quantias e bloqueios de valores e bens de propriedade da demandante*” (**evento 6, DESPADEC1**).

Citada, a Ré apresentou resposta na forma de contestação (**evento 20, CONT1**), aduzindo, em suma, que: a) “*a decisão rescindenda foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973*”, de modo que “*a Ação Rescisória interposta pela requerente Foz do Chapecó Energia S/A, deve estar fundamentada no Código de Processo Civil de 1973, legislação vigente a época da prolação da r. sentença, porém está fundamentada na legislação atual*”; b) os documentos juntados pela Autora não são novos, pois já estavam em sua posse desde 2010; c) não se configurou julgamento *extra petita* e a Autora inovou nas razões recursais, de modo que é correto o não conhecimento dos temas pelo Colegiado; d) a prova dos autos demonstra que o serviço prestado não estava englobado no contrato escrito e “*a empresa ora requerente em nenhum momento processual adequado, como pode ser verificado na documentação juntada aos autos pela empresa ora requerente, não carregou nenhum recibo, comprovante de depósito bancário, de qualquer valor efetivamente pagos para a empresa*

individual Jusmar Speroto ME ora requerida, referente ao contrato verbal entabulado entre as partes e não pode servirem de prova relatórios produzidos unilateralmente pela empresa, ora requerente, para sustentar tese em Ação Rescisória, sobre a justeza da r. sentença que pretende anular”; e) “no caso dos autos não ocorreu em nenhum momento processual violação ao art. 10, do Código de Processo Civil, eis que julgado sob o manto de legislação anterior”; f) “os documentos juntados ao processo após a prolação da r. sentença não eram documentos novos”; g) “no caso da ação rescindenda o objeto da ação é a cobrança da prestação de serviços realizados através de contrato verbal” e “não há nenhum recibo ou comprovante de depósito bancário em favor da ora requerida que seja referente ao contrato verbal de qualquer valor efetivamente pagos para a empresa ora requerida”; h) faz jus à extensão da gratuidade processual concedida na ação rescindenda, ponderando ser empresário individual prestador de serviços não essenciais que foram afetados pela pandemia.

Ao final, requereu o julgamento de improcedência da inicial, a condenação da requerente ao pagamento da importância equivalente a 5% sobre o valor da causa e o benefício da justiça gratuita.

A Demandada interpôs Agravo Interno contra a decisão monocrática do evento 6 (**evento 21, AGRAVO1**), ao qual foi negado provimento (**evento 59, ACOR1**).

O feito foi incluído em pauta para julgamento do mérito pelo então relator, Des. José Agenor Aragão, mas, em seguida, foi ordenada a sua redistribuição ao Grupo de Câmaras de Direito Civil (**evento 86, DESPADEC1**).

Assim, vieram os autos conclusos para o julgamento.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação rescisória movida por Foz do Chapecó Energia S.A. contra Jusmar Speroto ME para, com fundamento no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil - violação manifesta da norma jurídica -, desconstituir o acórdão prolatado pela Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos, sob o voto condutor do Des. José Maurício Lisboa, na ação de cobrança n. 0023749-66.2011.8.24.0018.

1 Norma de regência

Preliminarmente, a Requerida suscitou em contestação que a presente demanda deveria estar fundada no Código de Processo Civil de 1973, por ser essa a legislação vigente à época da prolação da r. sentença.

A tese, contudo, não pode prosperar.

Vige em relação ao direito processual civil o princípio do *tempus regit actum*, que deve ser associado à técnica de isolamento dos atos processuais, consoante positivado no art. 14 da Lei

n. 13.105/2015, *in verbis*: “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

O Superior Tribunal de Justiça já externou que “à luz do princípio *tempus regit actum* e da Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, os atos do processo devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, sob pena de indevida retroação da lei nova para alcançar atos pretéritos. Nesse sentido, as normas processuais incidem imediatamente nos processos em curso, mas não alcançam atos processuais anteriores” (REsp n. 1.954.015/PE, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021).

Na hipótese em apreço, o provimento jurisdicional cuja rescisão se pretende transitou em julgado em 9-9-2019, consoante se infere da certidão do p. 63 do **evento 1, OUT10**. E a ação ora examinada foi ajuizada em 4-11-2019.

Dessarte, como os referidos atos processuais datam de tempo em que já vigia o Novo Código de Processo Civil, suas disposições têm aplicação, sendo acertada a fundamentação contida na petição inicial, pautada no art. 966 da apontada norma processual.

2 Juízo rescindente

Preceitua a norma processual civil que:

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.

[...]

Pretende a Autora a desconstituição do acórdão que não conheceu de parte de seu recurso, sob o argumento de que teria havido inovação na segunda instância, e o desproveu a tese de quitação de todas as obrigações havidas entre as Partes.

Num primeiro plano, a Autora aduziu que a decisão colegiada merece ser rescindida porque violou manifestamente a norma jurídica dos arts. 435 e 1.014 do Código de Processo Civil.

Justificou que o julgamento na origem teria se dado fora dos limites estabelecidos pelas Partes, pois a parte adversa não buscava a diferença entre o valor das notas fiscais e o valor efetivamente recebido, tal como reconheceu a Magistrada *a quo*, de modo que os documentos colacionados no Apelo, bem como a tese de que quitação dos valores já apontados diretamente ao Fisco deveriam ter sido conhecidos, tendo o Colegiado violado os referidos regramentos, bem como os arts. 10, 373, inciso I, 490 e 492 do CPC.

Nesse aspecto, razão lhe assiste.

Vislumbrados os autos de origem, tem-se que, em verdade, a Autora buscava o pagamento integral dos serviços prestados à Ré, que estaria em parte fundado em contrato verbal cuja contraprestação alega não ter recebido. Narrou que:

A pequena empresa de propriedade do Sr. Jusmar Speroto contratou com a empresa Foz do Chapecó Energia S.A., a prestação de serviços técnicos de plantação de grama em leiva e por implantação de vegetação pela técnica de hidrossemeadura.

Conforme disposto no contrato nº 0535/2010, o objeto do contrato constituiu a prestação de serviços técnicos para a proteção de taludes com aplicação de hidrossemeadura e proteção de taludes com aplicação de gramas em leivas, conforme cláusula primeira do contrato acima referido, cópia do contrato em anexo.

Os locais da prestação de serviços, dentro das necessidades da contratante Foz do Chapecó Energia S.A., foram pré-determinados para que a empresa contratada realizasse os serviços, na área atingida pelo reservatório da Usina Foz do Chapecó, conforme disposto na cláusula segunda do contrato.

O valor total estipulado pelo presente contrato para prestação de serviços da técnica de hidrossemeadura era de R\$ 172.777,33 (cento e setenta e dois mil setecentos e setenta e sete reais e trinta e três centavos), cláusula décima primeira.

Pela prestação de serviços de proteção de taludes com aplicação da técnica de hidrossemeadura no contrato nº 0535/2010, foi estimada inicialmente, a área de 78.535,15 m², ao custo unitário de R\$ 2,20 (dois reais e vinte centavos), por metros quadrado plantado.

O prazo inicial para o término das obras foi de 3 (três) meses a partir da assinatura do contrato, cláusula décima terceira. O contrato foi assinado em 21 de maio de 2010.

A empresa Foz do Chapecó Energia S.A., deveria realizar os pagamentos devidos a título de prestação de serviços efetuados pela empresa Jusmar Speroto ME, mediante a medição das áreas recuperadas pela plantação de vegetação pela técnica da hidrossemeadura, mensalmente.

No entanto, o pagamento dos valores devidos foram efetuados aos poucos (parceladamente), mas sem realizar medição das áreas. A empresa requerida se comprometeu que ao final dos trabalhos realizaria a medição de todas as áreas plantadas, mensuração estas que seriam realizadas por técnico especializados.

Somente a título exemplificativo, a empresa Foz do Chapecó Energia S.A., disponibilizava Ordem de Serviço para que a empresa Jusmar Speroto ME pudesse emitir Nota Fiscal e posteriormente receber pagamentos.

A conferência de áreas com restituição de vegetação deveria ser realizada na presença do empreiteiro (Jusmar

Speroto), porém, todos os trabalhos foram concluídos e a empresa Foz do Chapecó Energia S.A., não realizou a mensuração de toda área dos serviços prestados.

Em grande parte, o contrato escrito não foi suficiente para esclarecer todas as hipóteses peculiares aos serviços contratados, por esse motivo, muitos contratos verbais foram firmados entre as duas empresas, principalmente nas questões em que o contrato de prestação de serviços era dúbio ou deixava interpretações, como por exemplo, como seria a medição da área de recuperação de vegetação pela técnica de hidrossemeadura.

Citando-se como exemplo no mês de maio de 2010, a empresa Jusmar Speroto - ME, prestou serviço de recomposição de vegetação com técnica de hidrossemeadura, na área estimada de 21.000 m² (vinte e quatro mil metros quadrados), o que importaria o valor de R\$ 52.800,00 (hum mil cento e cinquenta metros quadrados) de área plantada, foram pagas ao empreiteiro, no valor de R\$ 2.530,00 (dois mil quinhentos e trinta reais).

O valor acima citado, pago ao requerente está contido na Nota Fiscal nº 000052, em nome da empresa Jusmar Speroto ME, emitida em 27 de maio de 2010, no valor de R\$ 16.673,60 (dezesseis mil seiscentos e setenta e três reais e sessenta centavos), que desse valor R\$ 2.530 (dois mil quinhentos e trinta reais), são referentes à plantação de hidrossemeadura e R\$ 14.143,60 (quatorze mil cento e quarenta e três reais e sessenta centavos) era correspondente à plantação de grama em leiva (valor e metragem que será trazido para o juízo em outro processo).

Detalhando-se as informações acima citadas, no mês de maio de 2010 a empresa Jusmar Speroto ME, plantou com a técnica de hidrossemeadura uma área aproximadamente de 3000 metros de extensão (barracos das novas estradas construídas pela empresa Foz do Chapecó Energia S.A. em metros corridos.

Considerando as condições do terreno íngreme em que foram prestados os serviços, a área utilizada para implantação de vegetação nas novas estradas, montanhosas ou despenhadeiros que são no mínimo 08 (oito) metros de altura ou de queda, sendo 4 (quatro) metros para cada lado da estrada. Diante desta metragem, a empresa requerente teria um crédito equivalente a 22.850 m² (vinte e dois mil oitocentos e cinquenta metros quadrados) de área de vegetação recomposta.

Destaca-se que, o exemplo acima exposto é de apenas uma área de implantação de vegetação pela técnica da hidrossemeadura, referente ao mês de trabalho, ou seja, o mês de maio de 2010. Assim, os demais pagamentos efetuados foram todos sem a mensuração de área, seguindo o mesmo sistema, que trouxe incalculáveis prejuízos à empresa requerente.

Inúmeras foram às tentativas de acordo extrajudicial por parte do empreiteiro contratado, mas a empresa contratante, Foz do Chapecó Energia S.A, sempre se negou a realizar a mensuração da área para efetuar o correto pagamento do que é devido, só restando a via judicial para que a demandada seja compelida ao pagamento dos débitos pendentes.

(evento 1, OUT5; pp. 4-6)

Ao final, discorreu sobre a extensão do trabalho prestado e defendeu que a Contratante não lhe pagou pela integralidade do serviço desenvolvido para a reposição de vegetação pela técnica de hidrossemeadura requerendo a sua condenação ao pagamento de montante equivalente a 130.000 m², a serem calculados pelo valor unitário do metro quadrado estabelecido no contrato escrito, aditados de juros de mora e correção monetária desde a data final da prestação de serviços, isso é 16-5-2011 (**evento 1, OUT5; p. 17**).

Ao contestar a ação, a ora Requerente apontou ter adimplido a integralidade do pacto, indicando

ter havido aditivo contratual para remunerar pelos serviços adicionais realizados, tendo a Adversa recebido R\$ 322.926,18 e firmado o termo de encerramento contratual, conferindo quitação e dando por findada qualquer discussão envolvendo o contrato FCE-0535/2010. Acrescentou, ainda, que não havia provas dos alegados serviços adicionais.

Em réplica, a Autora - ora Requerida - apontou que era incontroversa prestação dos serviços consoante as notas fiscais constantes na exordial bem como a realização de adicionais, sem ter sido comprovado a adequada remuneração a estes, uma vez que não demonstrou ter efetivado a medição da área, o que não teria pertinência com o termo de encerramento apresentado. Aludiu, ainda, que “restou claro que a empresa requerente plantou grande área pela técnica da hidrossemeadura, que não fora objeto de contrato escrito, área não mensurada e os serviços não foram adimplidos” (**evento 1, OUT6**, p. 130).

Diante da delimitação supra, tem-se evidente que a causa de pedir era a não remuneração por serviços prestados sem respaldo contratual escrito, mas avençado apenas oralmente.

Assim sendo, tem-se que, de fato, a sentença proferida na instância de origem se mostra *extra petita*, afrontando o disposto nos arts. 490 e 492 do CPC, pois, após reconhecer a existência de serviços prestados além daqueles formalmente avençados, utilizou como critério para aferição do valor devido a diferença de valores entre as notas fiscais emitidas e os recibos de pagamento, o que não fundamenta o pedido. Veja-se:

[...] é incontroverso que as partes firmaram o contrato de prestação de serviços técnico a preço unitário, cujo documento se encontra juntado às fls. 25/28, onde consta expressamente que o valor do pacto é de R\$ 246.469,21. Desse valor o total de R\$ 1721777,33 correspondente ao equivalente a 78.535,15m², proteção de taludes com hidrossemeadura, ao custo unitário de R\$ 2,20, e R\$ 73.691,88, correspondente a proteção de taludes com grama em leivas, em 19.392,60m², ao custo unitário de R\$ 3,80.

Consta, ainda, na cláusula décima segunda que o pagamento do valor de cada parcela correspondente aos serviços prestados e atestados, deveria ser realizado até 15 dias após a data em que o montante seria devido, desde que apresentada a respectiva nota fiscal de prestação de serviço (fl. 27).

No tocante a tal pacto e a tais valores, o documento da fl. 143 demonstra o término contratual, dando por encerrado todo e qualquer serviço originário desse contrato. No documento há menção expressa que a quitação se refere as áreas de 78.535,15m², relativamente a taludes com aplicação de hidrossemeadura, e 19.392,60m², relativo a taludes.

Porém, tal documento nada fala com relação ao aditivo contratual firmado entre as partes (fls. 141/142), com relação a serviços adicionais, correspondentes a hidrossemeadura em 12.304,85m² e grama de leiva em 12.017,17m².

Logo, o simples documento da fl. 143 não serve para comprovar que de fato houve o pagamento do valor total dos serviços prestados pela parte autora.

Aliás, as próprias testemunhas arroladas pela empresa demandada, Valderes Brunetto Anguinoni e Wagner de Souza Linia são expressas em afirmar que houve o plantio de uma área maior do que a originalmente pactuada, e, em razão disso, foi realizado o aditivo contratual acostado às fls. 141/142.

Todavia, é possível concluir que esse aditivo não abrange a área total que foi trabalhada pela empresa autora, pois pelo que se extrai do -contrato, cada pagamento deveria corresponder a uma nota fiscal. Nesse rumo, destaca-se que nos autos consta uma nota fiscal sem qualquer descrição de valores (fl. 42) e uma nota cancelada (fl. 62), sendo que nas demais constam os seguintes valores: R\$ 16.673,60 (fl. 43), R\$ 21.226,20 (fl. 44), R\$ 39.601,51 (fl. 45), R\$ 1.701,80 (fl. 46), R\$ 5.805,07 (fl. 47), R\$ 5.805,07 (fl. 48), R\$ 13.404,60 (fl. 49), R\$ 1.710,00 (fl. 50), R\$ 50.318,40 (fl. 51), R\$ 10.978,00 (fl. 52), R\$ 31.861,50 (fl. 53), R\$ 5.489,00 (fl. 54), R\$ 23.067,00 (fl. 55), R\$ 31.861,50 (fl. 56), R\$ 5.489,00 (fl. 57), R\$ 34.600,50 (fl. 58), R\$ 8.892,00 (fl. 59), R\$ 11.533,50 (fl. 60), R\$ 8.892,00 (fl. 61), R\$ 19.165,95 (fl. 63).

Somando essas notas fiscais há um total de R\$ 348.076,20, ou seja, valor evidentemente superior ao apontado no contrato originário que era de R\$ 246.469,21 e no aditivo que era de R\$ 72.735,92, o que, de fato, leva a crer que há serviços adicionais prestados, além dos que foram previstos nos contratos.

A prova documental demonstra que nem todo serviço prestado correspondia a um contrato escrito, conforme afirmaram as testemunhas Valderes Brunetto Anguinoni e Wagner de Souza, até mesmo porque, conforme restou provado pelas demais testemunhas, o engenheiro responsável pela fiscalização do serviço, Lúcio Espindola, não chegou a realizar nenhuma medição na área, apesar de ser evidente que isso era necessário para que o serviço prestado fosse remunerado de forma correta.

Em razão disso, por óbvio que o pleito inicial merece ao menos em parte acolhida, já que somando-se as notas fiscais emitidas é possível constatar que há o valor de R\$ 348.076,20 correspondente aos serviços prestados e a ré comprova pagamentos que totalizam R\$ 320.758,85.

Veja-se que esse montante é formado dos totais de R\$ 15.698,20 (fl. 148), R\$ 19.984,47 (fl. 154), R\$ 37.284,82 (fl. 162), R\$ 1.594,67 (fl. 167), R\$ 5.465,48 (fl. 171), R\$ 1.609,96 (fl. 176), R\$ 12.486,39 (fl. 181), R\$ 10.335,79 (fl. 186), R\$ 46.871,59 (fl. 191), R\$ 29.678,99 (fl. 196), R\$ 5.167,89 (fl. 201), R\$ 21.602,24 (fl. 207), R\$ 5.167,89 (fl. 213), R\$ 29.817,60 (fl. 218), R\$ 8.371,82 (fl. 223), R\$ 32.403,37 (fl. 229), R\$ 10.801,12 (fl. 235), R\$ 8.371,82 (fl. 240) e R\$ 18.044,74 (fl. 245)

Mais uma vez, repita-se, foram emitidas notas no total de R\$ 348.076,20 e a ré somente comprova o pagamento de R\$ 320.758,85, restando no mínimo um saldo devedor de R\$ 27.317,35.

Se há área maior onde foi realizado serviço pela parte autora, não há prova nos autos em tal sentido. Veja-se que as testemunhas arroladas pela autora são unânimes em narrar a extensa prestação de serviço, porém, não há como saber ao certo se essa prestação de serviço diz respeito a área que é objeto do contrato originário e aditivo, ou se foi prestado serviço além do pactuado.

Evidentemente que se trata de um negócio mal feito pelo autor, que, provavelmente em razão de sua boa-fé realizou os serviços, porém, não foi - cuidadoso a ponto suficiente de realizar um contrato prévio a sua prestação. Logo, não havendo nos autos prova cabível quanto a verdadeira área que foi objeto da hidrossemeadura-, não há como acolher, na íntegra o pedido inicial.

(evento 1, OUT6; pp. 208-210)

Todavia, não era essa a porção da relação jurídica estabelecida entre as Partes que estava sendo questionada. A Contratada não se insurgiu quanto aos pagamentos realizados, mas apenas requereu complementação daquilo que não estava supedaneado no contrato escrito, alegando, então, ter havido estipulação verbal, que não teria sido paga.

Via de consequência, o Órgão Fracionário prolator do acórdão objeto da presente ação

rescisória laborou em equívoco quando não conheceu das teses pertinentes à alegada inexistência do saldo devedor reconhecido na sentença em razão de a diferença ser referente ao pagamento dos impostos incidentes sobre os serviços prestados, bem como à documentação correlata.

Apesar de a questão não ter sido objeto de debate na origem, sobreveio aos autos para combater o fundamento da sentença, que, como já se disse, estava fora dos seus limites.

Assim sendo, era imperativo o seu exame pelo Colegiado, motivo pelo qual se reconhece a violação aos arts. 435 e 1.014 do Código de Processo Civil e se desconstitui o acórdão na porção em que negou análise à parte das razões recursais externadas pela então Ré Foz do Chapecó Energia S.A.

3 Juízo rescisório

Dada a procedência do pedido de desconstituição do acórdão nos termos acima delineados, impõe-se a prolação de julgamento substitutivo, de acordo com o que dispõe o art. 974 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “ *julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968*”.

Ao comentar o preceito normativo supra, Marcus Vinicius Rios Gonçalves expõe que:

O art. 974 do CPC, ao estabelecer que “ julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento (...)”, aponta para a existência de dois momentos: o juízo rescindente, aquele em que o órgão julgador rescinde a decisão impugnada; e o juízo rescisório, em que, se for o caso, procede-se a novo julgamento.

Por meio do juízo rescindente, o órgão julgador vai desconstituir aquilo que, da decisão de mérito, foi alcançado pela coisa julgada material: o dispositivo da decisão de mérito, já transitada em julgado. Não podem ser objeto de ação rescisória as outras partes da decisão ou sentença, elencadas no art. 504 do CPC (os motivos e a verdade dos fatos; em síntese, a fundamentação). Não havendo coisa julgada sobre elas, não existe interesse para a rescisória. Só o dispositivo é que se torna imutável e pode ser objeto dela.

O juízo rescisório pressupõe que tenha sido acolhida, ao menos em parte, a pretensão rescindente. Afinal, se nenhuma parte do dispositivo tiver sido desconstituída, não haverá razão para uma nova decisão. Se apenas uma parte for desconstituída, o novo julgamento referir-se-á tão somente a ela; se todo o julgamento anterior for desconstituído, o órgão julgador promoverá novo julgamento, que abrangerá integralmente os limites objetivos e subjetivos da lide originária, mas que deles não poderá desbordar. Os limites do novo julgamento na ação rescisória são os limites da lide originária. Ainda que a decisão rescindida seja uma sentença, o tribunal que julgar a ação rescisória terá competência para promover o novo julgamento, em substituição ao anterior.

(Esquemático - Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 630)

Pois bem.

Antes de iniciar a análise, convém registrar os limites dos pedidos recursais.

Contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da ação de cobrança para

condenar a Foz do Chapecó Energia S.A. a pagar à Jusmar Sperotto ME a quantia de R\$ 27.317,35, atualizada pelo INPC, desde 16-5-2011 (data final da prestação do serviço), e aditada de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambas as Partes manejaram recursos. O saldo mencionado na sentença foi apurado - repita-se - por meio da soma das notas fiscais emitidas pela Autora, que resulta no valor de R\$ 348.076,20, diminuído da quantia cujo pagamento foi comprovada pela Ré, R\$ 320.758,85.

Jusmar Sperotto ME aduziu, em suas razões recursais, que: a) a sentença se deu fora do contexto da inicial; b) não houve medição correta das áreas plantadas por técnica de hidrossemeadura, não tendo havido, também, a emissão de ordem de serviço, notas fiscais e pagamento; c) *“prestou serviços para recorrida muito além da metragem inserida no contrato formal o, mantido entre as partes, prorrogado por contrato verbal”*, tanto que o prazo inicial era de 3 meses e trabalhou mais de um ano; d) o termo de encerramento contratual não dá conta de todos os serviços prestados; e e) a Contratante reconheceu ser devedora de, no mínimo, R\$ 72.735,92, tendo por isso firmado o aditivo contratual, que não foi pago.

Ao final, postulou pela reforma da sentença para condenar a recorrida ao pagamento de quantia correspondente a 130.000 m², de prestação de serviços técnicos para proteção de taludes com aplicação de hidrossemeadura, e, subsidiariamente, ao pagamento do valor de R\$ 72.735,92 referente ao termo aditivo.

Foz do Chapecó Energia S.A. apontou que: a) o contrato foi integralmente quitado, sendo que o termo de encerramento contratual buscar finalizar a relação contratual, ainda que tenha referido apenas às metragens iniciais, dando ampla quitação validamente; b) não há saldo devedor, uma vez que a diferença de quantias reportada pela Sentenciante era o equivalente ao retido para o pagamento de tributos diretamente ao fisco; e c) a nota fiscal n. 57 não foi apresentada ao pagamento, diferente das demais.

Derradeiramente, postulou pela reforma da sentença a fim de afastar a condenação imposta.

O Apelo da Foz do Chapecó Energia S.A. foi parcialmente conhecido e desprovido e o manejado por Jusmar Sperotto ME rejeitado.

Feitas essas ponderações, consigna-se que a presente análise dar-se-á sobre a porção rescindida do julgado, ante os limites estabelecidos na presente ação rescisória. Ou seja, estará adstrita à tese de inexistência de saldo devedor em razão da diferença entre as notas fiscais e o efetivamente creditado à Jusmar Sperotto ME, em decorrência da retenção e pagamento dos tributos diretamente ao Fisco, que é a tese recursal não analisada por ter sido reputada inovatória, tendo sido desconstituída a coisa julgada sobre o veredito.

E nesse aspecto, razão assiste à apelante Foz do Chapecó Energia S.A.

Independentemente de terem sido quitados ou não os valores devidos à Fazenda Pública, a causa de pedir não estava fundada nesse descompasso, mas sim na prestação de serviços não aferida e, por isso, não remunerada.

Assim, a condenação não pode adotar como referência a diferença de valores entre as notas emitidas e os comprovantes de pagamentos.

Dito isso, é até mesmo irrelevante a juntada dos documentos trazidos em grau recursal. Primeiro porque não era a circunstância levada ao crivo da Sentenciante. Segundo porque já estavam demonstradas as retenções das provas anexadas à contestação.

Contudo, por mais que o critério adotado pela Magistrada de origem não estivesse correto por extrapolar a demarcação do pedido, o reconhecimento da prestação de serviços adicionais sem respaldo de contrato solene permanece hígida, o que impõe a reavaliação das provas encartadas nos autos para aferir a existência de elementos que permitam quantificar eventuais valores devidos à Prestadora pelos serviços efetivamente desempenhados por ela.

Isso porque, consoante se extrai da sentença, houve trabalho adicional não remunerado, pois a soma das notas emitidas pela Contratada é superior ao valor constante no contrato e no aditivo.

Outrossim, a conclusão acima referida foi confirmada pela Primeira Câmara de Enfretamento de Acervos que, sob o voto condutor do Des. José Maurício Lisboa, pontuou:

[...] resta inconteste nos autos que em 21.05.2010 as o o partes firmaram contrato de prestação de serviços técnicos, a preço unitário, para proteção de taludes com aplicação de hidrossemeadura e proteção de taludes a e com aplicação de grama em leivas (FCE - 0535/2010 - fls. 125/132), pelo valor e - inicialmente estimado de R\$ 246.469,21, o qual compreenderia:

- proteção de taludes com hidrossemeadura: 78.535,15 m2 ao custo c% ct. unitário de R\$ 2,20 por m2, totalizando R\$ 172.777,33.

- proteção de taludes com grama em leivas: 19.392,60 m2 ao custo o unitário de R\$ 3,80 por m2, totalizando R\$ 73.691,88 (cláusula décima primeira - c-2 fl. 129).

O prazo para a execução da totalidade dos serviços relacionados foi o ajustado em 3 meses (cláusula décima terceira - fl. 130), cujo término dar-se-ia em 21.08.2010.

Do mesmo modo, resta incontroverso que em 1º.04.2011 os litigantes entenderam por celebrar “Termo Aditivo” ao dito Contrato (fls. 141/142), que passou a vigor a partir de 21.08.2010 (cláusula primeira - fl. 141, diga-se, e data máxima para encerramento dos serviços originalmente contratados), tendo por objeto “incluir serviços a serem prestados adicionalmente aos estabelecidos na Cláusula Primeira - do Objeto, do Contrato Original”; “alterar o prazo de execução dos serviços estabelecido na Cláusula Décima Terceira - Do Prazo, do Contrato original, tendo em vista a execução dos serviços a serem executados adicionalmente, objeto deste 1º Termo Aditivo”; e, “alterar o valor total do Contrato estabelecido na Cláusula Décima Primeira - Do Valor do Contrato, em consequência da execução dos serviços a serem executados adicionalmente, objeto deste 1º Termo Aditivo (fl. 141).

No referido “Termo” consignou-se que o prazo para a execução da totalidade dos serviços relacionados (aqueles originalmente contratados e os adicionalmente acrescidos) seria elastecido para 360 dias, a contar da data da assinatura do contrato original (ou seja, vigoraria até 21.05.2011), bem como que o valor do contrato original - R\$ 246.469,91 - seria acrescido do importe de R\$ 72.735,92, passando a corresponder à quantia de R\$ 319.205,13 (fl. 142).

Por fim, estabeleceu-se que “as demais Cláusulas e disposições do Contrato FCE-053512010 assinado em 21.05.2010, permanecem inalteradas naquilo que não conflitam com o teor deste 1º Termo Aditivo” (cláusula terceira o. - fl. 142).

Após as aludidas tratativas, em 13.05.2011 as partes firmaram “Termo de Encerramento Contratual” (fl. 143), oportunidade em que aquiesceram (-3 que a prestação dos serviços técnicos, atinentes ao objeto do Contrato FCE-0535/2010, haviam sido encerradas “com a conclusão total dos serviços, o não havendo mais qualquer compromisso recíproco” entre a Foz do Chapecó Energia S/A e Jusmar Sperotto ME, a contar de 16.05.2011.

Pois bem. Enfatiza a ré que este “Termo de Encerramento” daria quitação do total da contratação celebrada entre as partes, inexistindo qualquer cu importância a ser paga à autora, a ensejar a improcedência da demanda.

Contudo, ao que se nota do mencionado “Termo”, este faz referência apenas ao contrato original, descrevendo os serviços que teriam sido encerrados, concernentes às medidas previstas naquele ajuste para proteção de taludes com aplicação de hidrossemeadura e proteção de taludes com aplicação de grama em leiva.

Ora, é evidente que as especificidades existentes no Termo de Encerramento Contratual possibilitam uma única interpretação, qual seja, de que este foi ajustado com o nítido propósito de liquidar tão somente a contratação inicial, sem abranger os serviços relacionados no “Termo Aditivo”, até porque não nos parece crível que a autora aquiesceria com o correspondente conteúdo, se tal não se restringisse ao que lá se consignou, tampouco que a ré elaboraria o respectivo teor, possibilitando interpretação dúbia, quando poderia tê-lo confeccionado de forma clara e precisa quanto à aventada liquidação do negócio em sua integralidade - contrato e termo aditivo.

Nesse passo, cai por terra a pretensão da ré.

Da mesma forma, não há com acolher as argumentações da empresa autora, mormente porque, como bem assentado na sentença, “se há área maior onde foi realizado serviço pela parte autora, não há prova nos autos em tal sentido. Veja-se que as testemunhas arroladas pela autora são unânimes em narrar a extensa prestação de serviço, porém, não há como saber ao certo se essa prestação de serviço diz respeito a área que é objeto do contrato originário e aditivo, ou se foi prestado serviço além do pactuado.

Evidentemente que se trata de um negócio mal feito pelo autor, o que, provavelmente em razão de sua boa-fé realizou os serviços, porém, não foi CE cuidadoso a ponto suficiente de realizar um contrato prévio a sua prestação. Logo, não havendo nos autos prova cabal quanto a verdadeira área que foi objeto da hidrossemeadura, não há como acolher na íntegra o pedido inicial” (fl. 348).

E assim se entende porque “provar, sabidamente, é indispensável e para o êxito da causa. Se aquele que tem o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito não consegue se desincumbir satisfatoriamente de tal encargo, e se a prova atinente aos seus interesses não vem aos autos por qualquer outro meio, não há como proclamar um édito de procedência em seu favor” (Apelação Cível n. 0010954-83.2010.8.24.0011, de Brusque. Relator Des. Rubens Schulz, j. 11.5.2017).

[...]

Por tais razões, não tendo a parte autora sequer se munido de eventual prova documental a atestar que realizou serviços para além daqueles constantes das notas fiscais por si colacionadas, ônus que lhe incumbia, vez que inerente e necessário ao próprio serviço por si prestado, agiu com acerto o magistrado sentenciante, devendo permanecer incólume a sentença recorrida e igualmente no ponto.

[...]

Resta a este Colegiado Ampliado, então, a análise dos documentos encartados ao feito para aferição do quantum devido.

Quanto à impugnação às medições cujos relatórios encontram-se acostados ao feito, não há elementos que possam conformar eventual rejeição dos registros efetuados pela Contratante. E isso era ônus da parte autora, uma vez que se trata de aspecto constitutivo do seu direito, nos moldes do art. 373, inciso I, do CPC, que poderia ter instruído o feito, por exemplo, com provas sobre a quantidade de insumos utilizados, levantamento técnico da área trabalhada, ou até mesmo requerido a designação de perícia judicial no curso do processo.

Embora as testemunhas tenham apontado trabalho maior do que o originalmente avençado, não se tem parâmetro para aferir se há parte que não foi abrangida pelo aditivo contratual incontroversamente realizado em 1-4-2011 (**evento 1, OUT5**; pp. 151-152). Registre-se que após o término do contrato e até mesmo após a formalização do aditivo, foram efetuados pagamentos, que se encontram reportados na “ficha de acompanhamento de contrato” (pp. 154-157 do **evento 1, OUT5**).

No entanto, pelo cotejo atento e cuidadoso das provas contidas nos autos, verificou-se um relatório de medição e uma nota fiscal emitida não inclusos na planilha apresentada pela Foz do Chapecó Energia S.A.

O relatório de medição, subscrito por preposto da Concessionária, refere-se a agosto de 2010, no valor total de R\$ 41.304,31, não tendo sido abrangido por nota fiscal disponibilizada no feito. Dessa quantia, R\$ 1.702,80 era pertinente à plantação de grama por hidrossemeadura (objeto do feito originário) em 774,00 m² (**evento 1, OUT6**; p. 12), não sendo a quitação respectiva demonstrada.

A nota fiscal n. 000057, no importe de R\$ 5.805,07 (**evento 1, OUT5**; p. 53), não foi inserida nos apontamentos relativos aos pagamentos efetuados, bem como não se verificou recibo correlato. A descrição do serviço consiste em “serviços técnicos para proteção de taludes c/ aplicação de hidrossemeadura e proteção de taludes c/ aplicação de grama em leivas - Chapecó - SC”. Mas, como não há distinção entre os valores oriundos das prestações em comento - tal como em muitas outras notas fiscais -, assim como o conteúdo não foi impugnado especificamente na contestação - momento processual oportuno para questionar as teses iniciais visando desconstituir o direito invocado pela parte autora -, reputar-se-á impaga.

Diante disso, conclui-se que, pelo que se aferiu dos autos, a Concessionária é devedora de, ao menos, R\$ 7.507,87, quantia que deve ser condenada a pagar à Adversa.

Portanto, acolhe-se em parte o Apelo manejado por Foz do Chapecó Energia S.A. para readequar a condenação ao importe de R\$ 7.507,87, quantia que deve ser aditada de correção monetária pelo INPC desde a data em que devido o pagamento - quanto ao relatório de medição que menciona R\$ 1.702,80 a contar de 31-8-2010 (**evento 1, OUT6**; p. 12); quanto à nota fiscal no valor de R\$ R\$ 5.805,07 a partir da emissão em 1-10-2010 (**evento 1, OUT5**; p. 53) - e juros de mora desde a data da citação na origem, isso é, 22-3-2012 (**evento 1, OUT5**; p. 103).

Os ônus sucumbenciais da ação de cobrança originária devem redistribuídos ante a modificação da sentença em virtude do acolhimento parcial do Recurso.

Considerando que o pedido inicial era de condenação ao pagamento do “*valor dos serviços*”

prestados de implantação de vegetação pela técnica de hidrossemeadura, equivalente a 130.000 m² (cento e trinta mil metros quadrados), a serem calculados pelo valor unitário do metro quadrado estabelecido no contrato escrito”, qual seja, R\$ 2,20 a cada unidade de medida (m²), a pretensão equivalia a R\$ 286.000,00. Sendo a Ré condenada ao pagamento de R\$ 7.507,87 (atualizado e aditado de juros moratórios), consoante acima apontado, tem-se que esta sucumbiu de parte mínima, justificando-se a imposição do ônus sucumbenciais integralmente à autora Jusmar Speroto ME, na forma do art. 86, parágrafo único, do CPC.

Quanto aos honorários advocatícios, em atenção aos balizamentos do art. 85, § 2º, do CPC, e tendo em conta que a ação tramitou até o julgamento final do processo de conhecimento por 8 anos (entre 2011 e 2019, quando certificado o trânsito em julgado), bem como o labor desenvolvido pelo patrono da Ré, que elaborou contestação, participou de audiência de instrução e elaborou peças recursais (dois aclaratórios, um apelo e um recurso especial), estipula-se em 20% do valor atualizado da condenação.

Contudo, a exigibilidade do encargo processual ficará suspensa na forma do art. 98, § 3º, do CPC, porquanto a Sucumbente é beneficiária da gratuidade judiciária, consoante reconhecido na origem.

4 Sucumbência da ação rescisória

No âmbito da presente ação autônoma de impugnação, a autora Foz do Chapecó S.A. sagrou vitoriosa, logrando êxito em desconstituir a coisa julgada, conforme por ela vindicado.

Assim, deve a ré Jusmar Speroto ME suportar os ônus da derrota, quais sejam, as custas processuais e honorários advocatícios em favor da Adversa, os quais, também com azo no aludido art. 85, § 2º, do CPC, arbitra-se em 12% do valor atualizado da causa - já que inexistente condenação diversa da aferida na ação originária - por se tratar de demanda em que a instrução processual é dispensável, tendo o trabalho profissional se resumido à propositura da ação e à apresentação de contrarrazões ao agravo interno (**evento 51, CONTRAZI**).

Ressalva-se, contudo, que a ré Jusmar Speroto ME requereu, quando da contestação, a extensão da gratuidade processual concedida na ação rescisória, argumentando ser empresário individual prestador de serviços não essenciais que foram afetados pela pandemia, tendo acostado declaração de hipossuficiência (**evento 20, DECLPOBRE4**) e o contrato social da empresa, que tem capital social de R\$ 5.000,00 (**evento 20, CONTRSOCIAL3**). Em vista dos mencionados documentos e da outorga anterior do benefício, concede-se à Ré a gratuidade judiciária, ficando sobrestada a exigibilidade dos ônus sucumbenciais também em relação à ação rescisória, na forma do art. 98, § 3º, do CPC.

É o quanto basta.

Ante o exposto, voto no sentido de: a) julgar procedente a ação rescisória para desconstituir o acórdão proferido nos autos n. 0023749-66.2011.8.24.0018 na parte em que não conheceu do Apelo manejado por Foz do Chapecó Energia S.A.; b) em juízo rescisório, acolher em parte a tese agora examinada, a fim de readequar a condenação balizada na sentença para o importe de

R\$ 7.507,87, devendo o *quantum* ser aditado de correção monetária pelo INPC desde a data em que devido o pagamento - quanto ao relatório de medição que menciona R\$ 1.702,80 a contar de 31-8-2010 (**evento 1, OUT6**; p. 12); quanto à nota fiscal no valor de R\$ R\$ 5.805,07 a partir da emissão em 1-10-2010 (**evento 1, OUT5**; p. 53) - e juros de mora desde a data da citação na origem, 22-3-2012 (**evento 1, OUT5**; p. 103), bem como redistribuir os encargos da derrota na demanda originária, conforme a fundamentação; c) condenar a ré Jusmar Speroto ME ao pagamento dos ônus sucumbenciais da ação rescisória, ressalvada a extensão da gratuidade judiciária concedida na relação processual primeva; e d) autorizar o levantamento, pela autora Foz do Chapecó Energia S.A., do depósito a que alude o art. 968, inciso II, do CPC, cujo recibo encontra-se acostado no **evento 5, COMP3**.

Documento eletrônico assinado por **ROSANE PORTELLA WOLFF, Desembargadora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2975205v89** e do código CRC **103139ad**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROSANE PORTELLA WOLFF

Data e Hora: 16/12/2022, às 12:9:40

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO Nº 0306957-45.2015.8.24.0075/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SILVIO DAGOBERTO ORSATTO

APELANTE: DANIELA FERREIRA D AGOSTINI MARIN

APELANTE: LUIS ORLANDO D AGOSTINI MARIN

APELANTE: GUSTAVO HENRIQUE D'AGOSTINI MARIN

APELANTE: PEDRO ARTHUR D'AGOSTINI MARIN

APELADO: AMERICAN AIRLINES INC

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. **SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CDC. CONVENÇÃO DE MONTREAL APLICÁVEL SOMENTE EM CASOS DE DANOS MATERIAIS. PRECEDENTES DO STF. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE POR CASO FORTUITO. MANUTENÇÃO DA AERONAVE. OPERAÇÃO INERENTE A ATIVIDADE-MEIO DA PRESTADORA. INCUMBÊNCIA DE MANTER AS CONDIÇÕES DE SEGURANÇA. Ocorrência de fortuito interno. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Cancelamento e atraso ao destino final em mais de 24h. Véspera de feriado de Natal. Danos morais. Pretensa majoração. *QUANTUM* arbitrado em acordo com os parâmetros da Câmara (R\$ 10.000,00). CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERBA RECURSAL DESCABIDA. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA TÉCNICA NA ORIGEM (SÚMULA N. 326 DO STF). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1. Segundo posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal em recurso representativo da controvérsia, “a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral” (STF, RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25-05-2017).
2. A manutenção de aeronaves é inerente ao serviço prestado pelas companhias aéreas, sendo de incumbência destas a prestação do serviço adequado e em segurança, não podendo valer-se da excludente de responsabilidade por ocorrência de fortuito interno.
3. O valor a ser fixado a título de danos morais deve atender ao binômio punição/reparação, cuja importância deve ser expressiva o suficiente para desestimular o responsável a reincidir na conduta repreendida e reparar o dano ao patrimônio moral da vítima sem, contudo, ser tão elevado a ponto de constituir enriquecimento sem causa.
4. Como parâmetros, a doutrina e a jurisprudência sedimentaram que devem ser considerados fatores como a intensidade e duração do dano, a gravidade do fato que causou do dano, a condição pessoal e social das partes e o grau de culpa do lesante, bem como o valor do negócio.

5. Estando o valor arbitrado no juízo *a quo* para compensação pelos danos morais de acordo com os precedentes desta Corte, o caso concreto não comporta majoração.

ACÓRDÃO

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, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por D. F. D A. M., L. O. D A. M., G. H. D A. M. e P. A. D A. M. em face da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão que, nos autos da Ação de Compensação por Danos Morais n. 03069574520158240075, ajuizada por si contra A. A. INC, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos (Evento 29 - autos de origem):

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, o que faço com fundamento no art. 485, I, do CPC, para condenar American Airlines Inc. a pagar aos autores (Daniela Ferreira D Agostini Marin, Luiz Orlando D Agostini Marin, Gustavo Henrique D Agostini Marin e Pedro Arthur D Agostini Marin) a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) – R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada -, corrigida pelo INPC a partir da publicação desta sentença e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Condeno a parte ré ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios em favor do advogado da parte autora, estes últimos arbitro em 10% do valor da condenação, tendo em conta o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, §2º, do CPC).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Interposta possível apelação, certifique-se a tempestividade e o recolhimento do preparo (se for o caso) e intime-se o apelado para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (CPC/2015, art. 1.010, §1º). Se o apelado interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante-recorrido para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar contrarrazões (CPC/2015, art. 1.010, §2º). Após estas formalidades, decorridos os prazos, remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça, independentemente de juízo de admissibilidade (CPC/2015, art. 1.010, §3º).

Transitada em julgado, certifique-se e cobrem-se as custas (se for o caso). Tudo cumprido, e nada sendo requerido, arquivem-se com as providências e cautelas de praxe.

Inconformados, os apelantes sustentaram que a sentença merece reforma quanto ao valor da indenização, diante da má prestação do serviço de transporte aéreo, eis que não foi condizente com a função de reprimir o cometimento de novos atos ilícitos pela apelada; circunstâncias do ato ilícito e capacidade econômica das vítimas. Argumenta que a apelada sabia que a aeronave estava defeituosa, deixando que o voo atrasasse em demasiada proporção e que um dos voos somente sobrevoou a cidade de Porto Alegre/RS, a fim de gastar o combustível, pois existia risco de queda da aeronave e aterrissou em pouso de emergência no mesmo aeroporto de saída, colocando em risco a vida dos passageiros. Discorre que perdeu diária de hotel, locação de automóvel e ingressos de parques temáticos a serem visitados na cidade de Orlando, nos Estados Unidos da América, nos dias 23 e 24 de dezembro de 2014, sendo frustrada a noite de natal, que foi celebrada comendo lanche *fast-food* no aeroporto e, ao final, pelo provimento do recurso (Evento 35 - autos de origem).

Em resposta, a apelada apresentou contrarrazões (Evento 44 - autos de origem), arguindo a excludente de responsabilidade civil pela ocorrência de caso fortuito, diante do cancelamento do voo por problemas mecânicos na aeronave e, mesmo nesta situação, cumpriu com o dever de informação e prestação de assistência aos passageiros. Argumenta a aplicabilidade da Convenção de Montreal ao caso concreto, que veda a reparação em caráter punitivo e pugna pela manutenção da sentença por não haver fundamentos para majoração dos danos.

Após, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Em parecer da lavra do eminente Procurador Paulo Cezar Ramos de Oliveira, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (Evento 21).

É o relatório.

VOTO

Admissibilidade recursal

Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

O recurso, adianta-se, não comporta provimento.

Contrarrazões

Antes de adentrar nas razões do recurso de apelação, enfrenta-se as questões trazidas nas contrarrazões, ante a sua prejudicialidade, eis que a parte apelada aventa tese excludente de responsabilidade por caso fortuito e aplicação da Convenção de Montreal.

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

A apelada arguiu a aplicação ao caso da Convenção de Montreal, diante da causa versar sobre voo internacional e ser vedada a reparação em caráter punitivo.

Todavia cabe ressaltar que embora se aplique a Convenção de Montreal para responsabilização do dano material em voos internacionais, o dano moral é analisado sob a ótica do CDC, conforme entendimento proferido pelo STF no julgamento do *Leading Case* RE 636331:

O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral.

In casu, a pretensão dos autores é a compensação dos danos morais ocasionados pelo cancelamento de voo internacional e, de acordo com a jurisprudência desta Corte de Justiça, aplicável a norma consumerista. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONDENATÓRIA À REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO NO VOO E PERDA DE CONEXÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM APENAS QUANTO AOS DANOS MORAIS. RECURSO DA COMPANHIA AÉREA. LEGISLAÇÃO INCIDENTE. VOO INTERNACIONAL. CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL APLICÁVEIS APENAS NO QUE TANGE AOS DANOS MATERIAIS. CONTROVÉRSIA JULGADA PELO PRETÓRIO EXCELSO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 210/STF). SILÊNCIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUANTO À MATÉRIA CORRELATA À COMPENSAÇÃO PELO ABALO ANÍMICO. VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO SUPLETIVA DA LEI CIVIL ORDINÁRIA, À INCLUSÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Segundo posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal em recurso representativo da controvérsia, «a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral» (STF, RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25-05-2017). (...) (TJSC, Apelação Cível n. 0306289-67.2015.8.24.0045, de Palhoça, rel. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 14-06-2018).

Assim, aplica-se o CDC porquanto se trata de relação consumerista, estando de um lado o consumidor e de outro o fornecedor.

A defesa dos direitos básicos do consumidor deve ser resguardada e, em especial, o previsto no art. 6º, incisos VI, VIII e X, do CDC, que assim dispõem: “São direitos básicos do consumidor **a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais**, coletivos e difusos; **a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil**, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; e **a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral**”.

Diante disso, o julgamento da presente demanda está adstrito às regras de proteção ao

consumidor, em especial, à inversão do ônus da prova, pois ele é parte hipossuficiente e merece especial tratamento.

Excludente de responsabilidade por caso fortuito

Extrai-se dos autos que a relação jurídica está demonstrada, ante a contratação de transporte aéreo, com a emissão de passagem com destino à Orlando, com escala programada em Miami/EUA, no dia 23/12/2014, às 01h20min e previsão de chegada às 10h46min.

A controvérsia reside na responsabilidade pelo cancelamento do voo de ida, na qual a apelada alega que decorreu de caso fortuito, ante a necessidade de manutenção da aeronave, agindo dessa forma dentro do seu dever de obrigação de transportar os passageiros com segurança.

Consoante informações dos autos, a apelada não comprovou que os serviços não foram efetivamente prestados dentro do programado por ocorrência de caso fortuito ou força maior, limitando-se a alegar problemas na manutenção da aeronave, sem anexar qualquer comprovante nesse sentido.

Em verdade, o caso concreto se trata da ocorrência de fortuito interno, em que a falha é inerente ao serviço efetuado pela apelada - transporte aéreo -, sendo sua incumbência e obrigação manter as aeronaves em condições de segurança, sem no entanto frustrar a entrega do serviço.

Por tais motivos, deve ser afastada a tese de de excludente da culpabilidade, registrando-se como razões de decidir a irretorquível manifestação do Juízo *a quo*, com grifos não constante do documento original, assim expressa:

(...)

Contudo, a toda evidência, o avião é máquina que contém diversos componentes mecânicos, elétricos e eletrônicos, os quais são passíveis de panes e falhas, de modo que, se a manutenção preventiva não os afasta por completo, é certo que o fornecedor/transportador consegue prever (ainda que estatisticamente) a baixa de aeronaves por problemas repentinos e evitar os atrasos de voos por planos de contingenciamento

Em outras palavras, em que pesem as alegações da parte ré, falhas/defeitos mecânicos de aeronaves constituem fortuito interno, açambarcado pelo risco do empreendimento econômico, que não tem o condão de romper o nexos de causalidade, na forma do art. 14, §3º, do CDC (AgRg no AREsp 747.355/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016 ; TJSC, Apelação Cível n. 0000306-04.2014.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 22-03-2018).

Portanto, o atraso do voo por falha mecânica caracteriza inadimplemento contratual relativo (falha na prestação de serviço), ato ilícito, portanto (CDC, arts. 14 e 20).

Embora o ilícito contratual, por si só, e de regra, não caracterize dano moral, o atraso na prestação do serviço de transporte aéreo, por mais de 4 (quatro) horas (Resolução ANAC 141/2010, art. 3º; Resolução ANAC 400/2016, art. 21), especialmente em voos internacionais, sem a assistência do fornecedor, configura situação excepcional, apta a violar o patrimônio existencial do indivíduo.

Com efeito, decorre da natureza do contrato de transporte, e daquilo que se observa ordinariamente, o planejamento e a vinculação das atividades do contratante à expectativa de cumprimento dos horários de embarque e desembarque, mormente quando o transporte faz parte de roteiro de viagens. Daí porque atrasos substanciais implicam, por si só, sofrimento psíquico e restrição à liberdade do consumidor, violações essas agravadas quando há perda de compromissos.

Nesse sentido, colhe-se precedente da Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde afastou a excludente por mero fortuito interno. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO DA RÉ. 1) DANO MORAL. ATRASO DE VOO. ALEGADA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. MANUTENÇÃO DA AERONAVE. AUSÊNCIA DE PROVAS DO ALEGADO. MERO FORTUITO INTERNO INERENTE À PRÓPRIA ATIVIDADE. (...) (TJSC, Apelação n. 5006375-14.2019.8.24.0036, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 09-12-2021).

Portanto, cediço que nas relações de consumo a responsabilidade é objetiva, de modo que basta a comprovação da causalidade material, independentemente de culpa ou dolo na ação ou omissão, ocorrendo a excludente de responsabilidade somente quando comprovada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior; entretanto, no caso em estudo as excludentes não foram demonstradas, devendo ser mantida a responsabilidade da apelada nesse ponto.

Majoração do *Quantum* Compensatório

No tocante aos danos morais, o magistrado *a quo* entendeu que a ocorrência está embasada na falha da prestação do serviço, pela frustração dos autores no embarque, ocorrendo o atraso de mais de 24 horas à chegada no destino final, véspera de feriado de natal, com duas crianças.

Os apelantes se insurgem quanto ao valor fixado, pois entendem que a quantia não é suficiente à reparar os danos e não foi condizente com a função de reprimir o cometimento de novos atos ilícitos pela apelada.

O valor a ser fixado a título de danos morais deve atender ao binômio punição/reparação, cuja importância deve ser expressiva o suficiente para desestimular o responsável a reincidir na conduta repreendida e reparar o dano ao patrimônio moral da vítima sem, contudo, ser tão elevado a ponto de constituir enriquecimento sem causa.

Como parâmetro, a doutrina e a jurisprudência sedimentaram que devem ser considerados fatores como a intensidade e duração do dano, a gravidade do fato que causou do dano, a condição pessoal e social das partes e o grau de culpa do lesante, bem como o valor do negócio.

In casu, o magistrado *a quo* arbitrou em 21/11/2018 a quantia de R\$ 40.000,00, sendo R\$ 10.000,00 para cada parte, por entender ser suficiente aos danos sofridos:

(...)

Dito isso, a propósito do quantum arbitrável, nota-se que a compensação arbitrada/mantida pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de atraso de voo varia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Precedentes: REsp 1616079/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 09/10/2017; AgRg no AREsp 826.205/RJ, Rel. Ministro MARCOAURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016; AgRg no AREsp 595.868/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016; AgRg no AREsp 742.860/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 24/09/2015; entre outros.

Assim, com base nesses critérios e considerações, e levando em conta a “dosimetria do dano moral” em sistema bifásico, a extensão do atraso (24 horas), a afetação de duas crianças, os transtornos pela frustração da viagem de natal, a capacidade econômica da parte ré e a circunstância de o primeiro avião ter pousado logo após decolar (só para gastar combustível), arbitra-se a compensação em R\$ 10.000,00 para cada autor.

Registra-se que tal quantia está em consonância aos valores fixados por esta Câmara julgadora e também por esta Corte de Justiça, em demandas envolvendo a falha na prestação de serviço de transporte aéreo. Vejamos:

(TJSC, Apelação Cível n. 0300734-75.2016.8.24.0064, de São José, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 09-07-2020).

(TJSC, Apelação Cível n. 0309738-51.2018.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 29-10-2019).

(TJSC, Apelação Cível n. 0300583-72.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Gerson Cherem II, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 28-06-2018).

Não obstante as alegações trazidas na apelação, reitera-se que o juízo de origem já levou em consideração o atraso de 36h ao destino final, as problemáticas na decolagem e aterrissagem do voo; a realocação dos passageiros e a chegada nas vésperas do feriado natalino, não havendo circunstâncias mais severas aptas a ensejar a majoração dos danos e, no tocante a perda dos ingressos, diária de hotel e locação de automóvel, tais prejuízos não foram objeto de indenização por danos materiais.

Feitas tais considerações, o recurso merece desprovimento a fim de manter a sentença de primeiro grau.

Honorários recursais

Por fim, passa-se à análise da incidência, ou não, da fixação da verba honorária recursal estatuída no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC.

Sobre a questão, Elpídio Donizete leciona que:

“Se o processo estiver em grau de recurso, o tribunal fixará nova verba honorária, observando os mesmos indicadores dos §§ 2º a 6º. De todo modo, o tribunal não poderá ultrapassar os limites previstos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. Exemplo: fixação de 10% na sentença, 5% na apelação e 5% no recurso especial. Havendo recurso extraordinário, o STF não poderá elevar a verba, porquanto a fixação já atingiu o limite de 20%. Assim, se em primeiro grau já foi fixado o limite (20%), não há falar em majoração» (Novo Código de Processo Civil Comentado / Elpídio Donizetti – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 79).

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o arbitramento de honorários advocatícios recursais, imprescindível o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- 1. Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;*
- 2. o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;*
- 3. a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso;*
- 4. não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;*
- 5. não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo;*
- 6. não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1357561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4-4-2017, DJe 19-4-2017).*

Em que pese o desprovimento do recurso, incabível a incidência de honorários recursais diante da ausência de fixação na origem, conforme dispõe o enunciado da Súmula n. 326 do STJ: **“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.**

Prequestionamento: requisito satisfeito

Na baliza do entendimento sedimentado pelo STJ, conforme Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1258645, rel. Min. Marco Buzzi, j. 18-5-2017, é desnecessária a referência numérica de dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido debatida e decidida pelo Tribunal, para que se considere questionadas as matérias objeto do acórdão para fins de prequestionamento, dispensando-se os aclaratórios para tal finalidade.

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).*

Registro efetuado unicamente com o fito de evidenciar a desnecessidade de oposição de embargos de declaração com fins meramente prequestionatórios, situação que caracteriza, em tese, a natureza procrastinatória dos embargos.

Parte Dispositiva

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e **negar-lhe** provimento, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **SILVIO DAGOBERTO ORSATTO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2385765v15** e do código CRC **9ff04e2c**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SILVIO DAGOBERTO ORSATTO

Data e Hora: 17/7/2022, às 20:16:57

APELAÇÃO Nº 0305310-63.2014.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR FLAVIO ANDRE PAZ DE BRUM

APELANTE: ANGELA MARIA ZIETZ KRETZER

ADVOGADO: ANDRÉ BEIL (OAB SC012830)

APELADO: SUL ALUMINIO INDUSTRIA E COMERCIO DE METAIS LTDA

ADVOGADO: BRUNO TUSSI (OAB SC020783)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA DE GALPÃO QUE VITIMOU O MARIDO E PAI DOS AUTORES. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

ALEGADA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE SISTEMA DE ANCORAGEM NO IMÓVEL. FATO INCONTROVERSO. VÍTIMA QUE ERA SÓCIA DA EMPRESA DE FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE CALHAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES ADEQUADAS DE SEGURANÇA. NORMAS TÉCNICAS NÃO RESPEITADAS. CABOS QUE TERIAM EVITADO A QUEDA DA VÍTIMA. EMPRESA REQUERIDA QUE CONSENTIU NA REALIZAÇÃO DO SERVIÇO, QUE POR SUA NATUREZA EXPÕE O PRESTADOR À SITUAÇÃO DE RISCO. RÉ QUE AO PERMITIR OS SERVIÇOS SEM A SEGURANÇA, DE ALGUMA FORMA, CONCORREU PARA O ACIDENTE. FALECIDO QUE ERA EXPERIENTE E TAMBÉM APOSTOU NA EXECUÇÃO DO SERVIÇO A PAR DA AUSÊNCIA DE CUIDADO. CULPA CONCORRENTE CARACTERIZADA.

DANO MORAL *IN RE IPSA*, EM DECORRÊNCIA DO PREMATURO FALECIMENTO DO GENITOR E MARIDO DOS REQUERENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER FIXADA EM R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS) PARA CADA AUTOR, TOTALIZANDO R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). EMPRESA REQUERIDA QUE, PELA CONCORRÊNCIA DE CULPAS, DEVE ARCAR COM 50% DO VALOR DEVIDO. ARBITRAMENTO EM CONFORMIDADE COM O INSTITUÍDO POR ESTA CORTE EM CASOS ANÁLOGOS, RESPEITANDO-SE OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

PENSIONAMENTO MENSAL. DEPENDÊNCIA FINANCEIRA DA ESPOSA E DO FILHO MENOR DE IDADE. VÍTIMA QUE AUFERIA RENDA DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) À ÉPOCA DOS FATOS. INDENIZAÇÃO FIXADA NA PROPORÇÃO DE 2/3 DA RENDA DO FALECIDO, REDUZIDO PELA METADE, TENDO EM VISTA O RECONHECIMENTO DA CULPA CONCORRENTE, ATÉ QUE O MENOR ATINJA 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE IDADE E A ESPOSA ATÉ A DATA EM QUE O FALECIDO COMPLETARIA 70 (SETENTA) ANOS. PAGAMENTO ATRAVÉS DE PARCELA ÚNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ.

SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

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, se 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 agosto de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por ANGELA MARIA ZIETZ KRETZER e outro, contra sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Joinville, que nos autos da “*Ação de Indenização*”, n. 0305310-63.2014.8.24.0038, ajuizada contra SUL ALUMÍNIO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA, julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa (evento 59).

Em suas razões (evento 66), os apelantes sustentaram o desacerto do *decisum* impugnado, visto que *«a responsabilidade pelo acidente ocorrido e que veio a resultar no falecimento do Sr. Amilto Kretzer, é toda/única/exclusiva da ora recorrida/apelada Sul Aluminnium, especialmente por causa da inexistência, no seu imóvel, do cabo guia para fixação para a realização de trabalhos em altura (conforme claramente atestado pela perícia técnica e demais documentos, laudos e provas constantes dos autos), o que era de sua responsabilidade e que deveria existir na construção que é de sua propriedade (inclusive conforme expressamente reconhecido na própria sentença guerreada)»*.

Segundo afirmaram os recorrente, a vítima utilizava seu equipamento de proteção no momento do acidente, qual seja, o cinto de segurança necessário para realizar serviços em altura, mas ao tentar localizar o cabo guia de fixação, que inexistia na construção, caiu de uma altura de aproximadamente 12 metros, queda que culminou em seu falecimento.

Dessa forma, alegaram que *“o cabo guia de fixação para trabalhos em altura é um cabo que circunda e acompanha toda a estrutura superior de um imóvel, seja ele galpão, prédio, etc. Portanto, o cabo guia de fixação para trabalhos em altura é parte integrante da estrutura do galpão de propriedade da empresa ré/recorrida”*.

Argumentaram, portanto, que *“culpa ou responsabilidade alguma pelo acidente pode ser atribuída ao falecido Sr. Amilto Kretzer, independentemente da existência ou não de contrato de prestação de serviço, notas fiscais, ser o de cujus sócio ou não da prestadora de serviços de instalação de calhas ou pingadeiras”*.

Pugnaram, ao final, pelo provimento do recurso, para condenar a empresa requerida ao pagamento de indenização por danos morais, bem como alimentos passados (desde o acidente), presentes e futuros, pela renda do falecido, até que a vítima completasse a idade equivalente à expectativa traçada pelo IBGE no final do ano de 2013 (74,6 anos).

Com as contrarrazões (evento 70), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Recebo-os conclusos.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual dele se conhece.

Trata-se de Apelação interposta contra sentença que rejeitou os argumentos apresentados pelos autores, no sentido de responsabilizar a empresa requerida pelo acidente que vitimou o Sr. Amilto Kretzer, que devido à ausência de fixação do cinto de segurança no cabo guia - inexistente no local - veio a cair de uma altura de aproximadamente 12 metros.

Pois bem.

Da análise do processado, denota-se que a sentença julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, porque entendeu a Magistrada singular pela ausência de qualquer responsabilidade da empresa requerida pelo fato discutido nos autos, visto que *“não há comprovação de que a parte ré corroborou para com o resultado da ocorrência, considerando que, reitera-se, o litígio versa sobre a responsabilidade do fornecimento do equipamento específico para tal serviço, já que se constatou que a morte do de cujus ocorreu por conta de (...) Queda de nível, com politrauma”, conforme indicado pelo exame cadavérico às fls. 32-33. Ou seja, a inobservância do uso de equipamento requerido para o caso acabou por ocasionar diretamente a morte do de cujus*” (evento 59).

Dito isso, inicialmente, no que toca à natureza jurídica do vínculo estabelecido entre o falecido e a empresa requerida, vê-se que os elementos probatórios descortinam que a relação existente entre as partes, de fato, não ultrapassa a de uma prestação de serviços, isso porque a peça vestibular pouco esclarece acerca de tal relação, ao passo que a ré apresenta argumentação no sentido de que o falecido nunca foi seu funcionário, até porque era sócio da empresa Comércio de Metais IJ Ltda ME, contratada para realizar a fabricação e instalação de calhas no imóvel pertencente à apelada.

Corroborando tal afirmação, a ré acostou aos autos contrato de prestação de serviço, notas fiscais e boletos que demonstram a contratação da empresa Comércio de Metais IJ Ltda ME (evento 24, INF22).

Nesse tópico, ainda que a última folha do contrato não esteja assinada, bem como as notas fiscais remetam à data posterior ao acidente, entendo que não há outros documentos capazes de

afastar a argumentação apresentada pela recorrida, até porque deixaram os autores de comprovar a relação de emprego eventualmente estabelecida entre o *de cujus* e a empresa ré, tanto é que a demanda não foi proposta perante a Justiça do Trabalho.

Superada essa questão, extrai-se do Boletim de Ocorrência a dinâmica do acidente que vitimou o marido/genitor dos autores (evento 1, INF5, fls. 1/2):

*Relata o comunicante que, na data, hora e local acima descritos, estava juntamente, com Amilto, na cobertura do galpão, iniciando a instalação de “pingadeiras” de alumínio, quando ouviu um “barulho” vindo de próxima, de onde se encontrava Amilto e não o viu; Que, foi até o local e viu um buraco em uma telha; Que, olhou entre o referido buraco e constatou que Amilton havia caído da cobertura no piso de concreto; Que, a cobertura tem aproximadamente 12 metros de altura; Que, no momento do acidente, não havia ninguém, além do comunicante, no local; **Que, Amilton se encontrava com o cinto de segurança junto a seu corpo, contudo, o cinto não estava “ancorado”**; Que, o comunicante «berrou» pedindo ajuda a colegas que se encontravam trabalhando no local, e em seguida desceu da cobertura; Que, o socorro chegou em seguida, e encaminhou Amilto ao P.A. de Araquari, onde veio a falecer. (grifou-se)*

Após, o Instituto de Criminalística emitiu um Laudo Pericial, mostrando-se relevante ao presente caso o seguinte trecho (evento 1, INF5, fls. 5/6):

[...]

*Ao acessar a cobertura foi possível visualizar o local em que a vítima estava trabalhando no momento da queda. Havia por sobre as telhas tábuas de madeira que faziam o papel de piso para que os trabalhadores pudessem caminhar por sobre as telhas. Também havia peças de alumínio que estavam sendo instaladas, um martelo, uma furadeira e cabo elétrico para fornecimento de energia para furadeira (imagens n. 06 a 08). **Não foram encontrados cabos guia para fixação do cinto de segurança como preconiza a Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho - NR 18 Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Instrução da Construção nos itens 18.18.1, 18.18.1.1 e 18.18.2.** (grifou-se)*

Dessa forma, sendo incontroversa a inexistência de cabo guia no imóvel, cinge-se a celeuma em torno da análise de eventual responsabilidade da empresa ré - proprietária do galpão - pela ausência do sistema de cabos de ancoragem, também denominados de linhas da vida, que poderiam ter evitado a queda e morte do prestador de serviços.

Firmadas tais premissas, urge registrar que, no caso em testilha, assiste razão em parte aos recorrentes.

Os apelantes embasam seus argumentos no fato de a edificação supostamente não apresentar instalações adequadas de segurança, porquanto inexistia no local cabo guia para fixação de cinto de segurança, o que não estaria de acordo com a Norma Regulamentadora 18 (NR 18) do Ministério do Trabalho e Emprego.

A referida regulamentação dispõe, entre outras normas técnicas, que:

18.9 Medidas de prevenção contra queda de altura

18.9.1 É obrigatória a instalação de proteção coletiva onde houver risco de queda de trabalhadores ou de projeção de materiais e objetos no entorno da obra, projetada por profissional legalmente habilitado.

Isso posto, na medida em que a empresa requerida consentiu na realização do serviço prestado pela vítima, que, por sua natureza, expõe o prestador à situação de risco, havendo-lhe interesse na execução dos trabalhos - pelo benefício daí decorrente -, entendo que concorreu com o acidente quando se omitiu - e isso incontroverso - na instalação de sistema de ancoragem, que deveria integrar a estrutura do imóvel (galpão).

O cabo de segurança deve ter sua extremidade fixada à estrutura definitiva da edificação, por meio de espera de ancoragem, suporte ou grampo de fixação de aço inoxidável ou outro material de resistência, qualidade e durabilidade equivalentes, sistema esse de proteção que inexistia no local da prestação dos serviços.

Vale dizer, se na edificação de propriedade da ré, afinal, não havia cabo guia para fixação de cinto de segurança, estava, portanto, em desacordo com a Norma Regulamentadora 18 do Ministério do Trabalho e Emprego, havendo, sim, risco de queda do prestador de serviços, de modo que a ré, ao permitir os serviços sem essa segurança, de alguma forma, concorreu para o acidente, devendo assumir parte dessa responsabilidade.

Por outro lado, também era de a parte requerida esperar que o *de cujus*, homem experiente nos serviços, soubesse desses riscos, apostando em sua execução a par da ausência de segurança, embora estivesse usando outros equipamentos pessoais de segurança.

Entretanto, como dito, a existência do sistema de cabos de ancoragem, obrigatório para a realização de serviços em altura, poderia ter evitado a queda do falecido, como bem registrado nos autos, notadamente porque o *de cujus* utilizava o cinto de segurança no momento do acidente.

Sob essa perspectiva, não vingam a alegação pela ré, nas contrarrazões, e na mesma linha da sentença impugnada, de que “A essência da decisão, notadamente, indica que o cabo guia compõe o conjunto de equipamentos que devem fazer parte da preparação para a execução do serviço contratado” (evento 70, CONTRAZ300, fls. 09).

Isso porque, ainda que possa integrar o conjunto de equipamentos, não se pode olvidar que a ré reconheceu, sim, da ausência do cabo de fixação no momento da queda, o que também foi demonstrado, conforme alhures evidenciado, pelas provas documentais acostadas aos autos. Esse fato, por si só, ao negligenciar o cabo guia, permitiu a queda do falecido, assumindo a ré esse risco, e por outro lado, concorrendo a própria vítima, porque também deveria ter averiguado e exigido a existência do sistema de segurança, tanto para sua proteção como para de seus empregados.

Dessa forma, pela Norma Regulamentadora 18 desponta que a empresa ré não possuía estrutura suficiente para a execução da obra contratada, e de todo irrelevante, ou de menos importância, que a norma não verse sobre responsabilidade civil, o que não afasta a culpa parcial da parte apelada.

Assim, com razão aos apelantes quando “nos termos da NR n.º 18 do MTE, do que consta do Boletim de Ocorrência e, especialmente, do LAUDO PERICIAL DO IGP!!!!, já que incontroverso nos autos que o imóvel não atende a legislação, não havendo em sua estrutura o cabo guia para conectar os EPs vestidos/trajados pelo falecido” (evento 66, APELAÇÃO295, fls. 16).

A propósito:

APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – RESPONSABILIDADE CIVIL – QUEDA DE TELHADO – TRABALHADOR AUTÔNOMO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – CULPA IN VILIGANDO - Evidente a culpa in vigilando, da ré, na medida em que era seu dever supervisionar a obra contratada. Ainda que não haja relação de emprego entre as partes, afastando-se, assim, a responsabilidade objetiva da ré, a negligência da ré, evidenciadas pela sua omissão no dever de cuidado e segurança em relação ao trabalhador contratado, caracterizam a sua responsabilidade subjetiva. RECURSO PROVIDO (TJSP, Apelação Cível, n. 01012864420078260012, Relatora Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 20/06/2018).

Ainda, *mutatis mutandis*:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE LABORAL. TRABALHADOR AUTÔNOMO. QUEDA DO TELHADO DE ESCOLA ESTADUAL DURANTE A INSTALAÇÃO DE UM VENTILADOR. FRATURA NA PERNA ESQUERDA. SEQUELAS QUE LIMITAM A MOBILIDADE DO JOELHO E QUE OCASIONARAM O ENCURTAMENTO DO MEMBRO INFERIOR. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O DESEMPENHO DAS ATIVIDADES LABORAIS. DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO DANOSO E A OMISSÃO. ENTE PÚBLICO QUE DEIXOU DE OFERECER AMBIENTE SEGURO À ATIVIDADE DO CONTRATADO, BEM COMO DE FISCALIZAR A EXECUÇÃO DO SERVIÇO DENTRO DOS PADRÕES MÍNIMOS DE SEGURANÇA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL E ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO DE AMBOS, UMA VEZ QUE A VÍTIMA POSSUI LESÕES DEFINITIVAS EM CONSEQUÊNCIA DA OMISSÃO DO ENTE ESTATAL. “A indenização por danos morais tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa. Deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste” (AC n. 2009.020926-5, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 14-8-2009). DANO MATERIAL. DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES DEVIDAMENTE COMPROVADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS E DE RECIBOS MÉDICOS. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. CONCESSÃO A PARTIR DA DATA DO INFORTÚNIO MESMO QUE A VÍTIMA JÁ PERCEBA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. “Provada a incapacidade para exercício de atividade laborativa da vítima de acidente de trânsito, devida pensão vitalícia, no valor do salário que ela percebia à época do acidente (CC, art. 950). 3 - Porque têm natureza diversa, benefício previdenciário recebido pelo segurado não se compensa com pensão civil por ato ilícito” (RE n. 662.582 AgR/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 27-3-2012). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível, n. 2012.092436-7, Relator Des. Jorge Luiz de Borba, j. 17/12/2013).

Logo, acrescente-se uma vez mais a culpa concorrente da vítima, disso já se extraindo a inviabilidade de acolhimento da pretensão recursal dos autores quanto ao reconhecimento da culpa exclusiva da empresa ré, notadamente porque não se deve desconsiderar que o Sr. Amilto não era empregado da empresa requerida, mas prestador de serviço especializado na instalação de calhas, que usualmente exerce suas funções em pontos mais altos, não tendo sido apenas a omissão da proprietária do galpão a responsável pela queda do falecido.

Por conseguinte, tendo por lastro o reconhecimento da concorrência de culpas, necessário aplicar ao caso não só os arts. 186 e 927 do Código Civil como também o respectivo 945, o qual preconiza que, *“se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada levando-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”*

Quanto aos danos morais, uma vez comprovado o ato ilícito atribuído em parte à ré, não há dúvidas sobre o abalo moral sofrido pelos autores, que foram surpreendidos com a prematura partida de seu marido e genitor, aos 46 (quarenta e seis) anos de idade (evento 1, OUT4, fls. 03), por evento que poderia ter sido evitado caso ambos os envolvidos tivessem adotado as cautelas necessárias em relação às normas de segurança.

Na definição de Carlos Alberto Bittar, os danos morais caracterizam-se por: *“lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas.”* (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais* - artigo publicado na Revista do Advogado/AASP 44, 1994, p. 24).

Ademais, *“o dano extrapatrimonial decorrente da morte abrupta e inesperada de cônjuge, companheiro ou parente próximo em razão de ato ilícito perpetrado por terceiro é presumida e deve ser indenizada com o objetivo de confortar e atenuar a dor daqueles que viram ceifada prematuramente a vida do familiar amado”* (TJSC, AC n. 0010117-10.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 03-10-2016).” (...) (TJSC, Apelação Cível n. 0500442-32.2012.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 30-07-2020).

“A morte de ente querido é causa de abalo moral e intenso sofrimento para os familiares, em particular os mais próximos (...), fazendo mister a sua compensação pecuniária em sintonia com a extensão do dano, grau de culpa e capacidade econômica das partes, não devendo acarretar enriquecimento da vítima e empobrecimento do ofensor, servindo a providência como medida de caráter pedagógico, punitivo e profilático inibidor” (AC n. 2003.011475-0, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 18.11.2008) (TJSC, Apelação Cível n. 0601809-21.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 21-05-2020).

Como sabido, inexistem parâmetros na legislação para a fixação do *quantum* indenizatório pelos danos imateriais, razão por que seu arbitramento deve ocorrer de acordo com o livre convencimento motivado do Magistrado, em consonância com a situação financeira dos contendores - porquanto

obstado o enriquecimento sem causa -, o grau de culpa da parte ofensora, observada, por outro lado, a suficiência da verba indenizatória para impedir a continuidade da prática do ato ilícito, eis que igualmente ostenta caráter educativo.

Neste contexto, embora inestimável a perda familiar sofrida pelos requerentes e sabido que a importância reparatória não será capaz de, efetivamente, compensar a morte do ente querido, tem-se, pela quantificação dos danos morais, uma maneira ainda que singela de amenizar a dor experimentada, servindo, em verdade, como uma tentativa de reprimenda ao ilícito praticado.

Em sendo assim, arbitro o *quantum* indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor, porque em consonância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo a empresa requerida, pela concorrência de culpas, arcar com 50% (cinquenta por cento) do valor fixado, adequando-se, ademais, ao que tem sido instituído por esta Corte em casos análogos.

Porque oportuno, transcreve-se precedente a respeito do tema extraído dos julgados desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RÉ QUE, AO EFETUAR MANOBRA DE CONVERSÃO À ESQUERDA, INVADE A PISTA CONTRÁRIA E INTERCEPTA A TRAJETÓRIA DO COMPANHEIRO DA AUTORA, QUE VINHA NA SUA MÃO DE DIREÇÃO. ÓBITO DA VÍTIMA. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE CULPA CONCORRENTE. RECURSO DA RÉ. AVENTADA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA ANTE O EXCESSO DE VELOCIDADE. INACOLHIMENTO. CONDUTA IMPRUDENTE DA RÉ QUE PREPONDERA SOBRE EVENTUAL VELOCIDADE EXCESSIVA. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NOS ARTS. 28, 34, 36 E 38 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. MANUTENÇÃO, TODAVIA, DA CULPA CONCORRENTE, SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS. DANO MORAL. CONDIÇÃO DE COMPANHEIRA DEVIDAMENTE COMPROVADA. PLEITO DE MINORAÇÃO. MORTE. DANO IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). QUANTUM QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, BEM COMO AOS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DO VALOR. “Para a fixação do quantum indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro” (TJSC, Apelação Cível n. 0306928-58.2018.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 26-3-2019). DANOS MATERIAIS. PLEITO DE AFASTAMENTO. REJEIÇÃO. PEDIDO ANCORADO EM RECIBO IDÔNEO EMITIDO POR EMPRESA COMPROVANDO OS GASTOS COM SERVIÇO FUNERÁRIO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível, n. 0302154-29.2016.8.24.0125, Relatora Desa. Haidée Denise Grin, j. 24/02/2022).

Sobre tal montante, ainda, devem incidir os consectários legais, sendo a correção monetária contada a partir do presente arbitramento (vide Súmula n. 362 do STJ), ao passo que os juros moratórios são devidos desde o evento danoso, a teor do estatuído na Súmula n. 54 do STJ.

Nesse sentido, assim vazadas, *in verbis*:

“A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento. (SÚMULA 362, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 03/11/2008)”.

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. (SÚMULA 54, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/09/1992, DJ 01/10/1992, p. 16801)”.

Noutro viso, em relação ao pensionamento mensal pretendido pelos demandantes, urge registrar que a obrigação encontra lastro no que preconiza o art. 948, inciso II, do Código Civil, segundo o qual:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

[...]

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Assim, pretende-se a condenação da empresa ré ao pagamento de pensão à esposa do falecido e ao filho menor de idade, havendo, portanto, presunção da dependência econômica, o que impõe à requerida, a obrigação de pensionamento mensal a título de danos materiais.

Nem se diga, então, que o exercício de atividade remunerada por parte da beneficiária do pensionamento - esposa - seria o bastante para o afastamento da obrigação, porquanto constitui entendimento assente que a contribuição material devida com lastro em tal dispositivo tem caráter indenizatório e, não, puramente alimentar, sendo vista, aliás, como forma de complemento da renda familiar que seria prestada pela vítima, caso não tivesse tido a sua vida prematuramente ceifada.

No mesmo sentido, mostra-se incontestado a dependência financeira do filho da vítima, que contava com apenas 04 (quatro) anos na data do acidente.

É dizer, “ [...] a indenização por meio de pensionamento mensal busca ressarcir os familiares pela falta do sustento financeiro da vítima do acidente. Será devida, portanto, a partir do momento em que os beneficiários não puderam contar com aquela ajuda” (TJMG, Apelação Cível, n. 0056224-67.2010.8.13.0034, Relatora Desa. Shirley Fenzi Bertão, j. 31/01/2018).

Assim, auferindo o falecido renda de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) à época dos fatos - sem impugnação por parte da ré -, o pensionamento devido pela requerida à cónyuge e ao filho da vítima, deve ser fixado na proporção de 2/3 da renda do falecido, reduzido pela metade (50%), tendo em vista o reconhecimento da culpa concorrente, até que o menor atinja 25 (vinte e cinco) anos de idade e a esposa até a data em que o falecido completaria 70 (setenta) anos.

A propósito:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE CICLISTA EM ACOSTAMENTO. FALECIMENTO DO CÔNJUGE E GENITOR DOS AUTORES. DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PENSÃO MENSAL. FORTES INDÍCIOS DE RESPONSABILIDADE DOS RÉUS PELO EVENTO DANOSO. MANOBRA EFETUADA SEM OBSERVÂNCIA DOS CUIDADOS NECESSÁRIOS. REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC PREENCHIDOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA CÔNJUGE SUPÉRSTITE E DOS FILHOS MENORES PRESUMIDA. PENSIONAMENTO DEVIDO NA PROPORÇÃO DE 2/3 DOS RENDIMENTOS DO DE CUJUS. Viável a concessão da tutela antecipada, desde que existam elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, presentes fortes indícios de culpa dos Agravados pelo acidente de trânsito que ceifou a vida do genitor e cônjuge dos Autores, ao realizar manobra sem os cuidados necessários, pertinente o dever de indenizar. **Sendo presumida a dependência econômica da cônjuge supérstite e dos filhos menores do falecido, cabível o arbitramento de prestação alimentícia a seu favor, com a jurisprudência entendendo adequada a fixação da pensão em 2/3 dos rendimentos do de cujus à época do acidente de trânsito.** (...) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4021902-05.2017.8.24.0000, de Pinhalzinho, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 21-02-2019)(grifou-se).*

Ainda,

*APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...] FIXAÇÃO DO PENSIONAMENTO QUE POSSUI O CARÁTER DE REPARAR MATERIALMENTE A AUSÊNCIA DO ENTE QUERIDO QUE FALECEU ACIDENTALMENTE. MARIDO E GENITOR QUE CONTAVA COM 28 (VINTE E OITO) ANOS DE IDADE NA DATA DO ACIDENTE. **DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA DA PROLE. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO MENSAL DEVIDA. VALOR QUE DEVE SER CALCULADO COM BASE NO SALÁRIO QUE ESTE AUFERIA À ÉPOCA DOS FATOS. PENSÃO FIXADA EM 2/3 DO DITO VALOR. OBRIGAÇÃO QUE DEVE SER PRESTADA ATÉ QUE O INFANTE ATINJA OS 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE IDADE E A COMPANHEIRA ATÉ A DATA EM QUE O FALECIDO COMPLETARIA 70 (SETENTA) ANOS OU ATÉ O ÓBITO DA BENEFICIÁRIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL. SENTENÇA INALTERADA NO PONTO.** «Consoante a jurisprudência deste STJ, tratando-se de família de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros, sendo devido o pagamento de pensão, como dano material» (STJ, AgRg no AREsp 833.057/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. em 15-3-2016, DJe 21-3-2016). **“O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que é devida a pensão mensal aos filhos menores, pela morte de genitor, até a data em que os beneficiários completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade”** (2ª Turma, AgRg no AREsp 569.117/PA, j. 6/11/2014). PLEITO DE PAGAMENTO DO PENSIONAMENTO EM PARCELA ÚNICA INACOLHIDO. “A regra do parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, autorizando o pagamento de indenização em parcela única na hipótese da incapacidade permanente da vítima de lesões corporais, não se mostra compatível com a pensão por morte. Precedentes do STF e do STJ. “(REsp 1354384/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015, grifo nosso). OUTROSSIM, PARCELAS VENCIDAS QUE DEVEM SER ACRESCIDAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC E JUROS DE MORA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS A CONTAR DE CADA VENCIMENTO. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E,*

NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, *Apelação Cível*, n. 0019115-32.2008.8.24.0018, Relator Des. José Maurício Lisboa, j. 30/01/2019).

Em relação ao valor das parcelas vencidas, deverá ser acrescido de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar de cada vencimento, pois “[...] *por ser uma prestação de trato sucessivo, os juros moratórios não devem iniciar a partir do ato ilícito - por não ser uma quantia singular -, tampouco da citação - por não ser ilíquida -, mas devem ser contabilizados a partir do vencimento de cada prestação, que ocorre mensalmente*” (REsp n. 1.270.983, Min. Luis Felipe Salomão) (TJSC, *Apelação Cível* n. 0307584-60.2014.8.24.0018, Relator Des. Luiz César Medeiros, j. 29/01/2019).

Ademais, os autores pugnaram pelo pagamento da verba indenizatória em parcela única.

Sobre o tema, dispõe o art. 950 do Código Civil:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Desse modo, o pagamento do pensionamento através parcela única somente é possível em caso de incapacidade permanente, não sendo admitido no caso dos autos, porquanto se trata de indenização pela morte da vítima, não devendo ser acolhido o pedido no tópico.

Registra-se que esse é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE ADOLESCENTE. ATROPELAMENTO POR ÔNIBUS. PREPARO RECURSAL. AUSÊNCIA DE GRU. QUANTUM INDENIZATÓRIO DOS DANOS MORAIS. PEDIDO DE PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA DA PENSÃO POR MORTE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.

1. Morte de adolescente, com 17 anos, em acidente de trânsito, deixando os pais e irmãos, autores de demanda indenizatória com pedido de reparação dos danos materiais (pensão) e morais.

[...]

5. A regra do parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, autorizando o pagamento de indenização em parcela única na hipótese da incapacidade permanente da vítima de lesões corporais, não se mostra compatível com a pensão por morte. Precedentes do STF e do STJ.

6. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da obrigatoriedade de constituição de capital para garantir o pagamento da pensão ((art. 475-Q do CPC). Súmula 313/STJ.

7. Possibilidade de substituição da constituição de capital pela inclusão dos pensionistas na folha de pagamento da empresa na hipótese do § 2º do art. 475-Q, do CPC, a ser avaliada pelo juízo da execução.

8. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA DEMANDADA NÃO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 1354384/MT, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, j. 18/12/2014).

Diante da reforma da sentença impugnada, imperiosa a redistribuição da sucumbência.

Como corolário, ante a sucumbência recíproca, condeno ambas as partes, na proporção de 50% para cada, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% sobre o valor da causa em desfavor dos autores e 10% sobre o valor da condenação em desfavor da ré.

Por fim, passa-se à análise da incidência, ou não, da fixação da verba honorária recursal estatuída no art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil.

Sobre a questão, Elpídio Donizete leciona que:

“Se o processo estiver em grau de recurso, o tribunal fixará nova verba honorária, observando os mesmos indicadores dos §§ 2º a 6º. De todo modo, o tribunal não poderá ultrapassar os limites previstos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. Exemplo: fixação de 10% na sentença, 5% na apelação e 5% no recurso especial. Havendo recurso extraordinário, o STF não poderá elevar a verba, porquanto a fixação já atingiu o limite de 20%. Assim, se em primeiro grau já foi fixado o limite (20%), não há falar em majoração” (Novo Código de Processo Civil Comentado / Elpídio Donizetti – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 79).

Urge se acrescente, ainda, ser necessário, para tanto, o preenchimento cumulativo dos requisitos especificados pelo Superior Tribunal de Justiça para o arbitramento da referida verba. Veja-se:

1. *Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;*
2. *o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;*
3. *a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso;*
4. *não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;*
5. *não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo;*

6. não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (ST), Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1357561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4-4-2017, DJe 19-4-2017).

Tendo por norte tais premissas, portanto, inviável o arbitramento dos honorários recursais no presente caso, eis que não configurados os supramencionados pressupostos autorizadores da medida, porquanto os autores tiveram acolhido em parte seu pleito.

Ante o exposto, voto por se conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **FLAVIO ANDRE PAZ DE BRUM, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2494675v64** e do código CRC **eccf9c18**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): FLAVIO ANDRE PAZ DE BRUM

Data e Hora: 12/8/2022, às 12:36:50

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5015029-93.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR EDIR JOSIAS SILVEIRA BECK

AGRAVANTE: ESTELAMARIS DE CARLI CALGARO

AGRAVADO: LUIZ CARLOS BASCO (SUCESSÃO)

AGRAVADO: SARA CRISTINA BASCO VIEIRA (SUCESSOR)

AGRAVADO: AMANDA BASCO (SUCESSOR)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE ACOLHEU EM PARTE O PEDIDO DE IMPENHORABILIDADE. RECURSO DA EXECUTADA. VEDAÇÃO CONSTRITIVA PREVISTA NO ARTIGO 833, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA. MONTANTE QUE SE ENCONTRA NA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DO DEVEDOR. DESCARACTERIZAÇÃO DA SOBRA SALARIAL COMO VERBA ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE ESTADUAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

Diante da relativização da regra de impenhorabilidade, subsistindo valores na esfera de disponibilidade do devedor sem que estes tenham sido destinados ao atendimento de necessidades básicas, referida verba perde seu caráter alimentar, tornando-se, a partir de então, penhorável.

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça “*firmou o entendimento de que a impenhorabilidade salarial não é absoluta, sendo que, existindo sobra salarial, esta poderá ser penhorada em razão da perda da natureza alimentar*” (AgInt no AREsp n. 1.404.115/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 31/8/2020).

ACÓRDÃO

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 agravo de instrumento e NEGAR-LHE provimento, prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Estelamaris de Carli Calgaro interpôs o presente agravo de instrumento afirmando incorreta a decisão que, no evento 417 do caderno originário, acolheu apenas em parte o seu pedido de impenhorabilidade.

A tutela recursal foi negada e a parte agravada, intimada, manifestou-se dizendo escoreita a decisão recorrida.

A agravante interpôs agravo interno e a parte agravada frente a ele também apresentou suas contrarrazões.

VOTO

De acordo com o artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, são impenhoráveis “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 [...]”.

Diante da relativização da regra de impenhorabilidade, entretanto, subsistindo valores na esfera de disponibilidade do devedor sem que estes tenham sido destinados ao atendimento de necessidades básicas, referida verba perde seu caráter alimentar, tornando-se, a partir de então, penhorável.

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça “firmou o entendimento de que a impenhorabilidade salarial não é absoluta, sendo que, existindo sobra salarial, esta poderá ser penhorada em razão da perda da natureza alimentar” (AgInt no AREsp n. 1.404.115/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 31/8/2020).

No caso em exame, como citado pela decisão recorrida bem lavrada pela digna Juíza de Direito Simone Boing Guimarães, a descaracterização da sobra salarial como verba alimentar, resultando na sua penhorabilidade, encontra forte amparo na jurisprudência, de sorte a afastar o provimento do recurso.

Deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUÍZO A QUO QUE INDEFERE A EXCEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DA APOSENTADORIA DA EXECUTADA. INSURGÊNCIA DA DEVEDORA. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DERRUIR A VERBERADA CARÊNCIA FINANCEIRA. CONCESSÃO PARA FINS DE ISENÇÃO DO PREPARO. MÉRITO. PRETENDIDA LIBERAÇÃO DE VALORES BLOQUEADOS EM CONTA CORRENTE DE TITULARIDADE DA AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONSTRIÇÃO RECAIU SOBRE SALDO DISPONÍVEL, O QUAL DIZ

RESPEITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA RECORRENTE. NÃO ACOLHIMENTO. PENHORA QUE RECAIU SOBRE MONTANTE QUE SE ENCONTRA NA ESFERA DE DISPONIBILIDADE - CARACTERIZAÇÃO DE SOBRA SALARIAL - PERDA DO CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE SODALÍCIO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5062261-38.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 03-03-2022). (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA ON-LINE DE SALDO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. EXCEDENTE QUE PERDE SUA NATUREZA ALIMENTAR. PRECEDENTES. “[...] A IMPENHORABILIDADE SALARIAL NÃO É ABSOLUTA, SENDO QUE, EXISTINDO SOBRA SALARIAL, ESTA PODERÁ SER PENHORADA EM RAZÃO DA PERDA DA NATUREZA ALIMENTAR. APLICAÇÃO DO VERBETE DA SÚMULA Nº 568/STJ.[...]” (AGINT NO ARESP 1404115/SP, REL. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 24/08/2020, DJE 31/08/2020). RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5038799-52.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 07-10-2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AFASTADA TESE DE IMPENHORABILIDADE DE NUMERÁRIO CONSTRINGIDO POR MEIO DO SISTEMA BACENJUD. RECURSO DA EXECUTADA. IMPENHORABILIDADE. ART. 833, INCISOS IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À ORIGEM DO NUMERÁRIO CONSTRITO. ADEMAIS, RESÍDUO SALARIAL QUE NÃO POSSUI A PROTEÇÃO PROCESSUAL. INFORMATIVO JURISPRUDENCIAL N. 547 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. “[...] a remuneração a que se refere o dispositivo é a última percebida, perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Assim, se a pessoa recebe seu salário na conta bancária, mas não o utiliza no mês e o deixa lá depositado, tal quantia perderá o caráter de impenhorabilidade.” (STJ, 2ª Seção, REsp 1.230.060-PR, Rel. Mina. Maria Isabel Gallotti, j. 13-8-2014, Informativo Jurisprudencial n. 547). IMPENHORABILIDADE. ART. 833, INCISO X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTA POUPANÇA. EXTRATO BANCÁRIO. NATUREZA DA CONTA BANCÁRIA OU A INTENÇÃO DE POUPAR. IMPENHORABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4005213-75.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 17-08-2021).

Ante o exposto,

Voto por **CONHECER** do agravo de instrumento e **NEGAR-LHE** provimento, **prejudicado** o agravo interno.

Documento eletrônico assinado por **EDIR JOSIAS SILVEIRA BECK, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2723114v12** e do código CRC **d5c9dcdc**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **EDIR JOSIAS SILVEIRA BECK**

Data e Hora: 14/10/2022, às 13:31:37

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5028027-93.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

AGRAVANTE: OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL

ADVOGADO: LUCIANA RODRIGUES FIALHO DE SOUZA (OAB SC043968A)

AGRAVADO: ADILSON DALTOE

ADVOGADO: ADILSON DALTOE (OAB SC028179)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. DECISÃO QUE CLASSIFICOU O CRÉDITO COMO EXTRA CONCURSAL. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. ALEGAÇÃO DE QUE O CRÉDITO POSSUI NATUREZA CONCURSAL. INSUBSISTÊNCIA. HONORÁRIOS FIXADOS EM SENTENÇA PROFERIDA APÓS O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AGRAVANTE. CRÉDITO EXTRA CONCURSAL. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA.
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do 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 julho de 2022.

RELATÓRIO

1 Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Oi S. A., contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Presidente Getúlio, nos autos do processo n. 5000857-

82.2020.8.24.0141, sendo parte adversa Adilson Daltoé, que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença e afastou o pleito de sujeição do crédito ao regime concursal (devedor em recuperação judicial).

Na fundamentação do ato decisório (Evento 24 dos autos de origem), consignou o Dr. Juiz de Direito:

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão de mérito dos Recursos Especiais 1843332, 1842911, 1843382, 1840812 e 1840531, representativos do Tema 1051 do STJ, assentada a seguinte tese jurídica:

Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador.

A partir do entendimento alhures colacionado, os créditos perseguidos contra a executada são classificados observando-se sua constituição com relação à propositura da ação de recuperação judicial n. 0203711-65.2018.8.19.0001, em trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, na data de 20-6-2016 (créditos anteriores são concursais e posteriores, extraconcursais).

[...]

*No caso, o crédito a títulos de honorários de sucumbência foi constituído após 20-6-2016, de modo que **se trata de crédito extraconcursal.***

[...]

Nesse sentido, não prevalecem as teses da parte executada, todas sustentadas na premissa de que o crédito exequendo se submeteria ao regime da recuperação judicial.

Logo, como se trata de crédito extraconcursal, não há que se falar em limitação de juros pela data recuperação judicial, tanto menos impossibilidade de constrição judicial, medida este já prevista no Avisto TJ n. 78/2020 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, desde que limitada a penhora on-line à monta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A parte agravante em sua insurgência, sustentou que os honorários advocatícios possuem natureza concursal sob o argumento de que seu crédito “está diretamente vinculado ao fato gerador” (Evento 1, Petição Inicial 1, p. 5), nos termos do art. 49 da Lei 11.101/05 e do Tema 1.051 do STJ. Defendeu, ainda a impossibilidade de prática de atos constritivos relativos à cobrança do estipêndio. Pleiteou a atribuição de efeito suspensivo ao reclamo e, ao final, o seu provimento.

Em decisão do signatário, o recurso foi admitido e indeferido o pedido de efeito suspensivo (Evento 9).

A parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo das contrarrazões.

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

1 Os pressupostos de admissibilidade já foram analisados na decisão do Evento 9, motivo pelo qual passa-se a análise do mérito.

2 Para a classificação do crédito em concursal ou extraconcursal, deve ser levado em consideração a data da ocorrência do fato gerador.

No caso em tela, conforme consignado pelo magistrado de origem os honorários de sucumbência possuem natureza extraconcursal, uma vez que fixados em sentença proferida após o pedido de recuperação judicial da agravante.

Sobre o tema, colhem-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO. EXISTÊNCIA. SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 49, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/2005. DATA DO FATO GERADOR.

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

2. Ação de reparação de danos pela cobrança indevida de serviços não contratados. Discussão acerca da sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial.

3. Diante da opção do legislador de excluir determinados credores da recuperação judicial, mostra-se imprescindível definir o que deve ser considerado como crédito existente na data do pedido, ainda que não vencido, para identificar em quais casos estará ou não submetido aos efeitos da recuperação judicial.

4. A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e o credor, o liame entre as partes, pois é com base nela que, ocorrido o fato gerador, surge o direito de exigir a prestação (direito de crédito).

5. Os créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial são aqueles decorrentes da atividade do empresário antes do pedido de soerguimento, isto é, de fatos praticados ou de negócios celebrados pelo devedor em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, excetuados aqueles expressamente apontados na lei de regência.

6. Em atenção ao disposto no art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador.

7. Recurso especial provido. (REsp n. 1.843.332/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 9/12/2020, DJe de 17/12/2020.)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA POSTERIOR AO PEDIDO RECUPERACIONAL. NATUREZA EXTRACONCURSAL. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A SEUS EFEITOS. DECISÃO MANTIDA.

1. Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005).

2. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos EAREsp 1.255.986/PR, decidiu que a sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais) é o ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais.

3. “Em exegese lógica e sistemática, se a sentença que arbitrou os honorários sucumbenciais se deu posteriormente ao pedido de recuperação judicial, o crédito que dali emana, necessariamente, nascerá com natureza extraconcursal, já que, nos termos do art. 49, caput da Lei 11.101/05, sujeitam-se ao plano de soerguimento os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, e não os posteriores. Por outro lado, se a sentença que arbitrou os honorários advocatícios for anterior ao pedido recuperacional, o crédito dali decorrente deverá ser tido como concursal, devendo ser habilitado e pago nos termos do plano de recuperação judicial” (REsp 1.841.960/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2020, DJe 13/04/2020).

4. Na hipótese, “a sentença condenatória, na qual foram arbitrados os honorários sucumbenciais, foi prolatada em 08/02/2018” (fl. 687).

Nesse passo, como a sentença que fixou os honorários advocatícios de sucumbência foi prolatada após o pedido de recuperação judicial (20/06/2016), tal verba deverá ser tida como extraconcursal, conforme precedente da Segunda Seção do STJ (Resp n. 1.841.960/SP).

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.913.225/SC, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 16/12/2021.)

E deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE CLASSIFICOU OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS COMO CRÉDITOS EXTRACONCURSAIS, PORQUANTO FIXADOS POR DECISÃO POSTERIOR À APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA EXECUTADA (20.6.2016). PRETENSA REFORMA DO DECISUM. NÃO ACOLHIMENTO. ENTENDIMENTO SOBRE A EXTRACONCURSALIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE ENCONTRA AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. RECONHECIMENTO DA NATUREZA EXTRACONCURSAL DO CRÉDITO QUE DEVE SER MANTIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA, COM CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE EFEITOS SUSPENSIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5021622-41.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 07-07-2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE RECONHECEU A NATUREZA EXTRACONCURSAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA. SUSCITADA NATUREZA CONCURSAL DA VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA EXEQUENDA. INSUBSISTÊNCIA. SENTENÇA QUE ARBITROU A VERBA HONORÁRIA TRANSITADA EM JULGADO APÓS O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AGRAVANTE. NATUREZA EXTRACONCURSAL DO CRÉDITO EXEQUENDO. EXEGESE DO ART. 49 DA LEI N. 11.105/2015. CRÉDITO NÃO SUJEITO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5028444-80.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 26-08-2021).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS CONSTITUÍDOS PELO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA APÓS O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO EXTRACONCURSAL. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA ESCORREITA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de

Instrumento n. 5013974-10.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 05-07-2022).

PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - OI - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FATO GERADOR - SENTENÇA - PROLAÇÃO APÓS O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - STJ, TEMA N. 1.051 - CRÉDITO EXTRACONCURSAL

O Superior Tribunal de Justiça fixou tese no sentido de que “para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador” (Tema 1.051).

Assim, tratando-se de cumprimento de sentença que objetiva o pagamento de honorários advocatícios fixados em sentença prolatada após o pedido de soerguimento da empresa executada, é notória a natureza extraconcursal do crédito. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5012748-67.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 24-05-2022).

Como a sentença é o fato gerador dos honorários de sucumbência e como a decisão que fixou a verba foi preferida após o pedido de recuperação judicial da agravante, sua natureza é extraconcursal, e assim, não há como acolher o pleito da agravante de sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial.

3 Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **SEBASTIAO CESAR EVANGELISTA, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2508480v2** e do código CRC **61cbbb6b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SEBASTIAO CESAR EVANGELISTA

Data e Hora: 22/7/2022, às 15:46:1

APELAÇÃO Nº 0318192-16.2015.8.24.0008/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MONTEIRO ROCHA

APELANTE: AMANDA OTERO LUIZ (AUTOR)

APELADO: ANTONIO CARLOS LEAL DOS SANTOS (RÉU)

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - APROPRIAÇÃO INDEVIDA PELO PATRONO DE VALORES ADVINDOS DE DEMANDA JUDICIAL - REVELIA DECRETADA NA ORIGEM - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA AUTORA - PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INACOLHIMENTO - CONDUTA REPROVÁVEL DO RÉU E DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZAM PRONTAMENTE UM DANO MORAL INDENIZÁVEL - AUSÊNCIA DE PROVAS QUE O CENÁRIO VIVENCIADO OFENDEU A HONRA, BOA-FAMA OU OS DEMAIS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA AUTORA, ÔNUS QUE LHE INCUMBIA A TEOR DO ART. 373, I, DO CPC - REVELIA QUE NÃO GERA NA IMEDIATA PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - MERO ABORRECIMENTO COTIDIANO EVIDENCIADO - ABALO MORAL NÃO CONFIGURADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O descumprimento contratual não configura dano moral indenizável, salvo se as circunstâncias ou as evidências do caso concreto demonstrarem a lesão extrapatrimonial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, Amanda Otero Luiz ajuizou “*ação indenizatória por dano moral*” em fase de Antônio Carlos Leal dos Santos.

Alegou que realizou contrato de prestação de serviços com a parte ré, que de forma indevida, apropriou-se dos valores a receber nos autos da ação trabalhista em trâmite no Rio de Janeiro.

Pelo ocorrido, requereu a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Foi concedida gratuidade da justiça (evento 3).

Citada, a parte ré não apresentou resposta (evento 17).

Processado o feito, sobreveio sentença, em que o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, ante a ausência de defesa técnica.

Em decorrência da improcedência dos pedidos iniciais, condenou “*Custas pela parte requerente. Observe-se o art. 98, §3º, do CPC caso se trate de sucumbente beneficiado com a justiça gratuita*”.

Inconformada, a ré autora interpôs recurso de apelação sustentando que, ante todo o ocorrido, os danos morais são devidos.

Aduziu que “*a autora foi vítima de um golpe produzido lamentavelmente por um advogado que tomou praticamente toda a quantia gerada pela ação trabalhista*”.

Ressaltou que “*para alívio da recorrente e após 09 anos de processo, recebeu e-mail do recorrido informando que havia conseguido a penhora de parte dos valores, e que os mesmos seriam depositados em sua conta bancária, já com o desconto dos honorários*”.

Salientou que “*O fato de a recorrente ter assinado a procuração com poderes conferidos ao advogado, ora recorrido de receber não lhe dá, jamais, o direito de apropriar-se dos valores como se seu fossem*”.

Destacou que “*o recorrido já estava com seu golpe muito bem encaminhado e que se não fosse a recorrente ter procurado estes procuradores para saber o que houve naquele processo, ela nunca teria tido a infeliz/feliz notícia de ser credora de um montante de R\$ 139.737,96*”.

Por tais fatos, postulou a reforma da sentença, de modo a condenar o recorrido no pagamento indenizatório em favor da recorrente.

Intimado para apresentar contrarrazões, a parte ré se manteve inerte.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Versam os autos sobre “*ação indenizatória por dano moral*” sob o argumento de que a parte ré apropriou-se dos valores a receber gerados por ação trabalhista.

A súplica recursal da autora é dirigida contra sentença que julgou improcedente o pedido de condenação por danos morais em face do réu.

1. Abalo moral

Alega a autora que foi vítima de um golpe produzido por um advogado que tomou praticamente toda a quantia gerada pela ação trabalhista.

Aduz que a recorrente buscou sempre manter contato com o recorrido para saber como estava o processo, e este a ludibriando com falsas esperanças de receber valores fruto da ação trabalhista.

Declara que experimentou “sofrimento excepcional” ao ser vítima de um golpe produzido por pessoa a quem depositou esperança e acima de tudo, confiança no trabalho.

Pois bem.

Sobre o assunto da responsabilidade civil, o Código Civil estabelece:

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

Dispondo ainda que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927, CC/02).*

Os pressupostos à configuração da responsabilidade civil são assim elencados pela doutrina: a) a existência de uma ação (comissiva ou omissiva), qualificada juridicamente (lícita ou ilícita); b) ocorrência de um dano moral e/ou material à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro; c) nexos de causalidade entre o dano e ação (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53).

Mais estritamente em relação ao dano moral, sabe-se que este é considerado como lesão a direitos de cunho extrapatrimonial, como se extrai da lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.388)

A reparação do abalo anímico está expressamente assegurada pela Constituição Federal, nos incisos V e X de seu art. 5º:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Assim, para que haja a caracterização do abalo anímico, se faz necessária a demonstração de uma ofensa excepcional que atinja os direitos da personalidade do indivíduo, como a honra, imagem, boa-fama.

Porém, no caso dos autos, não consta no acervo probatório indícios suficientes de que o cenário vivenciado pela parte autora tenha causado algum constrangimento passível de indenização.

Não obstante tenha havido um dano material em decorrência da conduta inaceitável do réu, a hipótese em estudo não se reveste de características próprias a ensejar reparação extrapatrimonial, pois versa sobre descumprimento contratual, circunstância que isoladamente não configura a indenização reivindicada. Assim sendo, não restou evidenciado que o cenário experimentado por ela lhe causou prejuízo de grande monta a ponto de ultrapassar a esfera do mero dissabor cotidiano, de maneira a atingir o seu direito da personalidade e configurar um dano moral indenizável, ônus que lhe incumbia, por força do art. 373, I, do CPC.

Sobre o assunto, esta Corte de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, possuem entendimento que o mero descumprimento contratual não gera, automaticamente, um dano moral indenizável.

Veja-se:

“O descumprimento contratual não configura dano moral indenizável, salvo se as circunstâncias ou as evidências do caso concreto demonstrarem a lesão extrapatrimonial (Súmula n. 29 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina). Somente haverá indenização por danos morais se, além do descumprimento do contrato, ficar demonstrada circunstância especial capaz de atingir os direitos de personalidade, o que não se confunde com o mero dissabor”. (STJ, REsp 1.599.224/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 08/08/2017).

Registra-se ainda que a decretação da revelia não resulta na automática procedência dos pedidos, uma vez que a presunção de veracidade que dela resulta é relativa, devendo a parte comprovar o fato constitutivo do seu direito.

Não se desconhece a conduta totalmente reprovável réu que não agiu com transparência em relação aos atos processuais e nem com ética ao receber os valores obtidos com o êxito da demanda judicial sem realizar o imediato repasse à autora, podendo ela diligenciar junto ao órgão de classe da referida profissão. Porém, o que não se verificou, conforme fundamentação supra, foi uma ofensa à moral e a honra da autora capaz de caracterizar um abalo anímico passível de indenização.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

- “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSUMIDORA DE TELEVISOR FABRICADO PELA PRIMEIRA RÉ E VENDIDO PELA SEGUNDA QUE NÃO CONSEGUIU SOLUCIONAR O PROBLEMA PELA VIA ADMINISTRATIVA, EM VIRTUDE DE OMISSÃO DAS EMPRESAS RESPONSÁVEIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. ALEGADA A NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSUBSISTÊNCIA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA DANO MORAL. EMBORA ILEGAL, A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DE PRODUTO ADQUIRIDO COM DEFEITO É INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAR PREJUÍZO EXTRAPATRIMONIAL. ABALO ANÍMICO NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEMANDANTE (ART. 373, I, DO CPC). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. HONORÁRIOS RECURSAIS NÃO ARBITRADOS. VERBA JÁ FIXADA NO VALOR MÁXIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”. (TJSC, *Apelação n. 5008094-28.2020.8.24.0058, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 09-09-2021, grifou-se*).

- “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADA MANUTENÇÃO DE CONTA BANCÁRIA ATIVA APÓS PEDIDO DE ENCERRAMENTO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSO DA PARTE AUTORA. ARGUMENTAÇÃO NO SENTIDO DE QUE O PEDIDO FORMAL DE ENCERRAMENTO DA CONTA TERIA OCORRIDO EM 2013, E NÃO 2016 CONFORME RECONHECIDO NA SENTENÇA. INSUBSISTÊNCIA. DOCUMENTO DENOMINADO TERMO DE ENCERRAMENTO DE CONTA BANCÁRIA COM DATA POSTERIOR À MENCIONADA PELA AUTORA. DOCUMENTO EMITIDO EM 2013 QUE SE TRATA DE TERMO DE LIQUIDAÇÃO, SEM MENÇÃO AO ENCERRAMENTO DA CONTA BANCÁRIA. SENTENÇA, NO PONTO, MANTIDA. ADEMAIS, PRETENDIDA CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA À REPARAÇÃO PELO ABALO MORAL SUPOSTO EM DECORRÊNCIA DA MANUTENÇÃO INDEVIDA DA CONTA. PRETENSÃO INFUNDADA. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUALQUER SITUAÇÃO MAIS ESPINHOSA, COMO A NEGATIVAÇÃO DO SEU NOME OU A COBRANÇA VEXATÓRIA DE DÉBITOS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE, POR SI SÓ, NÃO GERA DEVER DE INDENIZAR SEM PROVA DE CIRCUNSTÂNCIAS ENSEJADORAS DE DANO MORAL. SÚMULA 29 DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE (“O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO CONFIGURA DANO MORAL INDENIZÁVEL, SALVO SE AS CIRCUNSTÂNCIAS OU AS EVIDÊNCIAS DO CASO CONCRETO DEMONSTRAREM A LESÃO EXTRAPATRIMONIAL”). SENTENÇA QUE DEVE SER MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA QUE SE IMPÕE (ARTIGO 85, §11, DO CPC). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”. (TJSC, *Apelação n. 0302408-40.2017.8.24.0004, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 26-08-2021, grifou-se*).

- “APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE. RECUSA EM FORNECER TRATAMENTO PARA DOENÇAS DE CARÁTER OCUPACIONAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA À ORIGEM. INSURGÊNCIA DA RÉ PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORA QUE MANTINHA VÍNCULO EMPREGATÍCIO JUNTO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, A QUAL COMPETE, EXCLUSIVAMENTE, A RESPONSABILIDADE PELO PLEITO AUTURAL. NÃO ACOLHIMENTO. ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO QUE LHE IMPUTA A RESPONSABILIDADE PELA GESTÃO DO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO. MÉRITO. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. INAPLICABILIDADE DO CDC. SÚMULA N. 608 DO STJ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AS DOENÇAS

QUE ACOMETEM, ATUALMENTE, A APELADA. IMPROCEDÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA À INICIAL QUE COMPROVA, INDENE DE DÚVIDAS, A RELAÇÃO DAS DOENÇAS OCUPACIONAIS DA AUTORA COMO CAUSA DE SUA INVALIDEZ. REQUERIDA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS PROCESSUAL (ART. 373, II, DO CPC). RECUSA INDEVIDA. RECURSO ADESIVO. DANO MORAL. PEDIDO INSUBSISTENTE. EXÍGUO LAPSO TEMPORAL ENTRE A INDICAÇÃO MÉDICA PARA OS TRATAMENTOS PUGNADOS E A AUTORIZAÇÃO DA OPERADORA, DECORRENTE DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO AGRAVAMENTO DAS DOENÇAS APÓS A NEGATIVA DA RÉ. ABALO ANÍMICO NÃO COMPROVADO. “[...] 1. O DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA O ABALO PSÍQUICO JUSTIFICADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EM SE TRATANDO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE, HÁ A NECESSIDADE QUE DA SITUAÇÃO FÁTICA SE EXTRAIA A CONCLUSÃO DE QUE A VIOLAÇÃO AO DIREITO DO ASSOCIADO AGRAVOU OS RISCOS E O SEU SOFRIMENTO. 2. NÃO SE CONFIGURA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO CASO DE PACIENTE QUE, MESMO COM A NEGATIVA DE COBERTURA POR PARTE DA COOPERATIVA DE SAÚDE, FOI SUBMETIDA AO PROCEDIMENTO REQUERIDO E BUSCA SIMPLEMENTE O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS QUE TEVE COM A INTERVENÇÃO MÉDICA”. (AC N. 0305463-93.2014.8.24.0039, DE LAGES, REL. DES. LUIZ CÉZAR MEDEIROS, J. 27-6-2016). RECURSOS DESPROVIDOS”. (TJSC, Apelação n. 0308528-08.2018.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 05-10-2021, grifou-se).

- “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. TRANSAÇÃO DE COMPRA E VENDA. ADIMPLENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. PLEITO VISANDO A FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA DANO MORAL. SITUAÇÃO DELINEADA QUE NÃO ULTRAPASSOU O MERO ABORRECIMENTO DO COTIDIANO. DECISÃO MANTIDA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PLEITO DE MAJORAÇÃO. INACOLHIMENTO. PERCENTUAL FIXADO CONDIZENTE COM A SINGELEZA DA CAUSA. HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”. (TJSC, Apelação n. 0303635-37.2019.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 09-09-2021, grifou-se).

Logo, tendo em vista a ausência de indícios de que a situação vivenciada pela autora ultrapassou a esfera do mero dissabor cotidiano e ofendeu seus direitos da personalidade, a manutenção do indeferimento do pedido de danos morais é medida que se impõe.

2. Resultado do julgamento

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Mantenho a sentença que condenou as custas pela parte requerente, suspensa sua exigibilidade por ser beneficiária da justiça gratuita.

7. Dispositivo

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

Documento eletrônico assinado por **MONTEIRO ROCHA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2501113v20** e do código CRC **2e553944**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MONTEIRO ROCHA

Data e Hora: 18/8/2022, às 14:22:40

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5056126-73.2022.8.24.0000/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0001253-71.2012.8.24.0256/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSANE PORTELLA WOLFF

AGRAVANTE: ROSENILDO DA SILVA

ADVOGADO: LUCAS JOSIAS ROHR (OAB SC036748)

ADVOGADO: JULIANA DE OLIVEIRA (OAB SC032906)

AGRAVADO: JOSE CLAUDIR DOS SANTOS

ADVOGADO: MARCO AURÉLIO BARBIERI (OAB SC013475)

AGRAVADO: COOPERATIVA DE CREDITO DE LIVRE ADMISSAO DE ASSOCIADOS ITAI-
PU - SICOOB CREDITAIPU

ADVOGADO: PAULO EGIDIO BUGNOTTO FROZZA (OAB SC032262)

ADVOGADO: JONY STÜLP (OAB SC013375)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DA PENHORA DAS QUOTAS CAPITAIS DE COOPERATIVA DE CRÉDITO DO DEVEDOR. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE.

PLEITO DE MANUTENÇÃO DA PENHORA. TESE DE QUE A LEI COMPLEMENTAR N. 196/2022, QUE INSTITUIU A IMPENHORABILIDADE DE QUOTAS-PARTES DO CAPITAL DE COOPERATIVA DE CRÉDITO, É POSTERIOR À PENHORA REALIZADA NA ORIGEM. PENHORA QUE CONSTITUI MERO ATO PREPARATÓRIO À EXPROPRIAÇÃO DO BEM, NÃO ENCERRANDO A ATIVIDADE SATISFATIVA. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA PLENAMENTE APLICÁVEL AO CASO, AINDA QUE POSTERIR À PENHORA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO OU À SEGURANÇA JURÍDICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 205 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade,

conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, por consequência, revogar a decisão monocrática que havia deferido o pedido de efeito ativo (evento 5, DESPADEC1), nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Rosenildo da Silva interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo magistrado Wagner Luis Boing que, nos autos do cumprimento de sentença n. 0001253-71.2012.8.24.0256, da Vara Única da Comarca de Modelo, por si movido em face de José Claudir dos Santos, determinou o levantamento da penhora das quotas capitais de cooperativa de crédito do devedor (**evento 312, DESPADEC1**).

Em suas razões (**evento 1, INIC1**) aduziu, em resumo, que: a) formulou requerimento de penhora de quotas capitais do devedor em 5-8-2022 e em 8-8-2022 foi proferida decisão deferindo o pedido; b) o termo de penhora fora lavrado em 8-8-2022, enquanto o depósito dos valores relativos à quota capital ocorreu em 29-8-2022; c) a Lei Complementar n. 196/2022, que tornou impenhoráveis as quotas capitais das cooperativas, foi promulgada apenas em 24-8-2022 e entrou em vigor no dia de sua publicação, 25-8-2022; d) a decisão que determinou a penhora e o termo de penhora são anteriores à modificação legislativa, tratando-se de ato jurídico perfeito e acabado; e e) a segurança jurídica representa proteção das decisões que já foram tomadas e dos direitos que já foram conquistados.

Requeru a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso para *“determinar a desconstituição da decisão de evento 312, mantendo a penhora sobre as cotas capitais do Executado junto a Sicoob e determinando a transferência dos valores para a conta informada em petição de evento 310”*.

Por decisão monocrática proferida em 7-10-2022 deferiu-se a almejada antecipação dos efeitos da tutela recursal para sobrestar os efeitos da decisão agravada, ao menos até o julgamento do recurso pelo Colegiado (**evento 5, DESPADEC1**).

Os agravados apresentaram contrarrazões requerendo a manutenção da decisão de origem (**evento 13, CONTRAZ1 e evento 14, CONTRAZ1**).

Após, retornaram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Insurge-se o exequente contra decisão interlocutória que determinou o levantamento da penhora das quotas capitais de cooperativa de crédito do devedor, nos seguintes termos (**evento 312, DESPADEC1**):

1. Com o advento da nova redação do § 1º do art. 10 da LC 130/2009, as quotas capitais de cooperativa de crédito passaram a, por expressa disposição legal, ser impenhoráveis.

*Por tal motivo, DETERMINO o levantamento da penhora de **evento 300, DOC1**, devendo proceder-se à restituição do valor depositado no **evento 306, DOC5** à Cooperativa, expedindo-se alvará, se necessário.*

*Por idêntico motivo, INDEFIRO o pedido de **evento 310, DOC1**.*

2. INTIMEM-SE.

3. MANIFESTE-SE a parte exequente, em 15 dias, requerendo os atos constritivos que entender de direito.

A Lei Complementar n. 196, de 24-8-2022, incluiu o § 1º ao art. 10 da Lei Complementar n. 130/2009, tornando impenhoráveis as quotas-partes do capital de cooperativa de crédito:

Art. 10. A restituição de quotas de capital depende, inclusive, da observância dos limites de patrimônio exigíveis na forma da regulamentação vigente, e a devolução parcial é condicionada ainda à autorização específica do conselho de administração ou, na sua ausência, da diretoria executiva. (Redação dada pela Lei Complementar nº 196, de 2022)

§ 1º São impenhoráveis as quotas-partes do capital de cooperativa de crédito. (Incluído pela Lei Complementar nº 196, de 2022)

No caso, incontroverso que o termo de penhora fora expedido em 8-8-2022 (**evento 300, TERMOPENH1**), ou seja, em momento, anterior à modificação legislativa em questão.

A questão, entretanto, perpassa em verificar se a Lei Complementar n. 196/2022 se aplica a penhoras anteriores à sua entrada em vigor, ou apenas àquelas ocorridas após a mudança legislativa.

Com efeito, é certo que a penhora constitui ato preparatório à expropriação do bem, que pode ocorrer mediante adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens (art. 825 do Código de Processo Civil).

A penhora, portanto, representa mero “ato processual responsável por garantir o juízo e permitir a futura transferência de propriedade” (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado, 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1331), não encerrando,

em si mesma, a atividade satisfativa, correspondente ao recebimento da quantia, entrega da coisa, obrigação de fazer, etc.

Neste contexto, sobrevindo modificação legislativa tornando impenhorável a coisa - como ocorrido no caso concreto -, a mera existência de penhora anterior não constitui óbice à aplicação da nova regra.

A propósito, verifico que questão de semelhante natureza restou discutida quando da publicação da Lei n. 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Ao se deparar com o tema, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a impenhorabilidade trazida pela legislação produziria efeitos sobre os processos em curso, inclusive sobre as penhoras anteriormente efetivadas, sem que tal circunstância implicasse em ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Colhe-se do voto proferido no Recurso Especial n. 84.715/SP:

Por essa espia, no particular do aspecto do “ato jurídico perfeito” e do “direito adquirido”, para espancar a fundamentação deitada nesses leitos, calha à fiveleta, comemorar os registros feitos pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, votando no agravo nº 12.221-RS (in DJU de 29.8.91), assim:

“Não vislumbro vulneração do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil pelo aresto hostilizado.

A lei processual nova tem incidência imediata, aplicando-se aos processos pendentes, e a penhora já realizada não constitui ato jurídico perfeito. Dentro do espírito da Lei nº 8.009/90, incidente sobre o feito em andamento, o bem sob constrição, por constituir bem de família, ‘... não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer outra natureza, contraída pelos Cônjuges...’; o que implica que, mesmo que se considerasse subsistente a penhora, os atos constitutivos posteriores a ela, peculiares à execução, já não poderiam ser realizados.

A moderna doutrina admite três sistemas distintos quanto à aplicação da lei processual no tempo, alinhando-se a legislação e jurisprudência pátrias ao sistema dos atos isolados, que repousa na aplicação imediata da lei nova aos processos pendentes”.

E, à sua vez, relatando o RMS nº 1.036-SP, com a sua autoridade de processualista, argumentou o exímio Ministro Eduardo Ribeiro, veris:

“A questão jurídica em debate foi examinada por esta Turma no julgamento do REsp 11.698, concluindo-se pela imediata incidência da lei nova, cancelando-se as penhoras - não as execuções - nos processos em curso. Proferi o seguinte voto:

‘Controverte-se sobre o entendimento do disposto no artigo 6º da Lei 8.009/90, questionando-se sobre a possibilidade de incidir a lei para atingir penhoras realizadas antes de sua vigência.

Facilmente se afasta a exegese literal do texto, fruto de equívoco manifesto na redação. Não há cogitar de cancelamento das execuções - o que seria um despropósito - mas das penhoras. A dificuldade está em saber se haveria retroatividade.

Não se compadece, por certo, com o atual estágio de evolução dos estudos, relativos ao Processo Civil, a afirmativa de que a penhora cria direito real; Tal entendimento, em nosso sistema, está sepultado. Entretanto, também não é lícito duvidar da existência de autênticos direitos subjetivos processuais que, uma vez adquiridos, tornaram-se intocáveis por lei posterior. Cumpre examinar se isso se verifica na hipótese.

A penhora é ato do processo de execução que tende a obter a expropriação do bem do devedor, com o objetivo de efetuar o pagamento ao credor, a este se substituindo o Estado, em vista do inadimplemento. Particulariza-se, no patrimônio do executado, o bem a ser futuramente alienado. Com isso, ficará resguardado, material e juridicamente, fazendo ineficaz, relativamente à execução, qualquer ato de disposição que venha o devedor a praticar.

Tem a razão de ser a penhora por inserir-se em uma série de atos tendentes à expropriação do bem e o pagamento do credor. Lícito dizer que se trata de ato preparatório daquela.

Deveras, é indubitoso, efetuar-se consoante o direito vigente à época. E esse ato, isoladamente considerado, não será alcançado por modificações que venham a sofrer as normas que o regulam. Deste modo, se um diferente procedimento for estabelecido, não se tornará nula a penhora que obedeceu à lei de seu tempo.

A hipótese em exame, contudo, é diversa. Visa a penhora a futura alienação do bem. Este ato de alienação a lei superveniente poderá fazer impossível juridicamente. E foi isso que ocorreu. O imóvel não responderá pela dívida, estebelece o artigo 1º da Lei 8.009/90. Admitindo-se prosseguisse a execução, sobre o bem, em virtude de a constrição anteceder à lei, estar-se-ia, em verdade, negando aplicação à lei processual já vigente. Com efeito, a penhora não importa transferência de propriedade. Embora onerado, o bem continua no patrimônio do devedor. Em vigor a lei que dispõe não responder pela dívida, não poderia mais, para isso, ser alienado judicialmente. A ato que consubstanciasse tal alienação tornara-se defeso. Se assim é, não teria sentido a permanência da penhora, preparatória de ato que não poderá ser praticado.

(sublinhou-se)

O julgado citado, é de se ressaltar, foi um dos precedentes que deram origem à Súmula n. 205 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

Não verifico, pois, a existência de nenhum elemento diferenciador entre a situação que originou o verbete sumular e o caso ora tratado, que deve ter solução semelhante para reconhecer que a Lei Complementar n. 196, de 24-8-2022 se aplica à penhora anterior à sua vigência, sem que, com isso, haja violação ao ato jurídico perfeito e acabado ou à segurança jurídica.

É o quanto basta.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, por consequência, revogar a decisão monocrática que havia deferido o pedido de efeito ativo (**evento 5, DESPADEC1**), nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **ROSANE PORTELLA WOLFF, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2953295v11** e do código CRC **77ec71d0**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROSANE PORTELLA WOLFF

Data e Hora: 9/12/2022, às 13:48:22

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO Nº 0300354-58.2016.8.24.0256/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

APELANTE: ILDO MIGUEL MALDANER

ADVOGADO: ALVARO DE SOUZA (OAB SC039302)

ADVOGADO: SASHIA LEE MASCARELLO SOUZA (OAB SC053227)

ADVOGADO: VINICIUS VAN MASCARELLO SOUZA (OAB SC041332)

ADVOGADO: ANA MARIA GARCIA (OAB SC048474)

ADVOGADO: VINICIUS DOS SANTOS NERES DA CRUZ (OAB SC049159)

APELADO: IMOBILIARIA BOEIRA LTDA

ADVOGADO: ERICH ALVINO WINCKLER (OAB SC023845)

ADVOGADO: ANDREAS OTTO WINCKLER (OAB SC018452)

EMENTA

AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. APROXIMAÇÃO DAS PARTES E INTERMEDIÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA RESCINDIDO SEIS MESES APÓS O PACTO EM RAZÃO DE RECUSA NA LIBERAÇÃO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. DESFAZIMENTO DA TRANSAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL À IMOBILIÁRIA AUTORA. COMISSÃO DEVIDA NOS TERMOS EM QUE PACTUADO. ART. 725 DO CC. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, 30 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença de Evento 108 dos autos de origem (AO), proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Modelo, Dr. Wagner Luis Böing:

Trata-se de ação monitória movida por Imobiliária Boeira Ltda. contra Ildo Miguel Maldaner.

Sustenta a parte autora, em síntese: que prestou serviços de corretagem de imóveis ao réu, tendo intermediado todo o negócio, desde a apresentação do imóvel in loco até a elaboração do contrato; que apesar do êxito no negócio, o requerido recusa-se a pagar os honorários de corretagem.

Em razão disso, requer a expedição do mandado monitório para que a parte ré pague a importância ou apresente os embargos. Formula os demais pedidos de praxe, valora a causa e junta documentos.

A parte demandada, devidamente citada, apresentou embargos, no qual alegou, em suma: que a comissão é indevida pois o negócio jurídico intermediado pela parte autora foi desfeito em 16.5.2016, sendo que o comprador não efetuou nenhum pagamento; que devem ser aplicadas as disposições do CDC; e que é nula a cláusula que prevê a sua responsabilidade exclusiva ao pagamento da corretagem. Sustentou outras questões contratuais e requereu o acolhimento dos embargos. Juntou documentos.

Houve réplica.

Vieram os autos conclusos.

Em julgamento antecipado da lide, o Magistrado *a quo* acolheu o pedido formulado na peça inicial para converter o mandato monitório em executivo, impondo ao demandado a obrigação de pagar a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), acrescida de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação e correção monetária pelo INPC a partir de cada vencimento das parcelas estipuladas no contrato objetado.

Irresignado, o réu interpõe recurso de apelação. De forma preliminar, pugna pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor. No mérito, insiste que o negócio não se perfectibilizou por conta da não implementação de condição firmada em contrato, referente à negativa de liberação de recursos por meio de financiamento imobiliário, condição esta de pleno conhecimento da imobiliária autora, responsável pela formulação da avença. Sustenta que o ajuste de compra e venda ainda previa que a inexecução do contrato pela não implementação das condições ali estabelecidas implicaria a resolução de todas as obrigações contratuais, inclusive a de corretagem. Sugere, por fim, que a manutenção da sentença validaria eventuais negócios jurídicos intermediados por corretor e comprador de má-fé (Evento 113 - AO).

Com as contrarrazões (Evento 118 - AO), vieram os autos conclusos.

VOTO

A controvérsia cinge-se, basicamente, à discussão sobre ser devida ou não a comissão de corretagem em negócio jurídico intermediado pela imobiliária autora, porém frustrado após 6 (seis) meses (Evento 102, INF113 - AO) em virtude da negativa do financiamento almejado pelo comprador (Evento 113, INF128 - AO).

De início, importante registrar que, ao contrário do que entendeu o Magistrado oficiante, ao caso se aplicam, sim, as regras do Código de Defesa do Consumidor, já que se encontram presentes, de um lado, prestador de serviço, e, de outro, pessoa que usa desse serviço enquanto destinatária final.

A respeito da aplicabilidade do CDC às relações de intermediação imobiliária, extrai-se do voto-vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.087.225/RJ, julgado em 16.11.2010, o seguinte excerto:

O art. 2º do CDC define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O art. 3º do mesmo diploma legal, por sua vez, estabelece que serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...)”.

Partindo dessas premissas, **tem-se que os serviços oferecidos pela empresa recorrente – entre eles a intermediação imobiliária – são bens juridicamente consumíveis. A atuação da recorrente na negociação da compra e venda do imóvel que é objeto do contrato celebrado entre as partes, além de ser remunerada, serviu para suprir uma necessidade pessoal do recorrido, destinatário final dos serviços. É patente, portanto, que na espécie em exame “devem ser observados os princípios e normas de defesa do consumidor”,** conforme destacou o acórdão proferido pelo TJ/RJ. (REsp n. 1.087.225/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ o acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 16.11.2010, grifou-se)

No entanto, a aplicação do CDC ao caso concreto não altera o resultado do julgamento de primeiro grau que, adiantado, deve ser mantido incólume.

A respeito do contrato de corretagem, trata Sílvia de Salvo Venosa:

Na corretagem, um agente comete a outrem a obtenção de um *resultado útil* de certo negócio. A conduta esperada é no sentido de que o corretor faça aproximação entre um terceiro e o comitente. A mediação é exaurida com a conclusão do negócio entre estes, graças à atividade do corretor. Quando discutimos a retribuição a que o corretor faz jus, importante é exatamente fixar que a conclusão do negócio tenha decorrido exclusiva ou proeminentemente dessa aproximação. Nesse sentido, Carvalho Neto (1991:15) define: “*Mediação, pois, é a interferência feliz de um terceiro, feita sob promessa de recompensa, entre duas ou mais pessoas, levando-as a concluir determinado negócio.*” (in *Direito Civil: contratos em espécie*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 324).

Na hipótese, as provas carreadas aos autos revelam que a intermediação da imobiliária apelada foi decisiva para a formação do contrato de compra e venda do imóvel de propriedade do réu/apelante e de terceiros ao comprador Odirlei Joanir Brandt, responsabilizando-se o recorrente pela comissão de corretagem, como se infere da cláusula 5.7 do contrato, *in verbis*:

5.7 - A título de comissão do corretor de imóvel, o VENDEDOR ILDO MIGUEL MALDANER pagará, com exclusividade, pelos honorários de serviços prestados à IMOBILIÁRIA BOEIRA LTDA., a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sendo: R\$ 70.000,00 em fevereiro de 2016, R\$ 70.000,00 em março de 2016 e R\$ 60.000,00 em abril de 2016. (Evento 1, INF7, p. 3 - AO)

Verifica-se, então, que o compromisso da demandante era bastante simples: intermediar a venda dos bens móveis, imóveis e semoventes pertencentes ao réu e terceiros, recebendo em contrapartida uma comissão de 3,44% sobre o valor do negócio, este ajustado em R\$ 5.800.000,00 (cinco milhões e oitocentos mil reais), totalizando R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). A disposição é clara e não conduz a desentendimento do consumidor.

Após concluída a venda, portanto, não pode a corretora de imóveis figurar como garantidora da execução do contrato, visto que finalizada sua participação com a etapa de mediação e concretização do negócio.

Nesse sentido, oportuna a lição de Maria Helena Diniz quando refere que

O corretor terá direito à remuneração, se aproximou as partes e elas acordaram no **negócio, mesmo que posteriormente se modifiquem as condições ou o negócio venha a ser rescindido ou desfeito** (RT, 288:799, 261:265, 590:101, 680:202, 554:184, 263:508, 261:280, 203:494, 465:180, 712:220; *Ciência Jurídica*, 70:122 e 353, 69:107; RSTJ, 51:191, 90:109; EJSTJ, 12:68; RJTJSP, 131:99, 127:41). *A esse respeito reza o Código Civil, no art. 725, que: «A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou, ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento da partes», ou, entendemos, de uma delas. Isto é assim porque o acordo já se efetivou, antes da desistência, com a intermediação do corretor, tendo ele, por tal razão direito à comissão integral.* (in *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. III. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 435, grifou-se)

Indubitável, portanto, que a comissão advinda da intermediação na venda de imóvel é cabível a partir da assinatura do negócio. A posterior rescisão do contrato de compra e venda não exime o vendedor do pagamento, ainda mais quando o distrato se deu por razão alheia à conduta da corretora, como ocorreu no presente caso, em que o comprador teve negado o crédito que receberia de instituição financeira. Nesse sentido, são diversos os julgados desta Corte, conforme Apelação Cível n. 2015.054566-5, de Joinville, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 13.10.2015; Apelação Cível n. 0009966-91.2012.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 21.02.2019; Apelação Cível n. 0005139-75.2014.8.24.0008, de Blumenau,

rel.^a Des.^a Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 25.06.2019; Apelação Cível n. 0057261-25.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 10.10.2019; Apelação Cível n. 0046143-36.2013.8.24.0038, de Joinville, rel.^a Des.^a Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 20.02.2020; Apelação Cível n. 0014904-29.2013.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 13.08.2020.

Registro ainda que o uso de valores a serem recebidos a título de empréstimo constava expressamente como forma de pagamento do negócio, sendo, portanto, de conhecimento dos vendedores (cláusula 3 do contrato - Evento 1, INF6, p. 2-3 - AO). Ou seja, do que consta nos autos - e o ônus de impugnar os fatos constitutivos do direito da autora era do réu, a teor do inciso II do art. 373 do CPC, uma vez que mesmo invertido o ônus probatório o consumidor não está dispensado de apresentar indícios de suas alegações -, não se tratou de negócio inseguro ou arriscado, tampouco de imprudência ou de desídia da corretora de imóveis, que fez constar, nos mínimos detalhes, o que foi acordado entre as partes para o sucesso da negociação.

Por seu turno, a previsão de resolução do contrato em caso da não implementação das condições estabelecidas na avença diz respeito a promitente vendedores e comprador quanto ao pagamento e à posse dos móveis e imóveis (cláusula 4.1, Evento 1, INF7, p. 1 - AO), e não atinge o direito da corretora, esta constante nas condições gerais do instrumento (cláusula 5.7, Evento 1, INF7, p. 3 - AO).

Finalmente, não há nenhum sinal de conluio entre imobiliária e comprador com o intuito de enriquecer ilícitamente às custas do vendedor réu. Trata-se de mera especulação formulada nas razões recursais, dissociada de documentos comprobatórios.

Assim, irretocável a sentença.

Em razão da sucumbência também nesta fase recursal, majoram-se em 2% (dois por cento) os honorários advocatícios fixados em favor dos procuradores do autor, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC.

Isso posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Documento eletrônico assinado por **MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2301843v21** e do código CRC **c29291de**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Data e Hora: 30/8/2022, às 14:58:42

APELAÇÃO Nº 0302071-66.2018.8.24.0020/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

APELANTE: NECILDA DA SILVA

ADVOGADO: GEBDIEL GONÇALVES SÁ (OAB SC023914)

ADVOGADO: JAIR SÁ JUNIOR (OAB SC026344)

APELADO: UNITED AIRLINES, INC.

ADVOGADO: ALFREDO ZUCCA NETO (OAB SP154694)

EMENTA

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA, VINDA DOS EUA COM ANIMAL DE ESTIMAÇÃO, BARRADA NO AEROPORTO DE SÃO PAULO PELA POLÍCIA FEDERAL. CONSTATAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LAUDO ATUALIZADO DO ANIMAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DA RESSALVA EXPRESSA NO SÍTIO ELETRÔNICO DA COMPANHIA AÉREA, SOBRE A NECESSÁRIA AVERIGUAÇÃO DE EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESPECÍFICA DO PAÍS DE DESTINO. SERVIÇO DE TRANSPORTE EFETIVAMENTE PRESTADO. OBSTÁCULO IMPOSTO PELA AUTORIDADE SANITÁRIA LOCAL QUE NÃO SE RELACIONA COM AS OBRIGAÇÕES DA COMPANHIA AÉREA. DOCUMENTAÇÃO QUE DEVE SER PROVIDENCIADA PELA PASSAGEIRA. AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS ARBITRADOS. RECURSO IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

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, 18 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Necilda da Silva contra a sentença proferida pela MM.^a Juíza de Direito da 3ª Vara Cível de Criciúma que, nos autos da *ação de indenização por*

danos morais ajuizada em face de United Airlines, INC., julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

4. Diante do exposto julgo improcedente o pedido.

Encerro a fase cognitiva do procedimento (artigo 203, § 1º e 485, I, do CPC).

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários sucumbenciais arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC. A exigibilidade está suspensa por força do artigo 98, § 3º, CPC. (Evento 28, autos originários).

Em suas razões recursais (Evento 33, AO), a autora sustenta em síntese, que: a) foi informada pela companhia aérea, por meio de contato telefônico, que os documentos utilizados para liberação do transporte do animal para a ida aos EUA seriam suficientes para o retorno ao Brasil; b) o embarque do animal foi autorizado pela companhia aérea, no entanto, ao desembarcar em São Paulo foi barrada pela Polícia Federal, sob alegação da necessidade de apresentação de carteira de vacina e atestado atualizado do animal, permanecendo no local pelo período de 3 horas até a resolução da questão com a emissão de novo atestado; c) a ré agiu com culpa ao permitir o *check in* e embarque da autora apesar da irregularidade na documentação e sem a devida orientação da passageira quanto a necessidade de complementação dos documentos. Assim, requer a reforma da sentença com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Apresentadas as contrarrazões (Evento 37, AO), vieram os autos conclusos.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta por Necilda da Silva em desfavor de United Airlines, INC., com o objetivo de obter reparação pecuniária pelos danos extrapatrimoniais experimentados em razão de ter sido barrada pela Polícia Federal, quando no seu desembarque de voo internacional no aeroporto de São Paulo, por irregularidade na documentação do animal de estimação que à acompanhava.

Na vestibular, a autora alegou ter adquirido passagens de ida e volta do Brasil para os EUA, incluindo o traslado de um cachorro na cabine, tendo chegado no destino sem intercorrências. Contudo, quando retornou ao Brasil, por volta das 9 horas, desembarcou no aeroporto de São Paulo e foi barrada pela Polícia Federal, sob o argumento de irregularidade na documentação do animal, permanecendo no local até a chegada de uma veterinária para emissão de um laudo atualizado, por volta das 16 horas. Asseverou que antes de retornar ao Brasil, entrou em contato com a empresa, sendo informada de que os documentos utilizados na viagem de ida seriam suficientes para a de volta. Assim, pontuou a prática de ato ilícito pela companhia aérea pela deficiência no dever de informação aos clientes.

A companhia aérea, em sua defesa, sustentou que não há indícios de prova do suposto contato da cliente com a companhia antes da viagem, e que todas as informações acerca do assunto estão devidamente esclarecidas no seu site. No mais, asseverou que a documentação apresentada se mostrava suficiente para o transporte do animal, serviço que foi efetivamente prestado, e que a obstacularização foi por controle sanitário dos órgãos governamentais, sob os quais não possui ingerência. Por fim, pontuou que cabia a autora a averiguação da documentação necessária para reingresso do animal no país e que apesar da culpa exclusiva da passageira, providenciou uma veterinária para emissão do documento atualizado.

Proferido o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, I, do CPC, o digno magistrado de origem decidiu pela improcedência dos pedidos iniciais, nos termos delineados no relatório.

Pois bem.

Verifica-se que a pretensão indenizatória da autora está fundamentada na suposta falta de esclarecimento por parte da empresa aérea acerca da necessidade de apresentação de laudo atualizado do animal para reingresso no Brasil.

Ab initio, impende destacar que o caso em apreço retrata típica relação de consumo, em que as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedores previstos nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, acerca de responsabilidade civil, assim prevê o diploma consumerista:

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.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

[...]

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Da consulta ao link fornecido pela companhia aérea (<https://www.united.com/ual/pt/pt/fly/travel/animals/in-cabin.html>), anexado à contestação, verifica-se que estão esclarecidos de forma pormenorizada os requisitos para transporte de animal doméstico na cabine, havendo um tópico destinado à explicação acerca das “declarações de saúde e requisitos de vacinação para cães e gatos que entram nos E.U.A.”; e outro, denominado “Documentação”, com a ressalva, no sentido de que “As regras de entrada de animais variam por país e estado, e cabe a você conhecer e cumprir aquelas aplicáveis à viagem do seu animal”.

No caso dos autos, é incontroverso que o serviço contratado pela autora foi de transporte do

animal, e que nesse ponto a ré cumpriu com suas obrigações, pois a própria demandante confirma que realizou o *check in*, em território norte americano e desembarcou no aeroporto de São Paulo, sendo barrada por agentes da Polícia Federal, os quais não estão sob a ingerência da empresa demandada.

Assim, revela-se desarrazoada a pretensão de atribuir à companhia aérea a obrigação de checar se a autora, além de cumprir as exigências para o transporte do animal, está de acordo com a normativa interna do país de destino atinente ao controle sanitário de seu território, uma vez que o próprio portal eletrônico faz menção da necessidade de averiguação de requisitos específicos para o ingresso de animais em cada país, tendo em vista a particularidade da legislação de cada território.

Frise-se, ainda, que embora a autora tenha mencionado a realização de contato telefônico com a empresa aérea para confirmação dos documentos necessários para a viagem de retorno do animal ao Brasil, não há ao menos indícios da referida comunicação nos autos e, ademais, como dito alhures, os requisitos para transporte do animal, impostos pela companhia, foram de fato cumpridos pela autora, restando pendentes as exigências sanitárias para o ingresso do cão em território nacional brasileiro, impostas pela autoridade local, sem relação direta com a companhia.

Diante dos fundamentos expostos, evidencia-se que não houve ilícito ou falha na prestação de serviço por parte da companhia aérea, não havendo falar em dever de indenizar.

Mutatis Mutandis, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO DO AUTOR. 1) TENCIONADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO CONSUMERISTA QUE NÃO SUBTRAI DO POSTULANTE O ENCARGO DE DEMONSTRAR OS SUBSTRATOS MÍNIMOS DA ALEGAÇÃO. MOMENTO INADEQUADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ALTERAÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO DESCABIDA. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. 2) RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO DE TRASLADO AÉREO INTERNACIONAL. TRANSPORTE DE ANIMAL DOMÉSTICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGADA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ADEQUADAS. DESCABIMENTO. EMBARQUE DE CÃO INVIABILIZADO NO MOMENTO DO CHECK-IN. FALTA DE CERTIFICADO ZOOSANITÁRIO INTERNACIONAL. COMPANHIA AÉREA QUE NOTICIA A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS EXIGIDOS PELAS AUTORIDADES SANITÁRIAS. DEVER DO CONSUMIDOR DE CONSULTAR AS EXIGÊNCIAS DOS PAÍSES DE ORIGEM E DESTINO, ALÉM DE PROVIDENCIAR A DOCUMENTAÇÃO SOLICITADA PARA O TRANSPORTE INTERNACIONAL DO ANIMAL. AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA MANTIDA. 3) HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. FIXAÇÃO NO IMPORTE DE 5% (CINCO POR CENTO) DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA EM FAVOR DO PATRONO DA RÉ. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0316641-10.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 02-07-2020).

Em razão da sucumbência nesta esfera recursal, majoram-se em 2% (dois por cento), sobre o

valor atualizado da causa, os honorários advocatícios fixados em favor do advogado da requerida, a serem acrescidos ao montante fixado na origem, observada inexigibilidade ante a concessão da gratuidade judiciária em favor da autora.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Documento eletrônico assinado por **MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2637550v20** e do código CRC **cccfdc5f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Data e Hora: 18/10/2022, às 13:23:50

APELAÇÃO Nº 5000048-23.2019.8.24.0143/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ANDRÉ CARVALHO

APELANTE: CRISTIANE DOS SANTOS VIEIRA (RÉU)

ADVOGADO: HELISSA GOMES DE SOUZA MARTINS DA SILVA (OAB MG177293)

APELADO: ADEMIR CARARA (AUTOR)

ADVOGADO: EZIO OSVALDO OLSON (OAB SC038149)

ADVOGADO: SILVANA GARLINI (OAB SC046842)

APELADO: NEIVA KUCHLLER CARARA (PAIS) (AUTOR)

ADVOGADO: EZIO OSVALDO OLSON (OAB SC038149)

ADVOGADO: SILVANA GARLINI (OAB SC046842)

APELADO: JAMILY KUCHLLER CARARA (ABSOLUTAMENTE INCAPAZ (ART. 3º CC)) (AUTOR)

ADVOGADO: EZIO OSVALDO OLSON (OAB SC038149)

ADVOGADO: SILVANA GARLINI (OAB SC046842)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA, MOVIDA EM DESFAVOR DE COMPANHIA AÉREA E EMPRESA DE TURISMO DEVIDO AO CANCELAMENTO DE VOO, EM RAZÃO DA FALÊNCIA DA PRIMEIRA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA CORRÉ.

ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO APELO MANEJADO PELA DEMANDANTE. PRETENSÃO PREJUDICADA PELO JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À ESPÉCIE. COMPANHIA DE TURISMO QUE INTERMIDOU A COMPRA E EMISSÃO DAS PASSAGENS AÉREAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EVIDENCIADA. RÉS QUE RESPONDEM DE FORMA SOLIDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º C/C 14 DO MICROSSISTEMA PROTETIVO.

AVENTADA A INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS PASSÍVEIS DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. TESE RECHAÇADA. EFETIVA LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS REQUERENTES QUE TIVERAM VIAGEM EM FAMÍLIA E COMPARECIMENTO EM CONGRESSO OBSTADOS. SITUAÇÃO AGRAVADA PELA ORIENTAÇÃO DE QUE DEVERIAM DIRIGIR-SE AO AEROPORTO, A FIM DE SOLUCIONAR O PROBLEMA E REALOCAR-SE EM OUTRA AERONAVE, JÁ QUE NÃO OBTIVERAM ÊXITO, TAMPOUCO SUPORTE DAS DEMANDADAS.

QUANTUM INDENITÁRIO. MONTANTE FIXADO NA ORIGEM QUE BEM ATENDE AOS

PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, ALÉM DE SUBLINHAR O CARÁTER PEDAGÓGICO DA CONDENAÇÃO E GUARDAR CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DESTES ÓRGÃO FRACIONÁRIO.

DECISUM MANTIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS, POR COROLÁRIO, DEVIDOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PORÇÃO, DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 em parte do recurso e, nesta porção, negar-lhe provimento, arbitrando, por consectário, honorários sucumbenciais recursais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 01 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Adoto, por economia processual e em homenagem à sua completude, o relatório da sentença (evento 77), da lavra da e. Magistrada Griselda Rezende de Matos Muniz Capellaro, *in verbis*:

NEIVA KUCHLLER CARARA, JAMILY KUCHLLER CARARA e ADEMIR CARARA ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais contra OCEANAIR LINHAS AEREAS S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL (nome fantasia Avianca) e CRISTIANE DOS SANTOS VIEIRA (nome fantasia Alfa Turismo).

Narram os autores, em resumo, que em meados de abril de 2018 contrataram com a agência de turismo Cristiane dos Santos Vieira (nome fantasia Alfa Turismo) um pacote de viagens com o objetivo de participarem do “Congresso de Adoração, Intercessão e Missão DT2019”, na cidade de Belo Horizonte/MG, e os valores foram pagos de forma antecipada, mediante depósito em conta-corrente; que em 15/4/2019 a autora Neiva foi informada pela agência de turismo, via whatsapp, que a companhia aérea ré estava fechando e que haviam sido cancelados alguns voos, dentre eles o dos autores, tendo sido orientada a ir ao aeroporto para tentativa de reacomodação; que no dia 16/4/2019 os autores foram ao aeroporto situado na cidade de Curitiba/PR, receberam a confirmação do cancelamento do voo, agendado para 18/4/2019, e foram informados que talvez iriam remarcar com outra companhia aérea, motivo pelo qual permaneceram na cidade de Curitiba por dois dias; que, no entanto, não houve reacomodação do voo e também não receberam auxílio para hospedagem e alimentação da companhia aérea, retornando ao lar no dia 17/4/2019, sem solução para o impasse; que tiveram prejuízos materiais, não reembolsados pelas rés, bem como sofreram abalo moral. Com tais fundamentos postularam a procedência do pedido para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização pelos prejuízos morais e materiais suportados (doc. 2). Juntaram documentos (docs. 3/23).

Sem êxito a tentativa de conciliação (doc. 55).

Em que pese regularmente citada (doc. 46), a ré Oceanair não compareceu à audiência conciliatória designada, sendo-lhe aplicada multa sancionatória (doc. 55), e tampouco ofereceu resposta.

A ré Cristiane dos Santos Vieira - Alfa Turismo apresentou contestação na qual suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, pois o cancelamento do voo decorreu de caso fortuito, que somente pode ser atribuído à ré Oceanair, responsável pela indenização dos prejuízos. No mérito, confirmou a contratação pelos autores, que adquiriram pacote de viagens com 3 diárias no Hotel Stop Inn, inscrição no congresso e kit Alfa Turismo, totalizando o valor de R\$ 1.750,00, sustentando que as passagens aéreas foram adquiridas da companhia aérea pelo valor de R\$ 1.120,00; que o voo foi cancelado em razão da falência da companhia aérea e, tão logo tomou conhecimento do fato, contactou os autores e fez o possível para auxiliá-los; que em 6/5/2019 reembolsou os autores no valor de R\$ 500,00, que corresponde ao valor da hospedagem, e enviou para o endereço residencial dos autores a camiseta e os brindes inclusos no pacote adquirido; que não pode reembolsar o valor dos ingressos e das passagens aéreas, pois os valores respectivos já haviam sido pagos à organização do Congresso e à companhia aérea, tendo atuado como mera intermediadora; que não deu causa ao cancelamento do voo e por isso não pode ser responsabilizada pelos prejuízos morais ou materiais que os autores alegam ter suportado; que tentou intermediar o reembolso das passagens aéreas mas, como os autores já haviam formulado o requerimento administrativamente, nada pode fazer; que os autores não comprovaram a ocorrência de danos morais, muito menos que teriam decorrido de conduta ilícita por si perpetrada. Com tais fundamentos requereu o acolhimento da preliminar arguida e, no mérito, a improcedência dos pedidos (doc. 58). Juntou documentos (docs. 59/81).

Houve réplica (doc. 83).

Segue parte dispositiva da decisão:

*Pelo exposto, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados por **NEIVA KUCHLLER CARARA, JAMILY KUCHLLER CARARA e ADEMIR CARARA**, para **CONDENAR** solidariamente as rés **OCEANAIR LINHAS AEREAS S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL e CRISTIANE DOS SANTOS VIEIRA** ao pagamento de indenização por **danos materiais** no valor de R\$ 2.853,50 e **danos morais** no valor global de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sendo R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada autor. Do valor dos danos materiais a requerida Cristiane poderá deduzir o valor dos brindes e das camisetas, encaminhados à residência dos autores.*

O valor do dano material deve ser acrescido de correção monetária pelo INPC a contar de cada desembolso e juros de mora a contar da citação, ao passo que “Sobre o valor da indenização por dano moral devem incidir juros de 1% ao mês (art. 406 do CC) desde a data do evento danoso, na forma da Súmula n. 54 do STJ, até a data do arbitramento – marco inicial da correção monetária, nos termos da Súmula n. 362 do STJ –, quando então deverá incidir a Taxa Selic, que compreende tanto os juros como a atualização da moeda”. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.069394-9, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 03-02-2015).

Diante da sucumbência mínima dos autores, condeno as rés ao pagamento das despesas processuais, pro rata, e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação, considerando o trabalho despendido pelo profissional e o tempo dedicado ao serviço e, de outro lado, os baixos valor e complexidade da causa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o Ministério Público, ante a presença de incapaz no polo ativo da lide. (grifos originais)

Na sequência, a ré Cristiane dos Santos Vieira [Alfa Turismo] opôs aclaratórios (evento 87), os quais foram rejeitados (evento 100).

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a dita requerida interpôs a presente apelação cível (evento 107), requerendo, primeiramente, o conhecimento do apelo no duplo efeito e independentemente do recolhimento do preparo, alegando, para tanto, fazer jus ao benefício da gratuidade judiciária.

Em caráter preliminar, defendeu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, argumentando não possuir qualquer ingerência ou responsabilidade pelo imbróglio experimentado pelos demandantes.

No mérito, defendeu a responsabilidade exclusiva da companhia aérea e a ausência de danos morais passíveis de serem indenizados.

Sucessivamente, postulou pela redução do *quantum* indenizatório.

Ato contínuo, a parte autora ofertou contraminuta (evento 115), pugnando pela manutenção do *decisum* objurgado.

Sem contrarrazões pela corrê (art. 346 da Lei Instrumental).

Por intermédio da decisão lançada ao evento 12, deferiu-se o benefício da gratuidade judiciária, com efeitos *ex nunc*, à apelante.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. César Augusto Grubba, alvitando o desprovimento do reclamo (evento 22).

É o necessário escorço do processado.

VOTO

Prima facie, constata-se que - embora próprio, tempestivo e dispensado de preparo - o reclamo comporta apenas parcial conhecimento.

É que, em suas teses recursais, a apelante defende a necessidade de atribuição de efeito suspensivo à insurgência.

Ocorre que, com o julgamento definitivo do recurso, efetuado neste momento, por este colegiado, tal pretensão resta prejudicada, ante a perda superveniente de seu objeto.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE

AUTORA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PLEITO PREJUDICADO EM RAZÃO DO JULGAMENTO DO FEITO. MÉRITO. ALMEJADA INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. AVENTADA INSCRIÇÃO INDEVIDA NO ROL DE MAUS PAGADORES, VEZ QUE DESISTIU DA COMPRA COM BASE NO EXERCÍCIO DE SEU DIREITO DE ARREPENDIMENTO. INSUBSISTÊNCIA. ANEMIA PROBATÓRIA. DEPOIMENTO DE INFORMANTE INCAPAZ DE COMPROVAR O EFETIVO PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO NEGÓCIO FIRMADO COM A APELADA. ADEMAIS, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE NÃO EXIME O CONSUMIDOR DE DEMONSTRAR FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO (ART. 373, I DO CPC). INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CONSUMERISTA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE OBRIGAR A EMPRESA RÉ A APRESENTAR PROVA NEGATIVA. TESE RECHAÇADA. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO. VERBA FIXADA EM GRAU MÁXIMO NA ORIGEM. EXEGESE DO ART. 85, § 11, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, *Apelação Cível n. 0312044-79.2017.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 4-6-2019, grifou-se*).

Portanto, não se conhece da insurgência no vértice.

Superada tal *quaestio*, passa-se à análise do recurso na extensão em que, efetivamente, comporta conhecimento.

Como visto, a recorrente defende a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por suposta ausência de responsabilidade pelo imbróglio experimentado pela parte autora.

De largada, adianta-se que a dita proemial se confunde com a alegação meritória de culpa exclusiva de terceiro que, portanto, serão conjuntamente analisadas.

Pois bem. Primeiramente, vale gizar que o caso em testilha atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor, pois a parte ré enquadra-se de forma incontestante no conceito de fornecedor inculpado no art. 3º, *caput*, do referido diploma, que assim dispõe: “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”.

Outrossim, a autora também se subsume ao conceito de consumidor encartado no art. 2º da legislação de regência, o qual preconiza que: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Dessarte, em face da normativa inserta no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que a ré deve responder objetivamente “pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços”, salvo quando constatadas: (a) a inexistência de falha; (b) a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou; (c) a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Além disso, como corolário lógico da incidência do microssistema protetivo facilita-se a defesa da parte hipossuficiente, com a possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor, consoante disposição do art. 6º, VIII, do mencionado regramento.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a inversão do *onus probandi* não exime o consumidor de demonstrar minimamente os fatos constitutivos de seu direito, sobretudo porque não se pode impor à ré o encargo de produzir prova negativa.

Nesse sentido, é a dicção da Súmula 55 do Órgão Especial deste Sodalício. Leia-se: “*A inversão do ônus da prova não exime o consumidor de trazer aos autos indícios mínimos do direito alegado na inicial quando a prova lhe diga respeito*”.

Volvendo-nos ao caso em apreço, constata-se que, de um lado, a parte requerente se diz lesada pelo cancelamento de voo adquirido, por intermédio da ora apelante, na forma de pacote turístico.

Lado outro, conquanto não negue a emissão das passagens, a parte requerida defende que não pode ser responsabilizada pelo dito cancelamento, já que operado em razão da falência da companhia aérea, decretada pelo juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, em 14-7-2020.

Sem razão.

Isso porque, o microsistema protetivo aplicável à espécie, é cristalino ao dispor, em seu art. 7º, que: “*tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo*”.

Assim, considerando que antes mesmo da decretação de falência a companhia aérea da qual foram emitidas as passagens já apresentava problemas atrelados à sua grave situação financeira e que, por ser especializada nesse tipo de serviço, trabalhando diariamente no trato com estas empresas, a ora apelante estava a par da dita situação, tem-se que a mesma deveria alertar os seus clientes acerca dos riscos - latentes na hipótese em cotejo - de remarcação e cancelamento de voo.

Somente acaso cumprisse tal prerrogativa é que a requerida poderia, *a priori*, cogitar se eximir da responsabilidade solidária decorrente da própria cadeia de fornecimento.

Firme nestas premissas, entende-se que a apelante é legítima para compor o polo passivo e afasta-se a alegação de culpa exclusiva de terceiro, mantendo-a como responsável solidária pelos danos experimentados pelos requerentes.

Nesse sentido, já decidiu esta Casa de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. FALÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA. CANCELAMENTO DOS VOOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES E DA EMPRESA CONSOLIDADORA DE TURISMO. APELO DA DEMANDADA.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. ANÁLISE CONJUNTA. ALEGADA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. TESE RECHAÇADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA INTERMEDIADORA E DA CIA AÉREA PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 14 DO

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA NA QUESTÃO.

RECURSO DOS AUTORES. SUSTENTADA LEGITIMIDADE DA AGÊNCIA DE TURISMO PARA COMPOR O POLO PASSIVO DA LIDE. EMPRESA QUE ATUOU EXCLUSIVAMENTE NA VENDA DE PASSAGENS ÁREAS. RESPONSABILIDADE ARREDADA.

“No caso, o serviço prestado pela agência de turismo foi exclusivamente a venda de passagens aéreas, circunstância que afasta a sua responsabilidade pelo efetivo cumprimento do contrato de transporte aéreo e autoriza o reconhecimento da sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação indenizatória decorrente de cancelamento de voo” (AgRg no REsp 1453920/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014).

DECISÃO MANTIDA, NO PONTO. REQUERIDA CONDENAÇÃO DAS PARTES AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, QUE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA ABALO ANÍMICO INDENIZÁVEL. REQUISITOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO EVIDENCIADOS. DANO MORAL INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA NO TÓPICO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0011247-95.2012.8.24.0039, rel. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 7-11-2019, grifou-se).

E, mais precisamente, este Órgão Fracionário:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DA RÉ. **ILEGITIMIDADE PASSIVA E CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. INSUBSISTÊNCIA. PASSAGENS AÉREAS ADQUIRIDAS PELOS DEMANDANTES NO SÍTIO ELETRÔNICO DA ORA RECORRENTE. CANCELAMENTO DO VOO EM RAZÃO DA FALÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA (AVIANCA). APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CASO. AUTORES QUE, DOIS MESES ANTES DA VIAGEM PROGRAMADA, ENTRARAM EM CONTATO COM A REQUERIDA ATRAVÉS DO PROCON/SC A FIM DE OBTER INFORMAÇÕES ACERCA DA MANUTENÇÃO DAS PASSAGENS AÉREAS. CANCELAMENTO NÃO INFORMADO AOS CONSUMIDORES. DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DAS CONDIÇÕES DAS PASSAGENS, DADA A SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA EM QUE SE ENCONTRAVA A COMPANHIA AÉREA PARCEIRA. **RELAÇÃO JURÍDICA SUBMETIDA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EVIDENCIADA. RÉS QUE RESPONDEM DE FORMA SOLIDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA. PRECEDENTES.** DANO MORAL. SUSTENTADA AUSÊNCIA DE ABALO ANÍMICO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO. TESE REFUTADA. SITUAÇÃO ENFRENTADA PELOS AUTORES QUE ULTRAPASSOU A ESFERA DO MERO DISSABOR. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (R\$ 5.000,00 PARA CADA AUTOR). INVIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

RECURSO DOS AUTORES. PLEITO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE RAZOÁVEL E PROPORCIONAL ÀS PECULIARIDADES DO CASO EM APREÇO. REEMBOLSO DE VALORES. TESE NÃO AVENTADA NA EXORDIAL E QUE, PORTANTO, NÃO FOI OBJETO DA DECISÃO GUERREADA. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. PLEITO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

INVIABILIDADE. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO ART. 85, § 2º, DO CPC. VALOR ARBITRADO QUE NÃO SE MOSTRA INDIGNO OU IRRISÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 5001812-64.2019.8.24.0007, rel. Sérgio Izidoro Heil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 28-6-2022, destacou-se).

Dando prosseguimento, cumpre-nos aferir se a situação narrada nos autos impingiu aos autores sofrimento anímico passível de ser indenizado.

Cediço que, aquele que causar dano moral à outrem tem o dever de repará-lo (arts. 186 e 927 do Código Civil).

Sabe-se, ademais, que o dano moral é concebido sob os sentidos amplo e estrito. Em sentido amplo, “*é agressão a um bem ou atributo da personalidade*”, ao passo que, em sentido estrito, “*é agressão à dignidade humana*» (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111).

Para sua caracterização, portanto, deve ocorrer lesão a um interesse associado à dignidade humana ou à expressão dos direitos da personalidade, como o nome, a honra, a imagem, a liberdade, a privacidade. Sem desrespeito a algum desses bens jurídicos, não há que se falar em dano moral, mas, sim, em mero dissabor, aborrecimento ou mágoa. Por tal motivo, nem toda situação desagradável resulta abalo imaterial.

Inclusive, não se pode confundir o dano moral com as sensações subjetivas decorrentes da lesão a um interesse qualquer, já que o “*mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral*”. A “*dor, vexame, e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém*”. (ibid. p. 111-112).

Além disso, vale reforçar que a verificação do abalo anímico não reside na mera ocorrência do ato antijurídico, “*importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante*” (STJ, Quarta Turma, AgRg no REsp 1.269.246/RS, rel. Luis Felipe Salomão, j. 20-5-2014).

Com isso quer se dizer que o dever de reparar nascerá se o ato ilícito provocar uma lesão concreta à dimensão moral da pessoa humana, isso é, sem dano não haverá reparação.

E, conforme entendimento sedimentado nesta Corte, “*o descumprimento contratual não configura dano moral indenizável, salvo se as circunstâncias ou as evidências do caso concreto demonstrarem a lesão extrapatrimonial*” (Súmula 29 do Grupo de Câmaras de Direito Civil deste Aerópago).

Ocorre que, na hipótese *sub judice*, a falha na prestação dos serviços contratados pelos autores causaram-lhes prejuízos que ultrapassam a esfera dos meros dissabores mezinhos da vida em sociedade, na medida em que não só foram privados de viagem em família e comparecimento

em evento - para o qual já estavam, há longa data, se programando, como foram comunicados às vésperas do embarque, ficando desprovidos de qualquer alternativa para chegada ao destino.

Se não bastasse, foram orientados pela corré e ora apelante à dirigir-se até o aeroporto onde se realizaria o embarque, para tentativa de realocação em outra aeronave, fato que só agravou a situação vivenciada pelas vítimas, já que a tentativa restou inexitosa e não receberam qualquer suporte da companhia.

Evidente, portanto, que os fatos narrados causaram-lhes angústia e preocupação que ultrapassam o mero inadimplemento e infortúnios do dia-dia.

Em caso semelhante, assim decidiu este Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS VERTIDOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS DEMANDANTES. PASSAGENS AÉREAS ADQUIRIDAS PELOS DEMANDANTES NO SITIO ELETRÔNICO DA REQUERIDA. CANCELAMENTO DO VOO UM DIA ANTES DO EMBARQUE. PEDIDO DE REEMBOLSO DOS VALORES DAS PASSAGENS NEGADO PELA DEMANDADA EM RAZÃO DA FALÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA. REQUERENTES QUE ALMEJAM A CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBMETIDA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. COMERCIANTE E FORNECEDOR QUE RESPONDEM DE FORMA SOLIDÁRIA. EXEGESE DOS ARTS. 14, § 3º; 20; 25, § 1º TODOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DANO MORAL IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ESTIPULAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, ATENDIDAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO PRESENTE JULGAMENTO (SÚMULA 362 DO STJ) E JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS A CONTAR DA CITAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA QUE IMPLICA NA REANÁLISE DESSE ÔNUS. AUTORA QUE FOI INTEGRALMENTE VENCEDORA, DEVENDO A REQUERIDA RESPONDER PELA INTEGRALIDADE DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CONFORME O ART. 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ELEVAÇÃO DO QUANTUM ESTIPULADO NA ORIGEM EM FAVOR DOS PROCURADORES DOS DEMANDANTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0304603-87.2017.8.24.0039, de Lages, rel. Rosane Portella Wolff, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 16-05-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPANHIA AÉREA. REVELIA DECRETADA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA COMPANHIA AÉREA. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA A PESSOAS JURÍDICAS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 481 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPROVAÇÃO DA FALTA DE CONDIÇÕES PARA ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DEFERIDA. DISPENSA DO RECOLHIMENTO DO PREPARO. MÉRITO: REVELIA DECRETADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA AÉREA COM O CONSEQUENTE CANCELAMENTO DO VÔO E INEXISTÊNCIA DE DEVOLUÇÃO DO VALOR DESEMBOLSADO PARA AQUISIÇÃO DAS PASSAGENS. CONJUNTO PROBATÓRIO CONVERGENTE

À CONDENAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONSUBSTANCIADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO PELA COMPANHIA AÉREA ACERCA DA COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, JÁ PLENAMENTE CONHECIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. OFENSA AO DEVER DE INFORMAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VENDA DE PASSAGENS DE FORMA DESIDIOSA, ANTE A INCERTEZA QUANTO AO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE TRANSPORTE. TRANSTORNOS OCORRIDOS NO PERÍODO DE FÉRIAS DOS AUTORES, QUE RESIDIAM EM MILÃO E ALMEJAVAM VIR AO BRASIL VISITAR FAMILIARES. INEGÁVEL OCORRÊNCIA DE DANO MORAL (IN RE IPSA), PORQUANTO PRESUMIDO E DECORRENTE DA PRÓPRIA ILICITUDE DO ATO. PEDIDO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NO PRIMEIRO GRAU EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). INSUBSISTÊNCIA. QUANTUM FIXADO AQUÉM DA EXTENSÃO DO DANO À DIGNIDADE E CIDADANIA DOS AUTORES. CONTUDO, INEXISTENTE PEDIDO DE MAJORAÇÃO. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA QUE NÃO A EXIME DO DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES SOBRE A SEGURANÇA E IDONEIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS. RECURSO DESPROVIDO. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA TOCANTE À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUROS DEVIDOS NO PATAMAR DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO, NOS TERMOS DA SÚMULA 54 DO STJ. “Por se tratar de matéria de ordem pública previsto no art. 293 do CPC, pode o Tribunal alterar o percentual de juros moratórios impostos na sentença, ainda que inexista recurso da parte com esse objetivo, sem que se constitua em julgamento extra-petita ou infringência ao princípio do non reformatio in pejus. Precedentes” (STJ, AgRg no REsp 1144272/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010). (TJSC, Apelação Cível n. 2009.012354-9, de Criciúma, rel. Denise Volpato, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 25-09-2012).

Logo, sendo inconteste o prejuízo moral decorrente do imbróglgio, mantém-se a condenação solidária da ré ao pagamento de indenização pelos danos morais.

Nessa senda, cumpre-nos adentrar na seara de ponderação do *quantum* indenitário.

A respeito da temática em exame, é consabido que a compensação pecuniária a título de danos morais demanda fixação correlata ao infortúnio experimentado pela vítima, de modo a compensar, sob o viés pecuniário, o gravoso abalo anímico que decorre do *eventus damni*, não havendo que se falar em enriquecimento sem causa.

Com efeito, o arbitramento do montante indenizatório deve levar em conta o caráter pedagógico da reprimenda, servindo de desestímulo à reiteração da conduta ilícita, mormente diante de práticas comerciais lesivas aos direitos dos consumidores, sabidamente vulneráveis na relação comercial.

Em última análise, sobreleva-se verdadeira função social do *quantum* indenizatório, na medida em que ostenta caráter pedagógico em relação à observância da legislação consumerista por parte dos fornecedores de produtos e serviços.

Não destoam o magistério de Carlos Alberto Bittar:

A fixação do quantum da indenização, que compete ao juiz à luz das condições fáticas do caso em concreto,

é o momento culminante da ação de reparação, exigindo ao intérprete ou ao aplicador da lei, de um lado, prudência e equilíbrio, mas, de outro, rigor e firmeza, a fim de fazer-se justiça às partes: ao lesado, atribuindo-lhe valor que lhe permita a recomposição de sua situação; ao lesante, cominando-lhe sanção que importe em efetiva reparação pelo mal perpetrado. (in Responsabilidade civil: teoria e prática. 5. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 112, grifou-se).

E da jurisprudência deste Aerópago, colhe-se o precedente abaixo ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO – VERBA DE NATUREZA COMPENSATÓRIA – MAJORAÇÃO.

Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido. (TJSC, Apelação Cível n. 0304557-24.2016.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 21-3-2017, grifo acrescido).

Logo, para o arbitramento da verba indenizatória no caso em tela, impõe-se considerar os aspectos econômicos, sociais e temporais, além da reprovabilidade do ato ilícito praticado.

E se assim o é, a par do escorço fático subjacente à lide, bem como sob as balizas da razoabilidade e da proporcionalidade e dos precedentes deste Órgão Fracionário (v. g. TJSC, Apelação Cível n. 0301350-80.2015.8.24.0033, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-10-2019 e; TJSC, Apelação Cível n. 0302186-95.2017.8.24.0061, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6-3-2018) entende-se que o importe estabelecido na origem é adequado ao sofrimento experimentado pelas vítimas e bem atende ao designo reparatório, não comportando minoração.

Dessarte, nega-se provimento ao recurso na porção conhecida, mantendo-se incólume o *decisum* objurgado.

Por derradeiro, considerando o desprovimento do reclamo, há que se fixar honorários recursais em favor do patrono da parte autora, conforme disposição do art. 85, §§ 1º e 11, do Digesto Processual.

Assim, observando-se os parâmetros inculpidos no § 2º do dispositivo supraelencado, tem-se que a verba honorária deve ser majorada em 2%, totalizando-se, à hipótese, o patamar de 12% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, voto por conhecer em parte do recurso e, nesta porção, negar-lhe provimento, arbitrando, por consectário, honorários sucumbenciais recursais.

Documento eletrônico assinado por **ANDRE CARVALHO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2817204v17** e do código CRC **539e95a5**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ANDRE CARVALHO

Data e Hora: 3/11/2022, às 18:59:11

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5064046-35.2021.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO

AGRAVANTE: SILVIO DE AZEVEDO

AGRAVADO: CLAUDIOMAR PESSOA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A MITIGAÇÃO DA PENHORABILIDADE DE VERBA SALARIAL PARA ADIMPLEMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR NÃO SE TRATAR DE VERBA ALIMENTAR.

INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE

PRETENDIDA A PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO DO DEVEDOR. ALEGADA A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIO DO DEVEDOR. DÍVIDA DECORRENTE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. INSUBSISTÊNCIA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE NÃO SE AMOLDA A EXCEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO §2º DO ART. 833 DO CPC. INTERPRETAÇÃO DO TEMA À LUZ DA RECENTE DECISÃO DA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP. 1.815.055). DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR E PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. HONORÁRIOS QUE NÃO INTEGRAM O CONCEITO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. DECISÃO DE IMPENHORABILIDADE MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

ACÓRDÃO

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 Agravo de Instrumento e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Silvio de Azevedo, devidamente qualificado, interpôs Agravo de Instrumento contra decisão que, nos autos do Cumprimento de Sentença n. 5000017-83.2012.8.24.0034, em trâmite na Vara Única da Comarca de Itapiranga/SC, indeferiu o pedido de penhora sobre percentual do salário do executado.

Em suas razões recursais, afirma o Agravante que busca a satisfação de seu direito, contudo inexitoso diante a ausência de valores e bens penhoráveis em nome do agravado.

No entanto, aduz ainda que em consulta às informações disponíveis por intermédio do INFOJUD – Sistema de Informações ao Judiciário, constou-se que o executado é contratado da empresa Explorer Call Center e Serviços Temporários LTDA, percebendo rendimento mensais de R\$ 1.702,81 (mil setecentos e dois reais e oitenta e um centavos), motivo pelo qual, requer seja aplicada a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas salariais, sob o argumento de que a débito possui natureza alimentar (honorários advocatícios).]

Aliado a isso, ressalta o Agravante que a penhora sobre 15% (quinze por cento) do salário do executado não lhe afetaria subsistência, tão pouco sua dignidade, mas torna possível a satisfação da execução, em paralelo os direitos do exequente.

Diante disso, requer o provimento do recurso para reformar a decisão agravada e ser deferida a penhora com bloqueios mensais sobre o salário do executado no montante de 15% (quinze por cento) do seu salário, até o montante suficiente para satisfazer a obrigação.

Alternativamente, caso este Tribunal de Justiça entenda pela penhora do salário do agravado em percentual diverso do alinhavado, requer a sua fixação em percentual menor.

Intimado para apresentar contrarrazões, o Agravado deixou transcorrer o prazo sem manifestação [evento 12 e 14 – EPROC2].

Os autos, então, vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

De início, prudente destacar que tanto a decisão combatida quanto o recurso interposto possuem fundamento processual no Código de Processo Civil de 2015, motivo pelo qual é este o diploma processual que disciplina o cabimento, o processamento e à análise do presente agravo de instrumento, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

Considerando ter sido o agravo manejado em face de decisão interlocutória proferida em processo de execução, hipótese elencada expressamente no parágrafo único, do art. 1.015, do CPC/2015, constata-se o cabimento do reclamo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido, passando-se a análise do mérito.

Ab initio, ressalto que o recurso de agravo de instrumento está limitado à verificação do acerto ou desacerto da decisão objurgada, nos exatos limites da fase processual em que se encontra o processo principal, sem qualquer possibilidade de solução que possa interferir definitivamente na decisão de mérito a ser proferida pelo juízo *a quo*, implicar em lesão grave ou de difícil reparação ou, ainda, quando a medida possa tornar-se irreversível.

Pretende o Agravante a reforma da decisão agravada, defendendo a relativização da penhora de salários do devedor visando à quitação de dívida alimentar (honorários advocatícios sucumbenciais).

O objeto recursal, portanto, cinge-se em analisar a possibilidade de penhorar parte do salário do Agravado, com forma de adimplir o débito, e sobre tal ponto debruçar-se-á a presente decisão.

Sobre o tema é sabido que, salvo restrições estabelecidas em lei, via de regra, todos os bens do devedor são passíveis de expropriação durante a execução, consoante dispõe o art. 789 do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Acerca do instituto, oportuno trazer à baila ensinamento de Alexandre Freitas Câmara, desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

A atividade executiva é essencialmente patrimonial. Significa isto dizer que os atos executivos incidem sobre bens do executado, e não sobre seu corpo (com a única exceção da prisão civil do devedor de alimentos, constitucionalmente autorizada). Impende, então, compreender qual a parcela do patrimônio do executado que pode ser alcançada pela execução.

Chama-se responsabilidade patrimonial à sujeitabilidade de bens à execução, de modo que os bens sobre os quais tal responsabilidade incide ficam sujeitos a suportar atos executivos, podendo vir a ser usados para a satisfação do crédito exequendo.

Por conta disso, estabelece o art. 789 que o executado responde “com todos os seus bens presentes e futuros” pelo pagamento do débito, excluídos apenas aqueles bens que a lei ressalve, declarando como não sujeitos à execução (os chamados bens impenhoráveis). (CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 334)

Em outras palavras, tem-se que o legislador buscou proteger a dignidade do executado, durante a ação executiva, de modo a privilegiar preceitos constitucionais de maior peso, na medida em que não seria condizente, conduzir o devedor a absoluta pobreza para satisfazer o credor.

Nesse viés, destaca-se lição de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

A impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada. (Curso de Direito Processual Civil. Vol. V. 6ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 547).

Ou seja, sendo a regra geral sujeitar a totalidade do patrimônio do devedor, a este incube provar eventual exceção, a exemplo de alguma hipótese de impenhorabilidade.

Nesse sentido, colaciona-se precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, RECONSIDERANDO DECISUM DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE ACERCA DA INTEMPESTIVIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DOS EXECUTADOS.

1. A regra é a penhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração, no caso concreto, de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação. [...] (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 760.162/SP, rel. Min. Marco Buzzi, quarta turma, j. 13-03-2018)

Logo, cabe ao devedor o ônus de comprovar a alegada impenhorabilidade.

E especificamente sobre a impenhorabilidade disciplina o artigo 833 do CPC:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º

[...]

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação

alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

[...]

Nesse contexto, observa-se que a penhora dos vencimentos dos agravantes é medida de exceção, cabível apenas quando a dívida objeto da executiva detiver natureza alimentícia, ou nas hipóteses em que os créditos sobre os quais se objetiva a constrição excederem a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, ocasião em que a parte excedente perderá o cunho alimentar, haja vista que a restrição de parte do subsídio não representaria ameaça à subsistência do devedor e de seu núcleo familiar.

A propósito, interpretando o dispositivo em referência, no que tange à constrição de verbas salariais, esta Corte firmou a compreensão de que *“o salário é absolutamente impenhorável e, por isso, não se pode, exceto no caso de ‘penhora para pagamento de prestação alimentícia’ ou se o seu valor ultrapassa 50 (cinquenta) salários mínimos mensais (§2º do artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015), admitir o bloqueio”* (TJSC, Agravo Interno n. 4032225-35.2018.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 28-03-2019).

Por outro lado, contudo, oportuno mencionar que segundo o entendimento jurisprudencial, a regra de impenhorabilidade de valores de origem salarial - prevista no art. 833, IV, do CPC - não possui caráter absoluto, tendo-se admitido a sua relativização, podendo ser deferida a constrição de parte da remuneração mensal do executado, desde que não se comprometa a sua subsistência.

Todavia, a relativização restringe-se a situações excepcionais, nas quais: a) o crédito executado possua natureza alimentar; ou b) que o devedor tenha verba salarial inequivocamente expressiva, de maneira que penhora de parte dela não culmine no prejuízo ao sustento próprio e de sua família.

Nesse sentido, extrai-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

1. 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. 2. Na hipótese, o valor originário da dívida objeto de cumprimento de ação de enriquecimento ilícito relativa a cheque emitido por pessoa física e endossado por pessoa jurídica, corresponde a R\$ 5.026,58 (cinco mil e vinte seis reais). Não sendo dívida de verba alimentar, ausente notícia de verba salarial mensal superior a 50 salários mínimos, bem como ausente qualquer notícia do acórdão recorrido de particularidade no caso, impõe-se o respeito a regra da impenhorabilidade. 3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no REsp 1847365/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.08.2020).

No caso dos autos, contudo, denota-se duas situações, a primeira que o Exequente/Agravante pelas informações disponíveis por intermédio do INFOJUD – Sistema de Informações ao Judiciário, demonstrou que o executado atualmente auferir rendimento mensais de R\$ 1.702,81 (mil setecentos e dois reais e oitenta e um centavos) em decorrência do contrato de trabalho com a empresa Explorer Call Center e Serviços Temporários LTDA, e, a segunda que o crédito executado - cujo importe indicado na exordial em 12.12.2012 correspondia a quantia de R\$ 3.674, 00 - refere-se a astreintes e em parte a honorários advocatícios fixados pelo juízo (sucumbenciais), o que em princípio, implicava o afastamento da regra de impenhorabilidade do salário, a teor do que dispõe o artigo 833, § 2º, do Código de Processo Civil.

E se diz a princípio, porque, os honorários advocatícios têm natureza alimentar, conforme entendimento consolidado do STJ e STF (Súmula Vinculante 47), de modo, que até pouco tempo atrás, considerava-se, de maneira quase unânime, que os honorários advocatícios se enquadravam na exceção prevista no art. 833, § 2º, do CPC, por se tratar de verba de natureza alimentar.

Entretanto, o STJ, em recente decisão da Corte Especial firmou entendimento no sentido contrário, de modo a afastar o caráter de “prestação alimentícia” da verba honorária, sobretudo para os fins do art. 833, § 2º, do CPC.

Sobre o tema, no julgamento do Recurso Especial n. 1.815.055, no voto vencedor, a eminente Ministra Nancy Andrighi fez a diferenciação conceitual segundo a qual o termo “prestação alimentícia” se restringe a alimentos decorrentes do vínculo familiar, como pensão alimentícia. Por isso, não é possível entender que a expressão abarca toda e qualquer prestação que tenha natureza alimentar, como os honorários.

Colaciona-se a ementa do acórdão retro mencionado:

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. (REsp n. 1.815.055, rel.ª Mi

No mesmo sentido, extrai-se dos julgados desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBENCIAIS. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A PENHORA DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO. PENHORA SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. VERBA REMUNERATÓRIA. IMPENHORABILIDADE, REGRA. MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DA VERBA SALARIAL ADSTRITA A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. EXCEÇÕES DISPOSTAS NO ART. 833, § 2º, DO CPC NÃO CARACTERIZADAS. APLICAÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE “PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA” PARA OS FINS DO ART. 833, § 2º, DO CPC, NÃO SENDO APTOS PARA AFASTAR A IMPENHORABILIDADE DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 833, INC. IV, DA REFERIDA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL NO CASO. DECISÃO REFORMADA. “1. A regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal poderá ser excepcionada, nos termos do art. 833, IV, c/c o § 2º do CPC/2015, quando se voltar: I) para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado

forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvadas eventuais particularidades do caso concreto. Em qualquer circunstância, deverá ser preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família. 2. As exceções à regra da impenhorabilidade não podem ser interpretadas de forma tão ampla a ponto de afastarem qualquer diferença entre as verbas de natureza alimentar e aquelas que não possuem tal caráter. 3. As dívidas comuns não podem gozar do mesmo status diferenciado da dívida alimentar a permitir a penhora indiscriminada das verbas remuneratórias, sob pena de se afastarem os ditames e a própria ratio legis do Código de Processo Civil (art. 833, IV, c/c o § 2º), sem que tenha havido a revogação do dispositivo de lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade. (...)” (STJ. AgInt no REsp N. 1407062/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.2.2019). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.(TJ-SC - AI: 40050136820208240000 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 4005013-68.2020.8.24.0000, Relator: Sebastião César Evangelista, Data de Julgamento: 05/08/2021, Terceira Câmara de Direito Comercial)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DECISÃO EM QUE FOI INDEFERIDO PEDIDO DE PENHORA SOBRE PERCENTUAL DO SALÁRIO DA EXECUTADA. RECURSO DA PARTE EXEQUENTE. PRETENDIDO DEFERIMENTO DE PENHORA DE 30% (TRINTA POR CENTO) OU, SUBSIDIARIAMENTE, 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O SALÁRIO DA DEVEDORA. ALEGAÇÃO DE QUE O CARÁTER ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXECUTADOS AFASTA A REGRA DE IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 833, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSUBSISTÊNCIA. MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DA VERBA SALARIAL ADSTRITA A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, EM QUE: A) A CONSTRICÇÃO SEJA DESTINADA AO PAGAMENTO DE DÍVIDA ALIMENTÍCIA; OU B) O DEVEDOR FAÇA JUS A RENDA MENSAL INEQUIVOCAMENTE EXPRESSIVA. APLICAÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE “PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA” PARA OS FINS DO ART. 833, § 2º, DO CPC, NÃO SENDO APTOS, PORTANTO, PARA AFASTAR A IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO. REMUNERAÇÃO MENSAL LÍQUIDA DA AGRAVADA INFERIOR A R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). QUANTIA MUITO AQUÉM DO PATAMAR PREVISTO NO ART. 833, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 833, INC. IV, DA REFERIDA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL NO CASO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. PEDIDO EM CONTRARRAZÕES DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA A SER SUPORTADA PELA AGRAVADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO NÃO CONHECIDO. (Agravado de Instrumento n. 5027921-05.2020.8.24.0000, rel. Tulio Pinheiro, j. 4.3.2021).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE ACOLHEU A ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA (...) EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 3º, DA LEI N. 8.009/1990. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA QUE, APESAR DE TER CARÁTER ALIMENTAR, NÃO SE ENQUADRA NA HIPÓTESE PARA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO ÀS EXCEÇÕES QUE NÃO PODE SER EXTENSIVA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. IMPENHORABILIDADE CONFIRMADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4013738-51.2017.8.24.0000, rel. Des. André Luiz Dacol, j. 15.9.2020).

Nesse viés, de acordo com a nova orientação do STJ sobre o tema, considera-se inaplicável ao caso a exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC.

De mais a mais, verifica-se que a verba salarial do executado não é expressiva, para ensejar a mitigação da regra de impenhorabilidade prevista no inc. IV do art. 833 do CPC. Até porque, indubitável que a penhora pretendida - de 15% do salário do executado - comprometerá a subsistência do agravado e de seus dependentes.

Desse modo, ausentes os requisitos autorizadores da penhora sobre salário do executado, configurada impenhorabilidade prevista no art. 833, inc. IV, do CPC, devendo ser mantida a decisão agravada,

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso de Agravo de Instrumento e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2513029v3** e do código CRC **11fe285a**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO

Data e Hora: 28/7/2022, às 17:31:42

APELAÇÃO Nº 5001237-24.2022.8.24.0016/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS

APELANTE: MARIA JOSE COSTA DOS SANTOS (REQUERENTE)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ALEGAÇÃO DA REQUERENTE DE QUE SEU SEGUNDO PRENOME, “JOSÉ”, CAUSA CONSTRANGIMENTO NO MEIO SOCIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA SOB O FUNDAMENTO DE QUE O PRENOME NÃO CONTÉM ERRO DE GRAFIA E NÃO CAUSA CONSTRANGIMENTO OU ABALO PSICOLÓGICO. RECURSO DA AUTORA.

MÉRITO. RECENTÍSSIMA ALTERAÇÃO NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS PELA LEI N. 14.382/2022. NOVA REDAÇÃO QUE FACULTA À PESSOA NATURAL A ALTERAÇÃO DO PRENOME APÓS A MAIORIDADE, A QUALQUER TEMPO, POR UMA VEZ, INDEPENDENTEMENTE DA EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS. REVOGAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DE UM ANO PREVISTO NA NORMA REVOGADA. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR AO CASO CONCRETO. REFORMA DA SENTENÇA SOB ESSA PERSPECTIVA. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA NO MESMO SENTIDO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, PARA AUTORIZAR A MUDANÇA DO ASSENTO CIVIL CONFORME REQUERIDO NA INICIAL.

A Lei n. 14.382/2022 promoveu alterações substanciais na Lei de Registros Públicos (n. 6.015/1973), conferindo maior liberdade àquele que, após atingir a maioridade civil, pretende retificar o prenome: não é necessário dizer o porquê da alteração, que pode se dar inclusive na via extrajudicial, pessoalmente; e não há mais falar em prazo decadencial de 1 ano.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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, a fim de reformar a sentença e julgar procedente o pedido, para que o prenome da apelante “Maria José” seja modificado em seu assento civil para “Maria Helena”, observando-se as demais regras de registro e retificação previstas em lei, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de *ação de retificação de registro civil* interposta por Maria José Costa dos Santos, na qual alega que o prenome «José» lhe causa constrangimento perante amigos e familiares, por ser considerado masculino pela sociedade. Por isso, pede a subtração do referido prenome, bem como a sua substituição por “Helena” (**evento 1, INIC1**).

Intimado, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) opinou pela improcedência do pedido (**evento 14, PROMOÇÃO1**).

Sentenciado o feito de maneira antecipada, o juízo singular adotou a mesma linha de raciocínio do Promotor de Justiça e, assim, rejeitou a pretensão da autora. Na fundamentação, pontuou que não há, nos autos, qualquer situação que justifique a supressão do prenome “José”, na medida em que ele “*não constitui erro de grafia, não causa constrangimento ou abalo psicológico e, inclusive, [é] bastante usual e comum no vernáculo brasileiro*” (**evento 19, SENT1**).

Contra tal decisão, a autora apelou. Em suas razões recursais, invoca inicialmente o cerceamento de defesa, pois não houve a produção de prova oral no feito – o que, no seu entender, seria necessário para averiguar “*a existência ou inexistência de qualquer situação que justifique a supressão do segundo nome da requerente ‘José’, sofrimento de algum constrangimento ou abalo psicológico*” (p. 3). No mérito, reitera os argumentos apresentados à inicial e pleiteia, por isso, a reforma da sentença (**evento 25, APELAÇÃO1**).

O recurso é tempestivo e a apelante é beneficiária da justiça gratuita.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa (**evento 9, PROMOÇÃO1**).

É o relatório.

VOTO

1. Quanto à preliminar invocada pela autora, anoto inicialmente que, de fato, não poderia a magistrada julgar improcedente o pedido de retificação de registro civil partindo da premissa de que o prenome José “*não causa constrangimento ou abalo psicológico*” sem antes possibilitar à autora produzir prova dessa circunstância, que é eminentemente fática.

Nada obstante, a lide deve ser resolvida sob perspectiva diversa e em favor da apelante, razão pela qual deixo de pronunciar a nulidade por cerceamento de defesa e passo imediatamente ao mérito da causa.

2. De acordo com o art. 56 da Lei dos Registros Públicos – com a substancial alteração trazida pela Lei n. 14.382, de 27/06/2022 –, «*[a] pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade*

*civil, requerer pessoalmente e **imotivadamente** a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico”. O § 1º do referido dispositivo adverte que “[a] alteração imotivada de prenome poderá ser feita na via extrajudicial apenas 1 (uma) vez, e sua desconstituição dependerá de sentença judicial”.*

Antes das referidas mudanças, a legislação tinha como norte o preceito da imutabilidade do nome, permitindo-se a alteração do prenome *i)* de forma imotivada, somente no primeiro ano após a maioridade civil, desde que não prejudicados os apelidos da família; e *ii)* depois, de forma excepcional e motivada, quando demonstrado erro de grafia ou exposição ao ridículo, ouvido o MP e mediante determinação judicial. Relembre-se, para elucidar, a redação em vigor até a Lei n. 14.382/2022:

Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

*Parágrafo único. Os oficiais do registro civil **não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.***

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

*Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e **motivadamente**, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).*

Art. 58. O prenome será imutável.

*Parágrafo único. Quando, entretanto, for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como **a sua mudança mediante sentença do Juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do artigo 56, se o oficial não o houver impugnado.***

Como se vê, o direito à alteração do registro civil, considerando o novo posicionamento do legislador, ganhou contornos mais abrangentes: não é necessário dizer o porquê do desejo de retificação do prenome, que pode se dar inclusive na via extrajudicial; e não há mais falar em prazo decadencial de 1 ano após o advento da maioridade.

E seguindo esse novel regramento, no caso *sub judice*, não vejo motivos para não dar procedência à pretensão inicial: a autora é maior de idade (**evento 1, CPF3**) e não precisa expor os motivos pelos quais almeja alterar o prenome de “*Maria José*” para “*Maria Helena*”. Advirto apenas que, como já informado *supra*, tal retificação não poderá ser requerida novamente.

No mesmo sentido, aliás, foi a manifestação do Procurador de Justiça, cujo trecho transcrevo:

Denota-se, portanto, que a alteração do registro civil das pessoas naturais passou a conferir mais liberdade para tal direito, porém, com um certo limite: a pessoa pode alterar o prenome de forma imotivada e administrativa apenas uma vez, desde que ela tenha atingido a maioridade, nos termos do referido art. 56, § 1º, da Lei de Registros Públicos. Observa-se, para tanto, que também foi suprimido o prazo decadencial de um ano após a maioridade civil para o exercício do direito, de modo que a partir da publicação da novel legislação, qualquer pessoa poderá mudar seu nome depois da maioridade.

Assim, no caso dos autos, deve ser permitida à apelante a modificação do seu prenome, de “Maria José”, para “Maria Helena”, pois, com a nova normativa, a mudança do nome pode se dar de forma imotivada, uma vez que a requerente já atingiu a maioridade, o que, inclusive, pode ser realizado extrajudicialmente.

Nesse sentido, decidiu recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL MÉRITO RETIFICAÇÃO DO PRENOME NOME COMPOSTO LEI DE REGISTROS PÚBLICOS ARTIGO 56 ALTERAÇÃO IMOTIVADA POSSIBILIDADE RECURSO PROVIDO SENTENÇA PARCIALMENTE ALTERADA.

- Nos termos do artigo 56, da Lei n. 6.015/73, recentemente alterada pela Lei 14.382, a alteração posterior de nome poderá se dar pessoal e imotivadamente, bastando para tal o comparecimento em cartório.

- Deve ser julgado procedente o pedido de alteração de prenome junto ao registro civil ainda que não demonstrado fundamento para alteração.

- Recurso provido. Sentença parcialmente alterada [TJMG. Apelação Cível n. 1.0000.22.099429-7/001, Rel Des. José Eustáquio Lucas Pereira, 21ª Câmara Cível Especializada, j. 13/7/2022]

4 Desse modo, constatado que o pedido da apelante não exige mais justificativa, constituindo um direito seu, garantido por lei, deve ser permitida a modificação do prenome almejado. (evento 9, PROMOÇÃO1)

3. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de reformar a sentença e julgar procedente o pedido, para que o prenome da apelante “*Maria José*” seja modificado em seu assento civil para “*Maria Helena*”, observando-se as demais regras de registro e retificação previstas em lei.

Documento eletrônico assinado por **HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2637858v20** e do código CRC **24f0fe19**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS

Data e Hora: 14/10/2022, às 16:53:7

APELAÇÃO Nº 0023460-49.2006.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE SCHUCH

APELANTE: C. F. A. S. (ESPÓLIO)

APELANTE: D. H. O. (INVENTARIANTE)

APELADO: S. S. D.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÕES DE AÇÕES SOCIETÁRIAS E DINHEIRO. DEMANDA AJUIZADA PELO PAI EM FACE DA FILHA. INGRATIDÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE DEMANDANTE. PRELIMINARES EM CONTRARRAZÕES. ALEGAÇÃO DA DONATÁRIA DE PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. FALECIMENTO DO AUTOR. DIREITO PERSONALÍSSIMO. ÓBITO OCORRIDO APÓS O AJUIZAMENTO DA ACTIO. POSSIBILIDADE DE PROSEGUIMENTO DA LIDE PELO ESPÓLIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 560 DO CÓDIGO CIVIL. SUCESSÃO PROCESSUAL DEFERIDA QUE AFASTA A TESE DE CONFUSÃO ENTRE A PARTE AUTORA E A REQUERIDA. EXTINÇÃO DO FEITO INVIÁVEL. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA DEMANDADA CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. REQUERIMENTO EXPRESSO PARA APRECIÇÃO DOS TERMOS DO AGRAVO POR ESTE TRIBUNAL. EXEGESE DO ART. 523, § 1º, DO CPC/1973. CONHECIMENTO. DISCORDÂNCIA COM OS TERMOS EM QUE FIRMADOS OS PONTOS CONTROVERTIDOS. SUPOSTA EXTRAPOLAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR CONSTANTE NA EXORDIAL. TESE INACOLHIDA. INEXISTÊNCIA DE INOVAÇÃO DE FATOS OU ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR PARA A DELIMITAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS. ALEGAÇÃO DE QUE AS AFIRMAÇÕES GENÉRICAS NA INICIAL NÃO CONFIGURARIAM ATOS DE INGRATIDÃO. QUESTÃO ATINENTE AO MÉRITO. AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO.

APELO. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA POR DECISÃO SURPRESA, CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. SENTENÇA QUE NÃO SE AFASTOU DOS PONTOS CONTROVERSOS, DELIMITADOS APENAS PARA OTIMIZAR A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, TAMPOUCO INOVOU NA ANÁLISE DOS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO DO DECISUM BASEADA NA CAUSA DE PEDIR E NO RELATO FÁTICO DAS PARTES. INCIDÊNCIA DO BROCARDO DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS. PROVAS TESTEMUNHAIS AMPLAMENTE AVALIADAS E VALORADAS PELO SENTENCIANTE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRETENSÃO RECURSAL DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. EIVAS PROCESSUAIS NÃO CONSTADADAS. INSURGÊNCIA QUANTO À OITIVA DE UMA TESTEMUNHA NA QUALIDADE DE INFORMANTE. ACERTO DA DECISÃO LANÇADA EM AUDIÊNCIA. COLHEITA DE DEPOIMENTO DE PROFISSIONAL EXERCENTE DE CARGO DE CONFIANÇA NO ALTO ESCALÃO DO GRUPO EXECUTIVO PRESIDIDO PELO AUTOR DA AÇÃO. POSTERIOR SUBORDINAÇÃO DIRETA AO ENTÃO INVENTARIANTE DO ESPÓLIO ACIONANTE. SITUAÇÃO A RECOMENDAR, NO CASO CONCRETO, A MANUTENÇÃO DO TESTEMUNHO NA CONDIÇÃO DE INFORMANTE. CIRCUNSTÂNCIA, TODAVIA, QUE NÃO IMPLICA EM PREJUÍZO À PARTE E NÃO RETIRA O EFEITO PROBANTE DA REFERIDA DECLARAÇÃO, A SER VALORADA EM CONJUNTO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA ACOSTADOS AOS AUTOS. MÉRITO. PRETENSÃO AUTORAL DE

RECONHECIMENTO DE ATOS DE INGRATIDÃO PRATICADOS PELA DONATÁRIA RÉ (FILHA) EM DESFAVOR DO PAI (DOADOR). REVOGAÇÃO DE DOAÇÕES DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS E DINHEIRO. TESE ACOLHIDA. GENITOR QUE INTEGROU A FILHA NO GRUPO EMPRESARIAL DE SUA PROPRIEDADE E POR ELE PRESIDIDO POR DÉCADAS. INTENÇÃO DO GESTOR DE PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUCESSÓRIO PARA O FIM DE MANUTENÇÃO DO LEGADO PATRIMONIAL CONSTRUÍDO. EFETIVAÇÃO DAS DOAÇÕES E INVESTIDURA DA DESCENDENTE NA CONDIÇÃO DE VICE-PRESIDENTE DA EMPRESA. DOAÇÕES REALIZADAS COM CLÁUSULAS DE RESERVA DE USO, GOZO E ADMINISTRAÇÃO VITALÍCIA DAS COTAS SOCIAIS PELO DOADOR, ALÉM DO EXERCÍCIO DE TODOS OS DIREITOS A ELAS INERENTES, INCLUSIVE O DIREITO DE VOTO IRRESTRITO E INCONDICIONAL COMO “GERENTE GERAL VITALÍCIO” DO GRUPO EMPRESARIAL. ATUAÇÃO DA RÉ QUE, AO SENTIR DO DOADOR, EXTRAPOLOU A BOA-FÉ NO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES RECEBIDAS. DESENCONTROS DE GESTÕES ENTRE AS PARTES EM MOMENTO EM QUE O PRESIDENTE DO GRUPO SE AFASTAVA LENTAMENTE DA ATUAÇÃO MAIS PRÓXIMA E DIÁRIA DOS NEGÓCIOS, ANTE O PROGRESSO DA DOENÇA QUE O ACOMETIA (MAL DE PARKINSON). FILHA QUE ENCAMPOU A RESPONSABILIDADE DA CONTINUAÇÃO DOS NEGÓCIOS DA FAMÍLIA, PORÉM DE MODO CONTRÁRIO ÀS EXPECTATIVAS DO DOADOR (GENITOR). CONFIRMAÇÃO PELOS FUNCIONÁRIOS DA EMPRESA DE FORMAÇÃO DE GESTÕES PARALELAS, DESAUTORIZAÇÃO PELA FILHA DE ORDENS DIRETAS DO DOADOR/GESTOR, TENTATIVA DE SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À ADMINISTRAÇÃO E USURPAÇÃO DO PODER DECISÓRIO DO PRESIDENTE. FALTAS GRAVES. AFASTAMENTO DA REQUERIDA DAS FUNÇÕES EXECUTIVAS QUE EXERCIA NA QUALIDADE DE MAIOR ACIONISTA. INVESTIDAS JUDICIAIS DA DONATÁRIA CONTRA O GENITOR/DOADOR VISANDO A DESTITUIÇÃO DA PRESIDÊNCIA E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR SUPOSTOS PREJUÍZOS AO GRUPO EMPRESARIAL. DEMANDAS COM O INTUTIO DE QUESTIONAR A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E FULCRADAS EM ACUSAÇÕES DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO DAS EMPRESAS POR GESTÃO TEMERÁRIA E NEGLIGENTE DO PRESIDENTE (DOADOR). ARGUMENTOS LEVIANOS. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE OUTRA DEMANDA PELA DONATÁRIA OBJETIVANDO A EXTINÇÃO DO USUFRUTO INSTITUÍDO PELO DOADOR E QUE GRAVOU AS AÇÕES DOADAS E TRANSFERIDAS À BENEFICIÁRIA. LITÍGIOS QUE NO CONTEXTO FAMILIAR E EMPRESARIAL SUPERARAM O MERO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DOADOR ATINGIDO FRONTALMENTE EM SUA HONRA, RESPEITABILIDADE, IDONEIDADE E TRAJETÓRIA NO MEIO EMPRESARIAL. ATAQUE PELA DONATÁRIA AO VALOR MAIS CARO E SENSÍVEL AO DOADOR, CONSTRUÍDO AO LONGO DA VIDA: A PRESIDÊNCIA DO GRUPO E O LEGÍTIMO PODER DE COMANDO/GESTÃO. INVESTIDAS E COMPORTAMENTOS DA DONATÁRIA PROVOCADORES DE PROFUNDA MÁGOA NO PAI/DOADOR E QUE ATENTARAM CONTRA A BOA-FÉ OBJETIVA PÓS-CONTRATUAL. CONFIGURAÇÃO DE ATOS DE DESLEALDADE E INGRATIDÃO SUFICIENTES À REVOGAÇÃO DAS DOAÇÕES. CONDUTAS IMPUTADAS COMO INGRATAS E DE SIGNIFICANTE GRAVIDADE COMPROVADAS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO DO ROL DO ART. 557 DO CÓDIGO CIVIL. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A OCORRÊNCIA DE GRAVES AFRONTAS DA FILHA PARA COM O GENITOR, APTAS A JUSTIFICAR A PROCEDÊNCIA DO PLEITO INICIAL. SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA PARCIALMENTE. - A doação, como ato voluntário de transmissão de bens e direitos, desde o início da formação do sistema jurídico civil brasileiro teve em sua regulação a possibilidade de revogação dessa liberalidade pelo doador, quando contra este o donatário pratica atos gravosos e de ingratidão. As Ordenações Filipinas (Livro 4, Título 63) estabeleciam hipóteses exemplificativas (*numerus apertus*), o Código Civil de 1916 (art. 1.183) firmou causas taxativas (*numerus clausus*), e o Código Civil em vigor (2002) retornou aos primórdios ao restabelecer a exemplificatividade das causas de revogação lançadas em seu normativo (art. 557). - Ao doador cabe a avaliação subjetiva da gravidade dos atos de

ingratidão praticados pelo donatário, a partir das cláusulas legais meramente exemplificativas, de sorte a fundamentar a revogação da liberalidade, cabendo ao Poder Judiciário syndicar, a posteriori, a validade da motivação adotada. - Considera-se ingratidão a conduta da donatária que recebe doação de ações empresariais e valores pecuniários e, após, passa a investir contra o doador, judicial e extrajudicialmente, taxando-o injusta e abertamente de gestor temerário, desleal, omissivo, inábil, causador de prejuízos ao grupo econômico e responsável por atuação lesiva à sociedade, por fatos ao final não demonstrados, tudo com o objetivo de desbancar o doador da direção das empresas e tomar para si o comando absoluto do conglomerado econômico, em manifesta violação aos termos da doação gravada com cláusula de usufruto, circunstâncias ofensivas à honra e imagem do genitor/doador enquanto pai, cidadão e empresário, com reflexos no meio familiar, social e econômico.

ACÓRDÃO

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, a) conhecer do agravo retido interposto pela ré e negar-lhe provimento; e b) conhecer do recurso do autor e dar-lhe parcial provimento a fim de julgar procedente o pedido inicial e revogar as doações de ações societárias e em dinheiro realizadas por C. F. A. S. para S. S. D. nos anos de 1987, 1989, 2002 e 2004 e, por consequência, condenar a requerida ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios em favor dos advogados da parte contrária, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 01 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença (evento 553/1º grau) por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

C. F. A. S. ajuizou ação de revogação de doação em face de S. S. D.

*Historiou, ab initio, sobre a origem de sua carreira empresarial e o sucesso de seus negócios. Na sequência, relatou que no período de 1987 a 2004 fez cinco doações em favor da ré, quatro delas referentes a ações da empresa C. P. e E. Após a transmissão, todavia, narrou que a ré passou a desautorizá-lo e enfrentá-lo, tanto que foi surpreendido com o ajuizamento de demanda contra si, na qual aquela tenta afastá-lo de suas atividades administrativas, sob o argumento de má administração (autos nº 00129**.*.***.8.24.00**). Defendeu que os atos supostamente temerários praticados na gestão do grupo seriam incapazes de arruinar as empresas e que a ré, em verdade, nunca possuiu poder de voto nas sociedades, pois era apenas nu-proprietária das ações doadas. Qualificou a atitude da ré como ambição e ganância em tomar para si seu vultoso patrimônio e disse que sua conduta revela injúria, ingratidão e indignidade autorizadas da revogação das doações.*

Fundamentou sua pretensão discorrendo sobre o conceito de doação, os deveres do donatário e a possibilidade de que o ato seja revogado por ingratidão derivada de injúria grave ou calúnia — institutos esses que no âmbito civil teriam noção mais ampla que no direito penal, abrangendo a atuação leviana e dissimulada da ré.

Postulou, ao final, a procedência do pedido revocatório. Requereu a tramitação do feito em segredo de justiça. Anexou procuração (p. 32) e documentos (p. 33-364).

Deferido o segredo de justiça (p. 373), corrigido o valor da causa [para R\$ 75.486.719,63 - em 23-8-2006] e recolhidas as custas (p. 379-383), a ré foi citada (p. 394).

Em sua contestação arguiu, em preliminar, inépcia da petição inicial por indeterminação do pedido em relação à quantia doada em dinheiro.

No mérito, destacou o contexto em que foi ajuizada a “ação de afastamento e responsabilização do G. S.”, aduzindo que, embora não fosse detentora de direito a voto, era acionista majoritária da C. P. e E. S/A, cujo controle permanecia resguardado ao autor. Asseverou que, nas assembleias ordinárias e extraordinárias realizadas em 2005, o autor promoveu aumento de capital social e integralização de novas ações, o que culminou na redução da participação societária da ré de 62,84% para 20,6% e na extinção do cargo de Vice-Diretora que ocupava, em retaliação à sua insurgência contra a prática de atos de gestão. Fez menção aos 3 negócios jurídicos que teriam causado prejuízo na monta de R\$ 3.000.000,00 à companhia e que fundamentaram seu pedido na ação ajuizada, pondo em xeque a administração do autor, ainda mais quando este não nega a realização das aquisições ruinosas.

Refutou, em seguida, as alegações de ingratidão, argumentando que as condutas imputadas na inicial não configuram calúnia ou injúria e que a propositura de demanda contra o doador constitui exercício regular de direito, sem intenção de ofender o autor, mas sim de proteger o patrimônio do grupo empresarial. Ponderou que não foi imputada ao autor prática criminosa, mas sim falta de diligência e que não foram proferidas quaisquer ofensas à sua honra ou decore.

Ao final, pleiteou o reconhecimento da inépcia da inicial ou, caso superada, a improcedência da pretensão. Colacionou procuração (p. 434) e documentos (p. 435-441).

A parte autora apresentou réplica (p. 466-482) e promoveu a juntada de documentação (p. 483-629).

A prefacial levantada na contestação foi afastada e restou designada audiência de instrução e julgamento (p. 630).

A parte ré opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (p. 652-653).

Diante da suposta incapacidade civil do autor, o feito foi encaminhado ao Ministério Público, o qual se manifestou pela nomeação de curador especial àquele (p. 730).

Nomeada curadora (p. 738), o autor ofereceu embargos de declaração (p. 744- 747).

Na data designada para a audiência, o juízo fez esclarecimentos quanto aos embargos de declaração e, ante a concordância das partes, o feito foi suspenso para tomada de depoimento pessoal do autor em sua residência por conta de seu estado de saúde (p. 750-751).

Em inspeção domiciliar, foram colhidos os depoimentos pessoais do autor e da ré (p. 765-769).

*No ato aprazado para oitiva das testemunhas, a audiência foi suspensa e determinada a reunião ao processo nº 00129**-**.*.8.24.00**, ajuizado pela ré, para fins de instrução e julgamento simultâneo. Restaram estabelecidos, ainda, os pontos controvertidos. A ré apresentou agravo retido, porém, a decisão foi mantida (p. 784-785).*

Vieram novos embargos de declaração do autor (p. 793-809), que, após impugnação da ré (p. 831-839), também foram inacolhidos (p. 840).

Após pedido da parte ré, determinou-se a suspensão da carta precatória expedida à comarca de São Paulo/SP (p. 846).

O autor informou a interposição de agravo de instrumento (p. 850-881), com manifestação da ré (p. 901-926), que sequer foi conhecido pelo Tribunal (p. 946- 953).

Z. B., dizendo-se filho do autor — paternidade reconhecida em ação judicial —, apresentou pedido de intervenção na lide na modalidade assistencial (p. 977-984). Requereu, outrossim, o benefício da justiça gratuita. Juntou documentos (p. 985- 1024)

Houve manifestação das partes (p. 1035-1039 e 1042) e do Ministério Público (p. 1045).

*Foi reconhecida a conexão da presente demanda nº 00129**-**.****.8.24.00** e mais uma vez ordenada a reunião dos processos (p. 1046-1047), decisão essa objeto de agravo de instrumento pelo autor (p. 1069-1106), ao qual foi igualmente negado seguimento (p. 1110-1112).*

Sobreveio notícia do falecimento do autor com pedido de regularização processual e prosseguimento do feito (p. 117-1121 e 1144-1149).

A substituição pelo Espólio, assim como o pedido de assistência e gratuidade formulados por Z. foram deferidos. Dando seguimento ao feito, designou-se nova audiência de instrução e julgamento (p. 1159-1161).

O autor, mais uma vez, apresentou embargos de declaração, os quais foram rejeitados (p. 1178-1179).

Na audiência foram ouvidas quatro testemunhas arroladas pelo autor e quatro pela ré, além de um informante (p. 1211).

No prazo assinalado, as partes apresentaram suas alegações finais (p. 1218-1262 e 1263-1281).

O Magistrado julgou improcedente o pedido exordial, nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por Espólio de C. F. A. S. em face de S. S. D.

Indefiro, outrossim, o pedido de remoção do assistente, assim como sua penalização por litigância de má-fé. Por outro lado, revogo os benefícios da gratuita da justiça concedidos ao assistente Z. B.

Frente à sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, os quais arbitro, tendo em vista a complexidade da causa, os atos praticados, o grau de zelo dos profissionais da parte ré e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), ex vi do prescrito no art. 85, §§ 2º, 8º e 16, do CPC.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a parte autora interpôs apelação, por meio da qual alega, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e ausência de fundamentação, a qualidade de testemunha do Sr. É., e não mero informante, e a necessidade de desprovimento do agravo retido interposto pela ré em audiência realizada em 18-2-2008. No mérito, reforça que as condutas da acionada autorizam a revogação das doações de participações societárias da empresa C. P. e E., do Grupo S., e em dinheiro, realizadas pelo genitor (falecido no curso da ação) em favor da filha, tendo em vista os atos de ingratidão e indignidade por ela cometidos após o recebimento das vultosas liberalidades. Aduz que a injúria que autoriza a medida reclamada na lide é aquela que atinge a esfera pessoal, o decoro, a reputação e a honra do doador, expondo-o em seu

meio social, conduta que pode ficar caracterizada por fatos variados, gestos indecorosos, desrespeito, desconsideração ou mesmo ajuizamento de demandas levianas, como ocorreu na hipótese. Destaca que a dissimulação e a busca de vantagem indevida pela ré foram cabalmente demonstradas e o contexto fático de gradual tentativa da filha de afastar o pai da administração não deve ser entendido como mero atrito empresarial, mas sim o firme e imoral propósito de antecipar os efeitos práticos e jurídicos da morte do genitor. Defende, ainda, que o desiderato único da apelada foi a tomada de poder, desrespeitando as prerrogativas que o pai reservou para si e cobiçando vantagem superior àquela graciosamente transmitida, sendo que o suposto exercício regular de direito não autoriza a injúria ou chancela a ingratidão. Pontua que o rol do art. 557 do Código Civil não é taxativo e que o autor em vida, em depoimento pessoal, confirmou a intenção de ver as doações revogadas. Ao final, pugna o provimento integral do apelo para que seja reconhecida a nulidade da sentença ou julgada procedente a ação a fim de revogar as doações realizadas em favor da ré, em razão de suas condutas indigna e ingrata, com o retorno das ações societárias para o espólio dos bens deixados por C. F. A. S., e a inversão dos encargos de sucumbência (evento 558/1º grau).

Contrarrazões no evento 562/1º grau, nas quais pugna a apelada: a) o não conhecimento do recurso, em razão do flagrante conflito de interesses do Espólio de C. F. A. S., sobretudo por seu inventariante, e pela falta de interesse dos demais herdeiros no deslinde da ação; b) o desprovimento integral do apelo; e, subsidiariamente, c) o julgamento do seu agravo retido em sede de audiência, em caso de provimento da apelação.

Em segunda instância, foi determinada a intimação da parte autora e do seu assistente para, no prazo de 5 (cinco) dias, manifestarem-se a respeito da preliminar deduzida em contrarrazões, o que foi cumprido nos eventos 26 e 28.

Na decisão do evento 57, após constatado que nos autos do inventário n. 03276**-**.****.8.24.00**, relativo aos bens deixados por C. F. A. S., houve remoção de C. R. S. do encargo de inventariante, substituído por inventariante judicial (advogado D. H. O. - OAB/SC 17***), foram deliberadas as seguintes questões processuais pendentes ao julgamento: a) indeferido o pedido de suspensão do processo; b) deferida a habilitação do inventariante judicial e franqueado o seu acesso integral aos autos; c) admitida a participação do herdeiro C. R. S. como assistente simples da parte autora; e d) determinada a intimação dos demais integrantes da lide (espólio autor, ré e assistente Z. C. B.) acerca da decisão.

VOTO

Cuidam os autos de ação de revogação de doações de ações societárias e dinheiro ajuizada por C. F. A. S. (pai/doador) em face de S. S. D. (filha/donatária).

1 PRELIMINARES EM CONTRARRAZÕES

1.1 Interesse Processual

Aduz a requerida/apelada (filha), em contrarrazões, que o recurso de apelação não deve ser conhecido, ante a ocorrência de perda do interesse processual da parte autora, pois “no curso do processo o recorrente (pai) faleceu, operando-se a substituição processual pelo espólio; contudo, o interesse processual do espólio é viciado, na medida em que há três herdeiros, sendo um deles a recorrida nesta ação”, de modo que ao seu ver “a ação deveria ter sido confirmada pelos herdeiros, em vista da confusão com uma das partes (a herdeira recorrida), o conflito deflagrado com outro herdeiro (o inventariante) e a ausência de consulta ao terceiro herdeiro (assistente)” (fls. 2-3 das contrarrazões).

Razão, contudo, não lhe assiste.

Sobre o interesse processual, a sentença assim deliberou:

2.1 Em sede de alegações finais, a ré aduz que, com o falecimento do primitivo autor e a substituição processual pelo espólio o interesse processual pereceu e que a ação deveria ter sido confirmada pelos herdeiros em razão da confusão de partes.

A alegação de caráter preliminar merece ser rechaçada, notadamente porque, não encerrado o inventário, é o espólio, representado pelo inventariante, quem responde pelos interesses do falecido (STJ, AgRg no REsp nº 1051443). E, no caso, houve manifestação expressa do desejo em prosseguir com a lide, instando aquele pela continuidade do processo (p. 1117-1121 e 1147-1152), o que afasta a aventada perda do objeto.

Em abono, colhe-se o contido no art. 560 do Código Civil: “o direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide”.

Ao comentar o referido dispositivo legal, Paulo Lôbo assim leciona:

O direito de revogar a doação é personalíssimo, mas há vicissitudes ulteriores que devem ser disciplinadas. A ação iniciada não pode ser extinta, em virtude de morte superveniente do doador ou do donatário. As posições de doador e donatário são intransmissíveis, em princípio, tanto para beneficiar os herdeiros do primeiro quanto para prejudicar os herdeiros do segundo. O princípio da intransmissibilidade e da limitação subjetiva da relação contratual de doação deixou de ser absoluto no Código Civil. Os herdeiros não são titulares do direito de revogação, que não lhes foi transmitido. A transmissão ocorreria se o direito de revogar pudesse ser exercido diretamente pelos herdeiros, quando o doador falecido não o tivesse feito, ou seja, não tivesse ajuizado a ação. Ocorre a transferência de posição processual, ou de substituição processual, que nada tem a ver com o direito material, com o direito subjetivo do doador. Se este não ingressar pessoalmente com a ação, não poderão fazer os herdeiros, em vida ou após a morte dele; sua inércia teria o efeito de perdão tácito (Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. pgs. 311-312).

Sabe-se que o espólio - conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa falecida - não se confunde com os respectivos herdeiros.

Nesse andar, efetivada a sucessão processual pelo espólio do autor, não há qualquer confusão entre as partes demandante e demandada, o que afasta a pretensão de reconhecimento de ausência de interesse processual.

1.2 Agravo Retido

Salienta a ré/apelada, ainda em contrarrazões, ter sido vencedora na ação em primeiro grau e, portanto, não ter interesse ativo de recorrer da sentença, mas em vista de ter o autor reiterado as contrarrazões (evento 451/1º grau) ao seu agravo retido, pugna também o conhecimento e provimento deste recurso caso haja a reforma da sentença de improcedência.

Nesse palmilhar, em respeito ao disposto no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da interposição do agravo retido, e antevendo-se a reforma do julgamento de mérito, mostra-se necessária a análise do agravo apresentado na audiência de 18-2-2008 (evento 446/1º grau):

[...].

Em seguida a parte autora fez o seguinte requerimento: “considerando a coleta da prova oral no mesmo ato para ambas as demandas, bem como o escopo probatório maior e diverso deste feito, requer-se, respeitosamente, sejam desde já fixados os pontos objeto da inquirição das testemunhas a saber: 1. A pretensão da ré no sentido de ambicionar, buscar, usufruto (direitos políticos) controle detido pelo pai, pretendendo benefício muito maior do que aquele objeto das doações; 2. Conduta dissimulada da filha no sentido de obter vantagens de poder maiores para si, seja no período anterior a última das doações (maio de 2004), seja até a presente data; 3. O perfil do autor, sua vinculação a empresa, e o impacto da ingratidão sofrida (prova dos fatos e ocorrências ligados a tais situações), atitudes e reações do autor após conhecimento da propositura das ações por parte da ré; 4. O cometimento da ingratidão em si”. Nada mais.

Em seguida a parte ré se pronunciou: “diante da manifestação acima é importante resgatar a verdadeira causa de pedir da presente ação que pode ser resumida em se saber se o exercício regular do direito de ação caracteriza a ingratidão que trata o Código Civil. Assim, a ré não concorda com o detalhamento da petição inicial feita acima, sob pena de violar o art. 128 e 460, do C.P.C. Nada mais”.

Pelo MM Juiz foram fixados, com a concordância do Ministério Público e da Curadora nomeada para o ato, os pontos controvertidos da presente ação: quais sejam: o cometimento da ingratidão e da indignidade por parte da ré, traduzidas pela prática de dissimulação e pela busca de vantagem indevida em desfavor do autor/doador, na esteira das ações anteriormente propostas contra esse que serão julgados na simultaneamente.

Em seguida a parte ré com fundamento no art. 523 do CPC apresentou o seguinte agravo de forma retida: “A agravante discorda a fixação, com a devida vênia, dos pontos controvertidos, uma vez que extrapolam em parte, pelo menos, os limites da petição inicial. Em momento algum, houve afirmação categórica da aludida dissimulação ou vantagem indevida. As afirmações genéricas por exemplo ‘prosseguiu a ré aproximando-se cada vez mais de seu genitor, portando-se com cândura, mostrando-se sempre solícita, amável, despertando nele alto grau de confiança, plano traçado de modo inescrupuloso’ são genéricas e comportam conseqüentemente preenchimento indevido. É mais do que natural que um filho dedique a seu pai durante a vida cândura, confiança, amabilidade. Logo, não é plausível que demonstrações de amor da filha agravante antes das doações sejam tomadas como atos inescrupulosos. Em momento algum, portanto, agiu a agravante com intuito pré-determinado para obter qualquer tipo de vantagem, sendo certo inclusive, que quando de uma das doações o

pai agravado manifestou-se de forma pública (na escritura de doação) que seria sua intenção livre de qualquer tipo de interferência fazer as doações com intuito de conferir o controle à agravante. O objeto da lide foi bem definido pelo autor, ora agravada, e não pode ser modificado no curso da demanda. Outrossim, as hipóteses acima narradas pela Procuradora do agravado não se enquadram dentre aquelas previstas no art. 557 do Código Civil, como causa para revogação de doação. Desta forma, seja porque não houve pedido com base nessa causa de pedir, seja porque se tivesse havido seria manifestamente improcedente porque suposta dissimulação não é causa prevista em lei para a revogação de doação, não há razão para produção de prova a esse respeito. Nada mais”.

O MM Juiz manteve a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

[...].

O reclamo, embora conhecido, não merece provimento.

A discordância da ré com a fixação dos pontos controvertidos deu-se por entender que extrapolavam, ao menos em parte, a causa de pedir constante na exordial.

No entanto, não logrou êxito a acionada em comprovar o alegado excesso. Limitou-se a aduzir no agravo retido a existência de afirmações genéricas na inicial, as quais, no seu entender, não configurariam os supostos atos de ingratidão.

Porém, a análise do mérito propriamente dito não se confunde com a fixação dos pontos controvertidos, que visa apenas otimizar a instrução probatória, afastando o trabalho inútil de prova quanto às questões incontroversas ou impertinentes.

De qualquer sorte, na extensa petição inicial constaram expressamente os seguintes trechos (já suficientes para afastar a pretensão vertida no agravo retido): a) “é esse homem a que a filha, após ter demonstrado a face amável para levá-lo à prática de atos de liberalidade adiante mencionados, tenta defenestrar, deixando então - e após - aflorar a face amarga, restringindo-se brusca e imotivadamente da administração do império que construiu, a fim de tomar-lhe prematuramente o pujante acervo de empresas e de bens que ele construiu ao longe de décadas e que lhe pertence”; e b) “extremamente grave a atuação da ré que, agindo de modo dissimulado, buscou meios de conduzir o pai à prática de atos que a beneficiavam e, alcançado seu objetivo, não observou qualquer pudor ou dificuldade em assumir sua verdadeira alma, propondo contra ele ação judicial desprovida de real fundamento” (itens 5 e 11 do evento 361/1º grau).

Não houve, portanto, qualquer inovação de fatos ou alteração da causa de pedir para a delimitação dos pontos controvertidos; a decisão em audiência é baseada justamente no relato fático constante da exordial e representa um singelo resumo do objeto da demanda.

Ademais, todas as questões fáticas atreladas à causa de pedir posta em discussão foram objeto de análise pelo Juízo na sentença e também serão por este Colegiado neste recurso, abordando-se amplamente o litígio instaurado.

Portanto, nega-se provimento ao agravo retido interposto pela ré.

2 APELAÇÃO CÍVEL

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

2.1 Preliminares de nulidade da sentença

Aduz o apelante a nulidade da sentença, por decisão surpresa, uma vez que a fundamentação adotada afastou-se dos pontos controvertidos fixados no curso processual, surpreendendo o autor e invocando circunstâncias outras, divorciadas daquelas definidas como relevantes para ditar o resultado da lide, o que resulta em cerceamento de defesa.

Salienta que “a imputação ao autor do dever de demonstrar a ocorrência de crime, ou melhor dizendo, de injúria grave ou calúnia, com os contornos da Lei Penal” e “a outorga de relevância ao insucesso da empreitada da apelada para a caracterização da indignidade e à retomada das visitas dela à casa paterna, vencida a ‘crise’”, são pontos fáticos que não foram anteriormente definidos como pertinentes para o desfecho da causa, razão pela qual não foram inseridos entre os pontos controversos e objeto da instrução.

Menciona, ainda, que a sentença carece de fundamentação e motivação por não ter apreciado adequadamente a prova oral, a qual, no seu entender, apenas foi reportada de forma genérica, sem individualização, não obstante revelar a indigna conduta da ré voltada a usurpar prerrogativas do pai e a reiteradamente praticar atos tendentes a vulnerar o encargo estabelecido pelo usufruto.

Pois bem.

Inicialmente, registra-se que, conforme o art. 282, § 2º, do Código de Processo Civil, “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Nesse andar, considerando a previsão de reforma da sentença de improcedência, seria até mesmo dispensável a análise das preliminares suscitadas.

Contudo, e apenas para complementar, é oportuno anotar não se falar *in casu* em decisão surpresa ou cerceamento de defesa na análise de todo o contexto fático que envolve a lide; não houve na sentença afastamento dos pontos controvertidos, tampouco inovação de fatos, pois a fundamentação do *decisum* está baseada no relato fático das partes e na compreensão do direito pelo Togado sentenciante. Além disso, em razão do brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*, compete ao juízo a adequação do caso concreto ao ordenamento jurídico.

E mais, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “o ‘fundamento’ ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador

que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*” (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 27-6-2017).

É dizer, todas as questões fáticas atreladas a causa de pedir posta em discussão devem ser objeto de análise pelo Juízo na sentença, notadamente porque a fixação dos pontos controvertidos, como antes referido, visa apenas otimizar a instrução probatória, afastando o trabalho inútil de prova quanto às questões incontroversas.

De igual modo, não se verifica na sentença recorrida ausência de fundamentação ou motivação para o decreto de improcedência, sendo que a prova testemunhal foi amplamente avaliada e valorada pelo sentenciante, embora não minuciosamente detalhada, remanescendo a questão processual na irresignação quanto à conclusão meritória adotada na sentença, o que não constitui o alegado vício configurador de nulidade.

Ao arremate, é oportuno salientar que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (art. 371 do CPC).

Desse modo, as preliminares suscitadas - que nem mesmo demandariam conhecimento na hipótese - não merecem acolhimento.

2.2 Prova testemunhal

Salienta o recorrente que na audiência de instrução, realizada em 21-6- 2018, por ocasião da tomada do depoimento de É. E. H. (vídeo 1785 do evento 542/1º grau), foi atribuído a este a qualidade de informante, por força do exercício de cargo de confiança no Grupo C., o que entende não ser adequado, pois a testemunha não possui qualquer interesse na demanda e a pessoa jurídica C. não é parte na lide, não havendo justificativa para oitiva sem o compromisso legal, de modo a ser impositiva a configuração de qualidade de testemunha.

Contudo, adianta-se, sem razão.

Sobre o tema, dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

[...].

Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

§ 2º Sendo provados ou confessados os fatos a que se refere o § 1º, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante.

Art. 458. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.

É sabido que a circunstância de determinada pessoa ser funcionária de pessoa jurídica parte ou interessada em processo judicial não é capaz, isoladamente, de comprometer a veracidade ou mesmo a carga valorativa do conteúdo advindo da prova, ainda mais quando não se trata de preposto, sócio ou pessoa que, de qualquer forma, venha a responder, direta ou indiretamente, pela pessoa jurídica.

Ocorre que, no presente caso, conforme bem ponderou o Magistrado no momento da oitiva de É. E. H. (vídeo 1785 do evento 542/1º grau), este não se tratava de um simples funcionário do Grupo C., mas sim de profissional que exercia cargo de confiança no alto escalão do grupo executivo, estando diretamente subordinado ao então inventariante do espólio autor (C. R. S.), sendo prudente e recomendada a colheita do seu depoimento na condição de informante.

Sabe-se que no sistema do livre convencimento motivado, abrigado pelo Código de Processo

Civil, o juiz é o destinatário final da prova, cabendo-lhe sua apreciação e valoração, bem como decidir quais elementos recolhidos são ajustados ao deslinde da causa.

Nesse passo, vê-se que o apelante não pleiteia a nulidade da oitiva ou o reconhecimento de cerceamento de defesa no ponto; limita-se a requerer a transmutação da qualidade do depoimento, o que nem mesmo seria possível neste momento, porque não fora prestado o compromisso legal pelo testigo.

Todavia, não há demonstração de prejuízo ao recorrente na colheita da prova na modalidade eleita, até mesmo porque, consoante já decidiu este Tribunal de Justiça, “o fato de a testemunha ter sido ouvida em juízo como informante, por si só, não lhe retira o efeito probante de suas declarações quando forem elas sopesadas com outros documentos jungidos aos autos, em razão do princípio do livre convencimento motivado do Juiz” (Apelação Cível n. 2008.059028-0, de Pinhalzinho, rel. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 02-12- 2008).

Logo, o recurso não merece acolhida no ponto.

2.3 Mérito

Superadas as questões processuais, no mérito, alega o espólio apelante (sucessor processual do autor) que as condutas da acionada autorizam as revogações das doações de participações societárias da C. P. e E., do Grupo S., e em dinheiro, realizadas pelo genitor/autor (falecido no curso da ação) em favor da filha/ré, tendo em vista os atos de ingratidão e indignidade por ela cometidos após o recebimento das vultosas liberalidades.

Aponta não ser taxativo o rol do art. 557 do Código Civil e a corrente adotada pela sentença não ser a mais adequada, seja por não ser majoritária, seja ainda por não homenagear a alteração introduzida pela ordem civil em vigor, seja também por não enaltecer o novel espírito do direito privado.

Aduz que os conceitos de injúria e calúnia previstos no Código Civil têm sentido mais abrangente do que a lei penal prevê, e a doutrina e jurisprudência são uníssonas ao exigir gravidade na conduta que enseja a revogação da doação, não reclamando, por outro lado, que a injúria mencionada pela lei civil seja equivalente àquela do âmbito criminal.

Menciona que a injúria autorizadora da medida reclamada na lide é aquela que atinge a esfera pessoal, o decoro, a reputação e a honra do doador, expondo-o em seu meio social, conduta que pode ficar caracterizada por fatos variados, gestos indecorosos, desrespeito, desconsideração ou mesmo ajuizamento de demanda leviana, como ocorreu na hipótese.

Salienta estarem cabalmente demonstrados os pontos controversos fixados (dissimulação e busca de vantagem indevida), assim como ser evidente que, ao agraciar a filha com vastas liberalidades, o pai não desejava abrir mão do mando de suas empresas, o que foi declarado de forma uníssona pelas testemunhas ouvidas, prerrogativa que manteve consigo por expressa manifestação exarada por ocasião das doações realizadas (reserva de usufruto total e vitalício das

participações societárias graciosamente transmitidas com a exclusiva e integral gestão dos bens doados). Registra que, para corroborar a suma importância que esse controle integral do grupo empresarial tinha para seu fundador, a designação de seu cargo na administração era de Gerente Geral Vitalício, conforme o Contrato Social, limite esse que não foi respeitado pela donatária que, insatisfeita com o precioso presente recebido, desejava mais, ambicionava também as prerrogativas que o pai se reservou, assim inobservando o direito real que gravava os bens doados, e para obter seu intento seria preciso desrespeitar os direitos que o pai reteve, em nítida atitude de ingratidão, que iniciou com inexplicável insatisfação com a benesse recebida, passou pela ambição daquilo que não lhe pertencia, percorreu o descaso em relação aos sentimentos do doador, e desembocou na lamentável usurpação das prerrogativas paternas; para tanto, utilizou, num primeiro momento, o cargo executivo obtido por força das doações (vice-presidência) e, mais adiante, o golpe fatal da via judicial, abusivamente perfilhada.

Alega extrair com clareza da instrução probatória, ao seu ver inexplicavelmente ignorada pela sentença, que: a) a ré passou a frequentar a empresa e exercer cargo definido na C. - empresa operacional familiar, da qual a C. P. e E. era a holding -, desde 2002/2003, e que iniciou o desempenho de seus misteres trabalhando próxima e em conformidade com o pai; b) a partir de meados de 2004 houve importante mudança na conduta da acionada, traduzida pela (i) tomada de decisões contrárias àquelas eleitas pelo doador, (ii) contratação de funcionários e consultores, desconectadas da organização estabelecida na empresa e em desacordo com a vontade do pai, criando verdadeira gestão paralela dentro da pessoa jurídica, (iii) segregação do pai, que passa a não ter participação ou ser consultado em relação às medidas por ela tomadas, (iv) tentativa de isolamento do pai, questionando a necessidade dos reportes e das quase diárias reuniões e contatos da equipe de gerentes com o presidente, (v) declaração de que o pai não mais seria responsável pela condução dos negócios e (vi) segregação da equipe de gerentes que permanecia leal ao doador, fracionando a administração e deixando nítida sua oposição ao genitor.

Ressalta que o intento da ré somente não foi bem-sucedido porque foi afastada pelo próprio pai de seu cargo executivo e da empresa em meados de 2005, o que, porém, não afasta a ingratidão que deveria ditar a procedência da demanda, até porque quando se viu baldada sua expectativa pela via executiva, a ré não se deteve em processar o pai, ingressando então com absurdas medidas judiciais para vê-lo removido de seu cargo de administrador da sociedade, e o fez de modo escancaradamente abusivo e desleal, utilizando (a) pretexto despropositado, em nítido abuso, e (b) acusações injuriosas, golpe fatal para o doador.

Pontua que processado judicialmente pela filha, sob a pecha de gestor temerário - logo ele, que tanto se orgulhava de ter erguido um dos maiores grupos empresariais do Estado de Santa Catarina, e ainda estar à frente de sua gestão à época -, o agravo foi ainda maior e mais dolorido ao pai; viu-se afrontado, ofendido, indignado e traído, sentiu que a filha não era grata pelas extensas benesses recebidas, a ponto de ir a Juízo na tentativa de retirar do doador aquilo que lhe era tão caro: a administração de suas empresas; e esse contexto de gradual tentativa da filha de afastar o pai da administração não deve ser entendido como mero “atrito empresarial” conforme dito pela sentença, pois a prova oral bem demonstrou que a empresa significava a própria razão de ser do

fundador e fazia parte indissociável de sua identidade, de modo que alterar essa ordem de coisas, como pretendeu a apelada, não significou um mero conflito gerencial, mas sim o firme e imoral propósito de antecipar os efeitos práticos e jurídicos da morte do pai.

Argumenta que a ré ainda ajuizou contra o pai ação declaratória de extinção de usufruto e, ao assim proceder, revelou extreme de dúvidas seu desiderato de desrespeitar os limites e obrigações impostos com a doação, entre estes a observância dos direitos do usufrutuário; essa demanda, assim como a citada anteriormente, também foi julgada improcedente, tudo a reforçar a configuração de indignidade e profunda ingratidão.

Defende que o desiderato único da apelada foi a tomada de poder, desrespeitando as prerrogativas que o pai reservou para si e cobiçando vantagem superior àquela graciosamente transmitida, sendo que o suposto exercício regular de direito não autoriza a injúria ou chancela a ingratidão, especialmente porque feridos o decoro e a dignidade do doador, que recebeu, da boca da donatária, acusações das mais sérias, inclusive de conduta temerária e ímproba, qualificativos que alega a apelada ainda hoje sustentar.

Destaca, ademais, a dissimulação da ré que, antes de receber as doações que constituem o cerne da demanda, apresentou ao pai a face amável de filha respeitosa e obsequiosa, para depois revelar absoluto descaso em relação aos sentimentos paternos, o que foi confirmado pelos depoimentos colhidos e até mesmo pelo depoimento pessoal do autor. Anota que esse comportamento - pela necessária deferência que é devida aos pais - já seria demasiadamente ingrato se a doação fosse pura e simples, transferindo todos os direitos inerentes à titularidade das ações, no entanto, as doações aqui foram restritas, reservando integralmente os direitos políticos e econômicos sobre as ações ao doador, de modo que a imoralidade e ingratidão se somaram à ilicitude escancarada da conduta da ré, o que acentua o seu grau de reprovabilidade.

Ao arremate, assinala que a ingratidão foi cometida pela apelada, e não pelos seus filhos, amantíssimos netos do doador, de sorte que a posterior e mal comprovada retomada das visitas da filha, especialmente se considerada a absoluta limitação de locomoção do doador, sua situação de carência afetiva e a necessidade de manutenção de bom relacionamento com os netos, não poderia jamais ser interpretada como perdão dos atos injuriosos, revelando, isto sim, um contexto imposto pela indispensável convivência com todo o núcleo familiar; essas circunstâncias ao seu ver decorrem da observação do que hodiernamente ocorre em qualquer família.

Por todo o exposto, pugna o provimento integral do apelo para que seja julgada procedente a ação a fim de revogar as doações realizadas em favor da ré, com o retorno das ações societárias para o espólio dos bens deixados por C. F. A. S.

O caso concreto foi assim decidido na sentença recorrida:

2.2 Cuidado de ação de revogação de doação fundada na alegação de ingratidão.

Afirma o autor que a ré, sua filha, após receber quatro doações de ações da empresa C. P. e E. S/A, além

de uma em dinheiro, teria passado a desrespeitá-lo, desautorizá-lo, enfrentá-lo em sua atuação empresarial, controvertendo o tratamento amável e solícito que dispensava até então, conduta essa que teria por objetivo apenas a apropriação de seu patrimônio. Alega que o ápice da indignidade foi a propositura de “ação de afastamento e responsabilidade do administrador” pela filha com fins de afastá-lo da condução do grande grupo empresarial que criou, imputando-lhe má-gestão e ofendendo profundamente sua carreira de sucesso. Assevera tratar-se, pois, de hipótese de revogação da doação por injúria ou calúnia da donatária (CC, art. 557, III).

De sua vez, a ré defende que o ajuizamento da demanda constituiu mero exercício regular de direito, no intuito de preservar a saúde financeira do grupo econômico, haja vista a prática de negócios ruinosos pelo autor que levaram a um prejuízo aproximado de R\$ 3 milhões. Sustenta que em nenhum momento pretendia ofendê-lo, mas apenas questionar alguns atos de gestão praticados quando ela esteve afastada da administração (por conta de modificações societárias), o que não pode ser qualificado como ingratidão, tampouco configuram calúnia ou injúria grave.

O contrato de doação, previsto no art. 538 do Código Civil, é caracterizado pela transferência, por liberalidade, de bens ou vantagens do patrimônio de uma pessoa para outra.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano “é um negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença” (O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e seus efeitos no direito de família e sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34).

Em regra, tal pacto é irrevogável e extingue-se pelo cumprimento da obrigação. Prevê o Codex Civil, no entanto, a possibilidade peculiar de revogação da doação em dois casos: por ingratidão do donatário ou inexecução do encargo (art. 555).

Na primeira hipótese, que é a que se está a tratar, restaram capitulados no art. 557 os atos de ingratidão:

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.”

A expansividade (ou não taxatividade) do mencionado rol é tema controvertido — inclusive no seio desta demanda. Há quem defenda, a exemplo de Flávio Tartuce, que a lista é exemplificativa, pois “qualquer atentado à dignidade do doador por parte do donatário pode acarretar a revogação da doação por ingratidão, cabendo análise caso a caso” (Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 333). Já na visão de Silvio de Salvo Venosa, Arnaldo Rizzardo, Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves e Pablo Stolze Gagliano, à qual me filio, a enumeração é taxativa. Isso porque, tendo a revogação caráter de penalidade, de desfazimento da liberalidade, só terá lugar em situações mais graves, expressamente eleitas pelo legislador.

A fim de preservar a segurança dos negócios jurídicos, a lei limitou o arbítrio do doador, restringindo a possibilidade de se desfazer o contrato quando ferida de modo profunda a sensibilidade do doador. Imprescindível que ocorra a quebra da boa-fé objetiva pós-contratual (Pablo Stolze Gagliano). Não é, destarte, qualquer ofensa que autoriza a revogação, mas apenas aquelas eleitas no estatuto civil.

Partindo-se desse pressuposto, resta apurar, então, se a conduta imputada à ré está compreendida na hipótese

de injúria grave ou calúnia, como pretendido pelo autor.

Em que pese o doador pretenda elastecer o sentido dos institutos acima mencionados, defendendo que vão além dos conceitos criminais, não há como dissociá-los dos tipos penais previstos no Código, até porque entendo que fugiria à verdadeira mens legis, qual seja, de autorizar a revogação apenas em situações que possam configurar crime.

Partindo dessa premissa, será o donatário punido com a revogação da doação apenas se ofender, de modo grave, a dignidade ou decoro do doador ou imputar-lhe falsamente fato definido como crime, conforme estabelecido nos arts. 138 e 140 do Código Penal.

In casu, tenho que o ajuizamento de demanda pela ré, questionando os atos empresariais praticados pelo autor, não caracteriza nenhum dos tipos citados. A alegação de má-gestão, por si só, não constitui imputação de crime, tampouco ofensa à honra subjetiva, por mais conceituada que seja a carreira do autor. Muito menos o são, então, as discordâncias em relação à administração do grupo empresarial.

Da narrativa contida no processo de afastamento, também não extrai qualquer elemento que possa caracterizar grave insulto ao autor ou (falsa) atribuição de prática criminosa. Pelo contrário, a demanda tem por objeto apenas a impugnação de atos que teriam causado prejuízo patrimonial ao grupo — perdas essas que, aliás, não foram negadas —, sem qualquer conotação pessoal ou afronta à competência administrativa do autor. Outrossim, o fato de o autor ter ficado desgostoso ou chateado com a propositura da ação — o que é até compreensível — não pode se comparar a uma ofensa à sua dignidade, tal como previsto na lei penal.

Mas vou além!

A par dessa discussão, ainda que considerado o rol do art. 557 como exemplificativo, tese do autor, mesmo interpretando o termo ingratidão em sentido lato sensu, não vislumbro elementos que a configurem.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “para a revogação da doação por ingratidão, exige-se que os atos praticados, além de graves, revistam-se objetivamente dessa característica. Atos tidos, no sentido pessoal comum da parte, como caracterizadores de ingratidão, não se revelam aptos a qualificar-se juridicamente como tais, seja por não serem unilaterais ante a fundada dissensão recíproca, seja por não serem dotados da característica de especial gravidade injuriosa, exigida pelos termos expressos do Código Civil, que pressupõem que a ingratidão seja exteriorizada por atos marcadamente graves, como os enumerados nos incisos dos arts. 1183 do Código Civil de 1916 e 557 do Código Civil de 2002 (atentado contra a vida, crime de homicídio doloso, ofensa física, injúria grave ou calúnia, recusa de alimentos - sempre contra o doador - destacando-se, aliás, expressamente, quanto à exigência de que a injúria, seja grave, o que também se estende, por implícito à calúnia, inciso III dos dispositivos anotados)” (REsp 1.350.464/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 26.02.2013).

O autor pretendia que a ré o substituísse nos negócios. Para tanto, por ato de total liberalidade, investiu-a de ações da companhia, introduzindo-a gradativamente na direção da empresa. Todavia, diante da gestão por ela adotada, que conflitava com o modo como ele gerenciava suas empresas — vindo daí o motivo para todas as ações ajuizadas — arrependeu-se da situação criada e, valendo-se dos meios de que dispunha, promoveu alterações societárias a fim de diminuir a participação da ré e, ao mesmo tempo, retirar seus poderes administrativos, retomando integralmente a condução do grupo. Destaco, nesse ponto, que a prova oral é uníssona em afirmar que o autor jamais se afastou totalmente das atividades empresariais, muito menos perdeu seu poder de decisão, que era o que mais primava.

Portanto, o que houve, in casu, foi um atrito empresarial, um choque de gestões, que, embora tenha deixado o autor abalado, ressentido, não pode ser confundido com a ingratidão prevista no dispositivo legal, tampouco, repito, caracteriza-se como injúria ou calúnia graves, ainda que ampliados os conceitos desses termos.

No contexto em que os fatos se deram, em que a ré foi retirada da diretoria da empresa, era seu direito oferecer

resistência e não há como reputar indigna a mera reação à sua destituição do cargo ocupado.

De outro lado, restou comprovado que, não muito depois dos acontecimentos aqui discutidos, o autor foi, de fato, interdito, revelando a impossibilidade de permanecer no gerenciamento das empresas e a necessidade de seu afastamento (objeto do processo aforado pela ré).

Como já dito acima, tudo leva a crer que o autor se arrependeu da doação, por conflito de interesses empresariais, muito mais do que por razões familiares, circunstância essa que não está prevista na lei como hipótese de revogação.

Nesse sentido:

“Doação. Revogação. Art. 555 do Código Civil. O arrependimento não se presta à revogação da doação que precisa de prova suficiente da ingratidão, no caso inexistente. Improcedência acertada. Recurso improvido.” (TJSP, AC nº 1005339- 65.2016.8.26.0032, rel. Des. Maia da Cunha, j. 11.10.2018)

No âmbito pessoal, restou demonstrado que o relacionamento entre as partes era saudável e não foi gravemente influenciado pelos fatos relatados, tanto que, superado o momento de crise, a ré voltou a frequentar a casa do pai.

Malgrado em seu depoimento pessoal o autor, já debilitado, tenha dito que a ré foi ingrata e usou mal as doações, não conseguiu falar qual seria a ingratidão e afirmou que o relacionamento entre eles era bom (p. 766).

A ré, por sua vez, também relatou que sempre conviveu bem com o pai, inclusive depois do ajuizamento das ações, e que não tinha intenção de magoar o genitor (p. 767-768).

A prova oral colhida apontou no mesmo sentido.

Os diretores e gerentes ouvidos confirmaram a existência de gestões paralelas por cada uma das partes, de pedido pela ré para que não fossem repassadas informações de sua gestão e de episódios em que ela teria ido de encontro às ordens do autor, mas também relatam que este nunca perdeu seu poder de mando (por sinal, continuaram obedecendo ao Presidente) e que as desavenças não se estendiam à relação entre pai e filha. Corroboraram, pois, a tese de que as divergências se restringiam ao modo de condução dos negócios, sem conflito pessoal ou desrespeito ao autor.

De outro lado, os profissionais que trabalhavam para o autor em sua residência testemunharam, de forma convincente, que o relacionamento familiar das partes não foi impactado pela ação de afastamento, o que era de se esperar caso realmente o autor guardasse o sentimento de ingratidão.

Afirmaram N. F. C., N. C. P. S. e S. M. F., que a ré visitava frequentemente o autor, dispensava-lhe cuidado e atenção e era bem tratada por este, mesmo após os desentendimentos na empresa e a existência da demanda.

Por fim, nenhum dos ouvidos faz qualquer menção à ganância ou ambição da ré em apoderar-se sorrateiramente do patrimônio construído pelo autor.

Destarte, o único motivo para a revogação da doação seriam as desavenças empresariais, o que, repito, não constitui ingratidão.

O entendimento jurisprudencial, diga-se de passagem, é no sentido de que, mesmo que tenha ocorrido desentendimento pessoal grave entre as partes, com ofensas recíprocas, se não houve ataque à honra do doador, não se há falar em injúria ou calúnia, nem em revogação. A exemplo, mudando o que deve ser mudado:

“APELAÇÃO. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO. REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Pretensão do autor de revogação da doação da nua propriedade de imóvel, efetuada aos filhos. Alegação de injúria grave e recusa de alimentos. Não configurada

nos autos a alegada injúria. Elementos presentes nos autos que demonstram a ocorrência de discussão, na qual houve tratamento desrespeitoso por ambas as partes, não sendo suficiente para caracterizar injúria grave, uma vez que não houve verdadeiro ataque à honra subjetiva do autor ou constrangimento em seu meio social. Precedente deste Tribunal. Recusa de alimentos que igualmente não foi demonstrada nos autos. Réus que elaboraram proposta de oferta de alimentos, não aceita pelo autor. Ação de alimentos proposta por este que foi julgada improcedente. Sentença confirmada. Sucumbência do autor, ressalvada a gratuidade. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”. (TJSP, AC nº 0040515-23.2013.8.26.0002, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 25.04.2018; grifei)

“AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE REIVINDICAÇÃO DE PROPRIEDADE DE IMÓVEL E IMISSÃO DE POSSE. INGRATIDÃO. DESCABIMENTO. DECADÊNCIA. QUESTÃO PRECLUSA. 1. Se a alegada decadência restou decidida no curso da ação e dessa decisão a parte restou silente, não interpondo o recurso próprio no momento oportuno, então a questão está preclusa. 2. Doação é um contrato no qual, por liberalidade, o doador transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para beneficiar outrem. Art. 538 do CCB. 3. A doação somente se revoga por ingratidão se o donatário atentar contra a vida do doador, cometer contra ele ofensa física, o injuriar gravemente, caluniá-lo, ou recusar-lhe os alimentos de que necessitar. Inteligência do art. 557 do CCB. 4. Mantida hígida a doação, deverá ter curso a ação visando a sobrepartilha do bem, tendo em mira a dissolução da sociedade conjugal, em razão do divórcio entre o donatário e a filha do doador. Recurso provido.” (TJRS, AC nº 70076727031, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 31.10.2018; grifei)

Há de se levar em conta, ao arremate, que não se está a tratar de um pequeno negócio familiar, e sim de um dos mais poderosos grupos econômicos da região sul do país, cujas cifras superam, certamente, a casa dos bilhões de reais. Em uma estrutura sistêmica e gerencial tão complexa, é mais do que natural que surjam conflitos de interesses legítimos (de ambos os lados) no inter-relacionamento das diversas partes envolvidas. Portanto, o segredo, e assim procurei me pautar para tomar esta decisão, é adotar a linha do pensamento sistêmico, analisando o conjunto como um todo e em seu contexto, ao invés das partes independentes, operando isoladamente (vide ROBERT, Karl-Henrik. The natural step: a história de uma revolução silenciosa. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 33-41). Logo, inexistindo causa que autorize a revogação das doações efetuadas pelo autor à ré, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

No entanto, com a devida vênia, assiste razão ao apelante.

De início, importante traçar o histórico da legislação aplicável, para fim de definição da natureza do rol legal das hipóteses de revogação por ingratidão, bem como o conceito a elas concernente.

Recorda-se que ao tempo das Ordenações Filipinas (Livro 4, Título 63), o tema já encontrava regulação, permitindo ao doador a revogação da doação em caso de ingratidão por injúria grave, sem estabelecer hipóteses específicas, cabendo ao julgador a análise do caso concreto. Era este o teor da norma:

“As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente, ou futura, tanto que são feitas per consentimento dos que as fazem, e aceitação daquelles, a que são feitas, ou do Tabellião, ou

peessoa, que per Direito em seu nome pode aceitar, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas. Porém, se aquelles, a que foram feitas, forem ingratos contra os que lhas fizeram, com razão podem per elles as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão. E as causas são as seguintes: A primeira causa he, se o donatario disse ao doador, quer em sua presença, quer em sua ausencia, alguma grave injuria, assi como se lha dissesse em Juizo, ou em publico, perante alguns homens bons, de que o doador recebesse vergonha. E se for duvida, se a injuria assi feita he grave, ou não, fique em arbitrio do Julgador.” (BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>)

Posteriormente, o art. 1.183 do Código Civil de 1916, vigente quando das primeiras doações objeto da lide, dispunha que “só se podem revogar por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente, ou o caluniou; e IV - se, podendo ministrar-lhes, recusou ao doador os alimentos, de que este necessitava”.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o referido dispositivo advindo do código de sua autoria, aduziu que “a injúria e a calúnia são crimes definidos pelo Código Penal, (arts. 138-140); mas, ainda neste caso, o Código Civil não exige a condenação do donatário em processo criminal” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição Histórica. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. pg. 285).

Somente para fazer um recorte, ao lecionar sobre o conceito de injúria no âmbito criminal (art. 140 do Código Penal), Fernando Capez refere que “o bem protegido por essa norma penal é a honra subjetiva, que é constituída pelo sentimento próprio de cada pessoa acerca de seus atributos morais (chamados de honra-dignidade), intelectuais e físicos (chamados de honra-decoro)”, além disso, destaca o seguinte:

Consubstancia-se no verbo injuriar, que é, conforme a definição de Nélon Hungira, “a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém”. Trata-se de crime de ação livre. Todos os meios hábeis à manifestação do pensamento podem servir à injúria: a palavra oral ou escrita, a pintura, o gesto etc. Até mesmo por omissão é possível cometer a injúria, por exemplo, na abstenção da prática de algum ato, como o de não estender a mão a um cumprimento. Na jurisprudência podemos colher alguns exemplos de atitudes que configuram o crime em tela: despejar lixo na porta da residência da vítima, afixar papel com expressões ofensivas na porta da loja da vítima, atirar conteúdo de bebida no rosto da vítima, etc.

A injúria, ao contrário da difamação, não se consubstancia na imputação de fato concreto, determinado, mas, sim, na atribuição de qualidades negativas ou de defeitos. Consiste ela em uma opinião pessoal do agente sobre o sujeito passivo, desacompanhado de qualquer dado concreto. São os insultos, xingamentos (p. ex., ladrão, vagabundo, corcunda, estúpido, grosseiro, incompetente, caloteiro, etc.). Ressalva-se que ainda que a qualidade negativa seja verdadeira, isso não retira o cunho injurioso da manifestação. A injúria também pode constituir na imputação de fatos desabonadores, desde que essa imputação seja vaga, imprecisa. Nesse sentido é a lição de E. Magalhães Noronha: “pode a injúria conter fatos, porém estes são enunciados de modo vago e genérico. Se se diz que fulano não paga suas dívidas, injuria-se; mas falar que ele não pagou a quantia de tanto a beltrano, emprestado em condições angustiosas, é difamar”. Diferentemente da calúnia, a injúria não diz respeito a

fato definido como crime. O valor ofensivo da injúria deve ser aferido de acordo com o tempo, o lugar, as circunstâncias em que é proferida, até mesmo o sexo do ofendido deve ser levado em consideração. Assim, uma expressão usualmente empregada em determinada época, e que constituía elogio, pode passar a ser considerada injuriosa nos tempos atuais; por exemplo, chamar alguém de fascista (Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. pgs. 257-258).

Sob a égide do Código Civil de 1916, doutrina e jurisprudência eram pacíficas acerca da taxatividade do rol do art. 1.183, até mesmo por constar a expressão “só” em seu *caput*, não obstante, especificamente acerca do respectivo inciso III, a possibilidade de enquadramento de condutas ingratas dentro do conceito subjetivo de “injúria grave”.

Nesse sentido, colhe-se a lição de João Manuel de Carvalho Santos:

A injúria e a calúnia, sem dúvida, são crimes definidos e previstos pelo Código Penal (arts. 315-325), como lembra CLÓVIS BEVILAQUA. Mas, é preciso convir que quando o Código se refere aqui à injúria grave não quer referir-se apenas ao crime de injúria, tal como está previsto na lei penal, mas, sim, à injúria grave a que já aludiu como motivo de desquite. Nesse sentido está firmada a melhor doutrina (Cfr. BAUDRY-COLIN, obr. cit., n. 1.603; DEMOLOMBE, obr. cit., n. 631; AUBRY et RAU, obr. cit., § 708).

Cabe aos tribunais apreciar se a injúria apresenta o caráter de gravidade capaz de justificar a revogação da doação, devendo para isso levar em conta as circunstâncias do caso e a condição das partes (Cfr. AUBRY et RAU, obr. e loc. cit. DEMOLOMBE, obr. cit., n. 632; DURANTON, obr. cit., vol. 8.º, n. 257).

Tendo em vista esses princípios, geralmente admitidos, a jurisprudência francesa esclarece que a qualificação de ladrão dada pelo filho a seu pai, em um escrito confidencial não assinado, sem trazer nenhum endereço, não é, no sentido da lei, uma injúria suficientemente grave capaz de justificar a revogação da doação que havia sido feita pelo pai ao filho, quando a educação de ambos é bastante descuidada. Admitiu, porém, como causa legítima de revogação da doação feita pelo marido à mulher a circunstância de haver esta recusado voltar ao domicílio conjugal, e quando ela não foi ver o marido por ocasião de uma sua enfermidade, assim como admitiu como razão legítima de revogar a doação feita pelo pai à filha a circunstância de esta ter abandonado a casa dos pais, para acompanhar o homem que a seduziu, perseverando no propósito de casar contra a vontade de seus pais (Cfr. LA-BORI, obr. cit., v. Donations entre vifs, n. 292).

Para a prova da injúria grave ou da calúnia, poderá o doador lançar mão de todos os meios admitidos em direito, como sejam testemunhas e indícios, mesmo porque impossível seria exigir-se uma prova por escrito (Cfr. BAUDRY-COLIN obr. cit. n 1.607; DEMOLOMBE, obr. cit., n. 641).

Ainda nestas hipóteses, não se exige a condenação do donatário em processo criminal (Código civil brasileiro interpretado. Vol. XVI: Direito das obrigações (arts. 1.122-1.187). 13ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. pgs. 444-445).

A despeito de também defender, sob críticas, a taxatividade do rol legal do art. 1.183 do Código Civil de 1916, em doutrina dedicada exclusivamente ao instituto da doação, Agostinho Alvim salientou que “a gravidade da injúria leva o caso para o terreno da equidade individualizadora, pois

que há de ser apreciada pelo juiz, em cada caso. As hipóteses extremas resolvem-se com facilidade, pois, vê-se logo que tais ou tais palavras ou afirmações são ofensivas, na opinião de qualquer pessoa; como também se pode aceitar, facilmente, que só um temperamento hipersensível verá injúria, onde há apenas uma leve crítica ou insinuação menos agradável. Excetuados esses dois extremos, o juiz, para avaliar a gravidade da injúria, deverá ter em vista o sexo, a idade das pessoas, a educação e as demais circunstâncias que rodeiam o caso” (*Da doação*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. pgs. 296-297).

Nessa mesma obra, o autor destaca que “não é exato afirmar que o donatário, ao aceitar a doação, contrai obrigação de gratidão para com o doador. O que há é simples dever moral de ser grato. Juridicamente, ele só está obrigado a não praticar certos e determinados atos reprovados pela lei, reveladores de ingratidão. Não a ser grato, o que é diferente” (pg. 272).

Retomando à questão da natureza jurídica do rol legal das hipóteses de revogação por ingratidão, cabe frisar que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 inaugurou novel orientação sobre o tema, conforme muito bem delineado por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

A principal modificação no conceito jurídico de ingratidão adotado pelo Código Civil de 2002, em relação àquele que era esposado pela norma do art. 1.183 do CC/1916, é que esse elenco legal deixou de ser taxativo.

Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina, embora sem concordar com a opção do legislador brasileiro, admitia que o elenco legal era taxativo (Agostinho Alvim, p.275). Entendia-se que a enumeração dos casos de revogação por ingratidão fora feita numerus clausus pelo legislador, pois o próprio caput do art. 1.183 do CC/1916 dizia expressamente: “Só se podem revogar por ingratidão as doações”. Assim, não havia espaço para maior discussão em torno da taxatividade, em face da clara adoção pelo legislador do método casuístico.

O Código Civil de 2002 procedeu a uma significativa alteração de rumo na questão, modificando a redação do caput do art. 557 ao estatuir: “Podem ser revogadas por ingratidão as doações”.

A aparentemente singela mudança operada na redação do texto legal, operada pela supressão da expressão “só se podem revogar” alterou substancialmente a natureza do rol das causas de revogação da doação por ingratidão.

O rol legal deixou de ser taxativo, passando a ser exemplificativo. Substitui-se o método casuístico pelo exemplificativo.

Karl Engisch (p. 231) lembra que o método exemplificativo representa uma combinação entre a casuística e as cláusulas gerais.

Na técnica de legislar através do método casuístico, há a configuração da hipótese legal para grupo de casos determinados, evitando-se generalizações amplas. Em outras palavras, é “a técnica da regulamentação por fattispecie” (Judith MartinsCosta, p. 297).

“Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da fattispecie”, refere Judith Martins-Costa (p. 298). E prossegue: “A técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever em determinada hipótese legal (estatuição) uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal” (p. 299).

Em posição intermediária, situa-se a técnica legislativa do método exemplificativo, que combina a casuística e as cláusulas gerais.

Foi o que ocorreu com a estatuição das hipóteses legais caracterizadoras da ingratidão. O CC/1916 adotava o método casuístico, elencando taxativamente, em seu art. 1.183, as hipóteses caracterizadoras de ingratidão. No CC/2002, o legislador alterou o método e as hipóteses legais passaram a conter apenas exemplos de casos de ingratidão.

Assim, a partir da vigência do CC/2002, passou a ser admissível a revogação da doação por outros casos não previstos expressamente na lei, desde que se mostrem igualmente graves e configurem ingratidão.

Por exemplo, os atos ilícitos dolosos contra o patrimônio do doador, como um furto (ou estelionato) praticado pelo donatário, configuram modos de ingratidão, apesar de não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses do art. 557 do CC/2002. No sistema do CC/1916, essa doação seria irrevogável. No sistema do CC/2002, poderá ser revogada, pois o rol legal passou a ser exemplificativo, deixando de ser taxativo e passando a abranger outros fatos graves.

A intenção do legislador de ampliar as hipóteses de ingratidão fica bem clara no exame de outras alterações procedidas nesta seção. De um lado, passou a admitir a revogação da doação por fatos ofensivos a parentes próximos do doador (art. 558 do CC/2002), enquanto, de outro lado, estendeu a legitimidade ativa aos seus herdeiros na hipótese de homicídio do doador (art. 561).

Essas modificações operadas pelo legislador têm explicação histórica na insatisfação da doutrina com o CC/1916.

Efetivamente, o sistema fechado adotado pelo CC de 1916, que estabelecia um rol taxativo de fatos caracterizadores de ingratidão, era objeto de contundente crítica doutrinária.

Miguel Reale (p. 76), após afirmar que a parte do Código Civil de 1916 relativa à ingratidão da doação era, “sabidamente, uma das mais retrógradas”, propugnava pela ampliação do conceito de “injúria grave”, para adaptá-lo “aos valores prevalentes na sociedade contemporânea”.

O próprio Agostinho Alvim (p. 274), responsável pela redação da parte do Projeto de Código Civil referente ao Livro das Obrigações, em sua obra específica acerca do contrato de doação, deixou expresso o seu desgosto com a opção feita pelo Código Civil de 1916 acerca do tema, chegando a manifestar a sua preferência pela pura e simples abolição da possibilidade de revogação por ingratidão, conforme previsto no Esboço de Teixeira de Freitas.

Preconizou, alternativamente, a adoção de um modelo aberto semelhante ao estatuído pelo Código Civil alemão (BGB), que em seu § 530, adota uma cláusula geral de ingratidão, atribuindo ao juiz, no exame do caso concreto, a verificação da ocorrência de ato que a caracterize, dispondo o seguinte: “§ 530. A doação pode ser revogada quando o donatário se torne culpado por falta grave contra o doador, ou um de seus parentes próximos, de uma grande ingratidão. O herdeiro do doador não tem o direito de revogação a não ser no caso em que o donatário tenha, intencionalmente ou ilegalmente, causado a morte do doador, ou o tenha impedido de revogar a doação”.

Na exposição de motivos complementar do Anteprojeto, Agostinho Alvim, renovando a crítica contra a estreiteza do CC/1916, propugnou por um enunciado normativo ainda mais aberto: “A doação pode ser revogada quando o donatário, mostrando-se ingrato para com o doador, comete falta grave contra ele ou pessoa de seu estreito círculo familiar” (Jones Figueirêdo Alves, p. 491).

A comissão revisora e elaboradora, embora acolhendo a crítica, optou por simplesmente suprimir as duas primeiras palavras do enunciado normativo do art. 557 do CC/2002 (“só se”).

Com isso, apesar de não o ter feito com a recomendável clareza, o Código Civil de 2002, com a decisiva participação de Miguel Reale e Agostinho Alvim, culminou por promover as alterações reivindicadas, tornando o rol exemplificativo e ampliando as hipóteses caracterizadoras da ingratidão.

Forjou-se, assim, um novo e mais amplo conceito de ingratidão.

Não se chegou ao extremo do modelo alemão de adoção pura e simples de uma cláusula geral de ingratidão, em que pese a simpatia do nosso legislador do Código Civil de 2002 pelos modelos abertos. Miguel Reale (Visão geral do novo Código Civil, p. XVI) manifesta expressamente sua simpatia pela teoria do direito concreto, apoiado em Engisch, Betti e Larenz, cujos exemplos mais marcantes são as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, que conferem aos magistrados maior participação decisória no processo de concreção da norma.

Portanto, o CC/2002, ao estabelecer o conceito de ingratidão, avançou, em relação ao modelo fechado do método casuístico do art.1.183 do Código Civil de 1916, para o exemplificativo, podendo-se identificar, no art. 557 do CC/2002, outros casos, além daqueles previstos no texto legal (Contratos nominados II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pgs. 158-161).

Em complemento, assinala-se que embora parte da doutrina contemporânea ainda divirja sobre a natureza do rol do art. 557 do Código Civil (se taxativa ou exemplificativa - a exemplo das orientações extraídas das doutrinas de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald - Curso de Direito Civil: Contratos, 2018 -, de Arnaldo Rizzardo - Contratos, 2017 - e de Paulo Lôbo - Direito Civil: Contratos, 2011), a jurisprudência mais moderna, com fulcro no Enunciado n. 33 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, tem se inclinado no sentido de ser apenas exemplificativo o rol do art. 557 do Código Civil (como também aponta a doutrina em sua maioria), a saber:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DOAÇÃO. REVOGAÇÃO. INGRATIDÃO DOS DONATÁRIOS. OFENSA À INTEGRIDADE PSÍQUICA. PROVA. ART. 557 DO CC/2002. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. ENUNCIADO Nº 33 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. INJÚRIA GRAVE. DEMONSTRAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O conceito jurídico de ingratidão constante do artigo 557 do Código Civil de 2002 é aberto, não se encerrando em molduras tipificadas previamente em lei. 2. O Enunciado nº 33 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “o Código Civil vigente estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal do art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo outras hipóteses”, ou seja, trata-se de rol meramente exemplificativo. 3. A injúria a que se refere o dispositivo envolve o campo da moral, revelada por meio de tratamento inadequado, tais como o descaso, a indiferença e a omissão de socorro às necessidades elementares do doador, situações suficientemente aptas a provocar a revogação do ato unilateral em virtude da ingratidão dos donatários. 4. Rever o entendimento do acórdão impugnado, que considerou cabível a revogação por ingratidão no presente caso, ante a gravidade dos fatos narrados na inicial e demonstrados nos autos, implicaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento inadmissível em âmbito de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 5. Recurso especial não provido (REsp n. 1.593.857/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 14-6-2016).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO COM USUFRUTO VITALÍCIO. BEM IMÓVEL. INGRATIDÃO. IDOSO QUE DOA SEU ÚNICO BEM A TERCEIRO QUE COM ELE RESIDIA. EVIDÊNCIAS QUE RETRATAM A OCORRÊNCIA DE DESAMPARO MATERIAL E EMOCIONAL APÓS A DOAÇÃO. PESSOA IDOSA COM 100 (CEM) ANOS DE IDADE, QUE DEPENDIA DOS CUIDADOS DO DEMANDADO PARA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES RELATIVAS À SUA MANUTENÇÃO BÁSICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DO DONATÁRIO, ALEGANDO A INEXISTÊNCIA DE INGRATIDÃO. TESE RECHAÇADA. CONDUTA GRAVE POR PARTE DO DEMANDADO CAPAZ DE CARACTERIZAR INGRATIDÃO PUNÍVEL COM REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO

FORTE NO ART. 555 DO CÓDIGO CIVIL. HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO PREVISTAS NO ART. 557 DO CÓDIGO CIVIL. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. O rol estipulado pelo artigo 557 do Código Civil é meramente exemplificativo, de modo que, cabível a revogação por outras condutas ingratas, desde que notadas de significativa gravidade, a teor do Enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil [...]. (Apelação Cível n. 0011583-27.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-03-2017). [...] (TJSC, Apelação n. 5022546-66.2021.8.24.0039, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 06-10-2022).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. DOAÇÃO PURA E SIMPLES. HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO PREVISTAS NO ART. 557 DO CÓDIGO CIVIL. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. NECESSIDADE DE CONDUTA DE GRAVE INGRATIDÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE ATOS DE DESPREZO E HUMILHAÇÃO PERPETRADOS PELA RÉ. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC/73. EVIDÊNCIA DE DIFICULDADE DE CONVIVÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. As doações realizadas de forma pura e simples são passíveis de revogação, nas hipóteses colacionadas no artigo 557 do Código Civil, quais sejam: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava. O rol estipulado pelo artigo 557 do Código Civil é meramente exemplificativo, de modo que, cabível a revogação por outras condutas ingratas, desde que notadas de significativa gravidade, a teor do Enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil. Ausentes provas de atos de ingratidão graves perpetrados pelo donatário, não há hipótese apta a configurar a revogação da doação realizada (TJSC, Apelação Cível n. 0011583-27.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-03-2017).

No entanto, mesmo adotando-se tal orientação, ainda assim exige-se a configuração de condutas ingratas de significativa gravidade, ou seja, atos de maior seriedade que provoquem, efetivamente, mágoa mais profunda na sensibilidade do doador e que atentem contra a boa-fé objetiva pós-contratual, ferindo o dever de lealdade, respeito e confiança entre as partes.

Em outras palavras, a revogação exige mais do que o sentimento pessoal de ingratidão, reclama a ocorrência de condutas concretas e graves a ponto de fulminar o negócio jurídico perfeito e acabado, como também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO. ATOS DE INGRATIDÃO. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDO REEXAME DE PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS NÃO SE CONFUNDE COM NOVA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE FATOS ASSENTADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “Para a revogação da doação por ingratidão, exige-se que os atos praticados, além de graves, revistam-se objetivamente dessa característica. Atos tidos, no sentido pessoal comum da parte, como caracterizadores de ingratidão, não se revelam aptos a qualificar-se juridicamente como tais, seja por não serem unilaterais ante a funda dissensão recíproca, seja por não serem dotados da característica de especial gravidade injuriosa, exigida pelos termos expressos do Código Civil, que pressupõem que a ingratidão seja exteriorizada por atos marcadamente graves, como os enumerados nos incisos dos arts. 1183 do Código Civil de 1916 e 557 do Código Civil de 2002 (atentado contra a vida, crime de homicídio doloso, ofensa física, injúria grave ou calúnia, recusa de alimentos - sempre contra o doador - destacando-se, aliás, expressamente, quanto à exigência de que a injúria, seja grave, o que também se estende, por implícito à calúnia, inciso III dos dispositivos anotados)” (REsp 1.350.464/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 11/3/2013).

2. No caso dos autos, as instâncias de origem entenderam, com fundamento na prova dos autos, que a conduta das recorridas não poderia ser classificada como “ato de ingratidão” a que se refere a lei como requisito para a revogação da doação. A pretensão recursal voltada à revisão dessa conclusão choca-se frontalmente com a Súmula 07/STJ.

3. A reavaliação da prova, permitida no âmbito do recurso especial, consubstancia-se em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, ou seja, é a requalificação jurídica dos fatos, quando suficientes para a solução da questão, tal qual assentados pelo acórdão do Tribunal de origem, não se confundindo, portanto, com a necessidade de verificar a existência ou não de determinado fato, como na presente hipótese.

4. Se para a verificação de violação à legislação federal apontada for necessária, como no presente caso, a análise das provas carreadas aos autos, e não a análise dos fatos assentados de maneira incontroversa no acórdão recorrido, estar-se-á diante da hipótese típica de incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte Superior.

5. Agravo interno não provido (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.593.194/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 19-4-2021).

Ainda na supracitada obra doutrinária de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, extrai-se em complemento o seguinte trecho, o qual evidencia situação fática semelhante à analisada nesta demanda (grifo acrescido):

Exemplo é o caso de injúria grave, que serviu de fundamento para a manifestação de Miguel Reale (Revogação da doação por injúria grave, p. 76-82). Após a transmissão, através de doação com reserva de usufruto vitalício, do controle acionário de suas empresas para seus descendentes, os donatários tentaram subtrair o doador da sua direção através de reforma estatutária e, posteriormente, através de duas demandas judiciais. Em função disso, o doador ingressou com ação revocatória da doação por injúria grave, com parecer favorável do Professor Miguel Reale. Mesmo que não se considere enquadrado o caso na hipótese específica de injúria grave, amoldar-se-ia, na vigência do CC/2002, no conceito ampliado de ingratidão.

Nessa mesma linha, Jones Figueirêdo Alves (p. 493) reconhece também a abertura procedida pelo novo texto legal: “O elenco das causas que autorizam a revogação deixa de ser taxativo”.

Paulo Luiz Netto Lobo (p. 360), embora ainda sustente que o rol de causas de ingratidão constantes dos quatro incisos do art. 557 do CC/2002 seja *numerus clausus*, complementa com a seguinte observação: “Sem embargo da tipicidade fechada, a finalidade ética das hipóteses de ingratidão recomenda que a interpretação se faça sempre em benefício de sua realização, vale dizer, na dúvida da incidência ou não da hipótese, deve ser interpretada em sentido favorável ao doador, salvo quando depender de decisão judicial (p.361). Assim, embora ainda sustentando a natureza taxativa do rol das causas de revogação da doação por ingratidão, o autor manifesta-se no sentido da necessidade de sua flexibilização na via interpretativa.

Com a devida vênia, conforme exposto, não há mais necessidade desse esforço interpretativo, bastando que se atente para a mudança operada no caput do art. 557 do CC/2002.

Exige-se, entretanto, cautela do juiz, para que evite exageros nas tentativas de revogação da doação por ingratidão, gerando insegurança jurídica. A experiência, no direito de família, tem mostrado que, com frequência, após uma doação de um bem valioso a um familiar, havendo um desentendimento, as partes tentam desfazer o negócio.

Por isso, deve-se enfatizar a natureza excepcional da revogação por ingratidão, que somente será possível em situações graves, que denotem um forte despreço do donatário pelo doador e que se amoldem no restrito significado jurídico de ingratidão.

Em síntese, o rol dos fatos caracterizadores da ingratidão deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras causas para revogação da doação (Contratos nominados II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pgs. 162-163).

Especificamente sobre a injúria grave, Paulo Lôbo ensina:

[...]. Considera-se grave a injúria quando repercute no meio social em que vive o doador, atingindo sua honra, sua respeitabilidade, mediante palavras ou atos deles deprimentes. Manifesta-se, normalmente, por expressões ultrajantes ou insultuosas, ou por insinuações maldosas, que expõem o ofendido à desconsideração pública. Doutrinariamente, injúria grave significa injúria civil, de âmbito mais extenso, para diferenciar do conceito estrito de injúria criminal (Biondi, 1961: 1058). A noção civil de injúria é, pois, muito mais ampla que aquela fixada no direito penal, que apenas serve como subsídio e orientação. Não se exige a subsistência de um comportamento injurioso em caráter continuado; basta um só fato para ser relevante e caracterizar a injúria grave (Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. pg. 310).

No presente caso, compulsando detidamente a documentação anexada na petição inicial (evento 363/1º grau), verifica-se que as doações objeto do pedido de revogação foram realizadas por C. F. A. S. (pai) para S. S. D. (filha) nos anos de 1987 (itens 54-55), 1989 (itens 61-62 e 81), 2002 (itens 82-83) e 2004 (itens 86-87).

Conforme o demonstrativo do valor patrimonial anexado nos autos em 25-8-2006 (item 380 do evento 370/1º grau), a quantidade de ações doadas era de “184.118.440”, com valor patrimonial à época em R\$ 75.486.719,63 (setenta e cinco milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil setecentos e dezenove reais e sessenta e três centavos). Além disso, também houve a doação, em 1989, de NCz\$ 100.000,00 (cem mil cruzados novos).

Constaram dos documentos das doações cláusulas de reserva de uso, gozo e administração vitalícia das cotas sociais pelo doador, além do exercício de todos os direitos a elas inerentes, inclusive o de receber a renda/dividendos delas provenientes e o direito de voto irrestrito e incondicional ao “gerente geral vitalício” do grupo empresarial, Sr. C. F. A. S.

É incontroversa e indiscutível a perspicácia empresarial detida por C. F. A. S. ao longo da sua vida. Transformou o patrimônio comercial deixado por seu avô e seu pai em um verdadeiro império. A própria cifra das ações a que se pretende a revogação já demonstra se tratar de grupo empresarial de expressivo valor econômico e social.

Os documentos que acompanharam a inicial também revelam a intenção do doador em transferir parte das suas cotas sociais aos filhos como forma de planejamento familiar e sucessório, notadamente no ramo empresarial, tudo a fim de concretizar a manutenção do legado patrimonial

construído por toda uma vida.

A par dessas constatações, é possível vislumbrar que a inclusão da acionada no grupo empresarial ocorreu de modo paulatino pelo próprio pai, o qual, além das doações concedidas (as quais tornaram a ré a maior acionista do grupo em 2004, com cerca de 62% das ações), ainda investiu à filha a condição de vice-presidente da empresa, outorgando também a ela alguns poderes de gestão próprios do cargo que ocupava. Porém, iniciada a atuação da requerida na empresa, houve por parte do doador, então presidente do grupo, a percepção da gravidade das atitudes cotidianas da filha, esta que passou a extrapolar as suas atribuições e direitos, especialmente com a criação de uma gestão paralela no grupo sem o seu consentimento, as sonegações de informações e a tentativa da descendente de tomada completa do poder de mando.

Bem por isso que, ainda no ano de 2005, o doador tomou a iniciativa de aumentar o capital social da C. - P. e E. Ltda. para destituir a requerida das funções executivas que exercia e modificar a condição de maior acionista, sendo que em razão das alterações societárias operadas pelo genitor ela passou a deter cerca de 20% das ações da companhia.

Esses fatos, que de início poderiam ser considerados até mesmo como insuficientes para revelar atos de ingratidão justificadores da revogação das doações perfectibilizadas, ganharam maior robustez com as investidas judiciais da filha contra o pai, em dois processos ajuizados em janeiro e fevereiro de 2006, decididos por este Tribunal de Justiça nesses termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PRETENSÃO AO AFASTAMENTO DE ADMINISTRADOR DE CONGLOMERADO DE EMPRESAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃOOCORRÊNCIA. FALTA DE RISCO DE INUTILIDADE DO PROCESSO PRINCIPAL DECORRENTE DO TRANSCURSO DE TEMPO. DEMORA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA CAUTELAR, AUSÊNCIA DE ATOS DE ADMINISTRAÇÃO TEMERÁRIA E IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE DECORRENTE DE IDADE AVANÇADA OU EM VIRTUDE DE MAL DE PARKINSON. PROBABILIDADE DE EXISTÊNCIA DO DIREITO INVOCADO NÃO VERIFICADA. NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS FRACASSADOS. AÇÕES ISOLADAS E CONSEQÜENTES DE GESTÃO ADMINISTRATIVA REGULAR. ASSEMBLÉIAS-GERAIS SOBRE AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL. CONVOCAÇÃO LEGÍTIMA. OBEDIÊNCIA AOS ARTS. 124, § 1º, I, E 289 DA LEI 6.404/74. ALEGAÇÃO DE ACORDO ACERCA DE NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO VERBAL E PESSOAL NÃO DEMONSTRADA. DOAÇÕES DE AÇÕES NOMINATIVAS SOB REGIME DE USUFRUTO E PREVISÃO DE DIREITO DE PREFERÊNCIA À SUBSCRIÇÃO PELO APELADO. EXERCÍCIO DA PREFERÊNCIA DE FORMA SUBSIDIÁRIA. RESPEITO AO ART. 171, §§ 4º E 5º, DA LEI 6.404/74. IRRELEVÂNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO ATUAL DE INTENÇÃO FUTURA DO RECORRIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA DO ART. 20, § 4º, DO CPC. FIXAÇÃO EXCESSIVA. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “Cumpre, ainda, destacar que, mesmo cabendo às partes o ônus probante (art. 333 do CPC), é o juiz quem verifica a sua conveniência, selecionando as indispensáveis para a instrução e julgamento da lide” (TJSC, Ap. Cív. n. 2003.016393-0, de Capivari de Baixo, Rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 19-7-05). O usufruto é direito real inalienável que se constitui na transferência de poderes do domínio do proprietário (apelante após a doação) ao usufrutuário (apelado), o qual passa, desde então, a exercer direito de uso e gozo sobre coisa alheia. “Portanto, para o deferimento da medida é indispensável a comprovação de que o sócio-gerente esteja agindo de forma temerária, contrariando a lei, estatutos e os interesses da sociedade, em proveito próprio.

*Todavia, conforme já explicitado, não há qualquer prova nos autos acerca da ocorrência de tais fatos. Nesse contexto, estão ausentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, elementos autorizadores para a concessão da liminar, considerando toda a documentação apresentada” (TJSC, AI n. 2003.001224-9, de Gaspar, Rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 21-5-03). “Os honorários advocatícios devem ser fixados tendo por base o zelo profissional, o tempo exigido para o serviço, a natureza da causa e o trabalho realizado pelo causídico” (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.024342-1, de Ibirama, Rel. Des. Monteiro Rocha, DJ de 25-9-07) (Apelação Cível n. 2007.01***-3, de Joinville, rel. Ricardo Fontes, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 20-11-2008).*

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE AFASTAMENTO E RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADOR DE EMPRESAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. TESE REFERENTE À SUPOSTA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. QUESTÃO SUPERADA EM SENTENÇA QUE APRECIOU INTEGRALMENTE O MÉRITO DE TODAS AS PRETENSÕES. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. [...]. MÉRITO. TEMAS LIGADOS AO AUMENTO DE CAPITAL, SOB A ÓTICA DA FALTA DE CAPITAL, O QUE TERIA PREJUDICADO A AUTORA, FORAM TRATADOS EM DEMANDAS DIVERSAS. CARACTERIZAÇÃO DA COISA JULGADA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. ALEGAÇÃO DE QUE FORAM REALIZADOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE TERIAM PREJUDICADO O GRUPO ECONÔMICO E/OU A AUTORA. NÃO VERIFICAÇÃO. ATIVIDADE EMPRESARIAL QUE TRAZ ÍNSITO CONSIGO A POSSIBILIDADE DE ÊXITO, BEM COMO O RISCO DE INSUCESSO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE TERIA AGIDO COM FALTA DE DILIGÊNCIA. CUMPRIMENTO AO ART. 153 DA LEI N. 6.404/76. ALÉM DISSO, NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS ATOS DO ADMINISTRADOR TERIAM EXORBITADO SEUS PODERES E ATRIBUIÇÕES, AGINDO COM DOLO OU CULPA, OU QUE TERIA VIOLADO A LEI OU O ESTATUTO. ART. 158, I E II, DA LEI N. 6.404/76. [...] Recurso da autora conhecido em parte e desprovido. Recurso dos requeridos conhecido e provido em parte (Apelação Cível n. 00129**- **.*.8.24.00**, de Joinville, rel. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 1º-8-2019).*

Deste último julgado, colhe-se interessante trecho:

Logo, mesmo que se aceite como verídico que os negócios antes mencionados tenham sido, incontestavelmente, prejuízos - maus negócios para o grupo empresarial -, mesmo assim estiveram permeados, em cada ano, por um irrefutável êxito negocial.

Por mais que alguma decisão a respeito da realização de compra de imóveis tenha sido ruim, afirma-se isso apenas por apego ao debate, não houve mácula ao desempenho final das empresas. Se o requerido C. F. A. S. amargou perda financeira por acreditar que seriam bons negócios, por outro, também decorrente de seu tirocínio empresarial, auferiu lucros substancialmente irrefragáveis.

Seja pela ótica que for, mesmo que todas as medidas adotadas pelos requeridos não sejam o suficientes para minorar ou, até mesmo, zerar eventuais prejuízos por conta dos negócios antes abordados, é imprescindível ressaltar, como já feito em sentença, a respeito das operações empresariais, como bem deve saber a autora, por também ser uma empreendedora e administradora, trazem consigo um risco inerente.

No mundo dos negócios há, por certo, probabilidade de sucesso e, por evidente, de insucesso, o que é, inexoravelmente, atrelado a prejuízo.

No caso, não apenas com base no que consta dos autos, mas também pelo o que é nítido aos olhos da sociedade, ficou explícito o inquestionável tino empresarial do requerido C. F. A. S., que criou e administrou, ao longo de décadas, o conglomerado por ele criado.

Diante do gigantismo das empresas do grupo, não há dúvida de que se colecionou muito mais sucesso empresarial/financeiro do que prejuízos.

Mesmo que em seus últimos anos de vida, o requerido C. F. A. S. estivesse enfrentando problemas de saúde, que até mesmo o debilitaram para a normal administração de seus negócios empresariais, não restou demonstrado que ele teria deixado de agir, mesmo diante da iminência de sua paralisação profissional, com o cuidado com que sempre atuou.

Caso tenha se arriscado nos negócios, atitude esta própria dos empreendedores, assim o fez mas sem faltar com suas obrigações.

Sabido que o risco é característica inerente aos negócios empresariais. Sem o risco, o empresário não descobre novos nichos de mercado, novos produtos.

Todas as invenções que transformaram o mundo no que é hoje partiram, sempre, da coragem de enfrentar os riscos e desafios que se apresentavam.

Como se vê, referidas ações judiciais, considerando todo o contexto familiar e empresarial em análise, ultrapassaram o mero exercício regular de direito e inevitavelmente adentraram na esfera da configuração de atos de ingratidão suficientes à revogação das doações.

Da análise das petições iniciais apresentadas naquelas demandas (cópias nos itens 88-138 do item 363/1º grau e autos n. 00129**-**.****.8.24.00**) extraem-se vários trechos que questionam a competência empresarial do doador e o usufruto instituído nas doações, culminando com o pleito de afastamento dos negócios e responsabilização civil: “dilapidação do patrimônio com gestão temerária”, “ocultação de fatos prejudiciais ao patrimônio do grupo”, “realização de negócios imobiliários desastrosos”, “participação em negócio que afetou a honorabilidade negocial do Grupo C.”, “administração temerária e lesiva para a companhia e os acionistas”, “ausência de diligência mínima do administrador”, “quebra do dever de lealdade”, “omissão do administrador na proteção dos direitos da companhia”, “temeridade de manutenção do poder do gestor de realizar negócios de forma isolada”, “exercício abusivo de poder pelo Presidente”, etc.

Diante desse cenário desolador para o doador e pai, ferido em sua honra pessoal e profissional após as doações e por fatos ocorridas já na vigência do Código Civil atual, em abril de 2006 ajuizou a presente demanda para revogar as doações realizadas à filha, em um indicativo claro que de fato sentira-se ofendido, injuriado e irresignado com todo o ocorrido, não havendo falar em mero arrependimento.

Referidas demandas, como demonstra a prova testemunhal, atingiram frontalmente a honra, a respeitabilidade e a trajetória do doador no meio empresarial.

Como se não bastasse, no ano de 2010, a ora requerida também ajuizou outra demanda em face do pai, assim decidida por este Tribunal de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO E NULIDADE DE USUFRUTO.

*SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO. DISPUTA PELO PODER DE CONTROLE. DEBATE ACERCA DOS ATOS CONSOLIDADOS EM ASSEMBLEIA. AUMENTO DE CAPITAL. AQUISIÇÃO DAS NOVAS AÇÕES PELO FUNDADOR DO GRUPO EMPRESARIAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO DE VONTADE ANTERIORMENTE EXPOSTA. DOAÇÃO DE SUAS AÇÕES PARA A FILHA (AUTORA). ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO OBJETIVA DAS ESCRITURAS PÚBLICAS. EMPRESA, INDEPENDENTEMENTE DE DECLARAÇÃO, SOB O REAL CONTROLE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. POSSIBILIDADE DE INCUMBIR TERCEIRO DESTA OBRIGAÇÃO. LEGALIDADE, CONTUDO, DE RETOMADA DO NEGÓCIO A QUALQUER TEMPO. RESERVA DE USUFRUTO PELO DONATÁRIO. DIREITO DE USO E GOZO SOBRE COISA ALHEIA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE GESTÃO TEMERÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO CAUSADO À NU-PROPRIETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM PATAMAR ADEQUADO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. RECURSOS DESPROVIDOS. “A identificação do controlador, num caso específico, é questão de fato, que deve levar em conta os pressupostos do conceito legal, entre os quais o requisito da permanência (art. 116, a). O Banco Central, em 1976, estabeleceu que se considera permanente a manifestação do poder de controle se o acionista titulariza ações que lhe asseguram a maioria absoluta de votos ou, quando inexistente alguém nessa situação, se ele obteve a maioria, nas três últimas assembleias gerais” (COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de direito empresarial: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288). O usufruto é direito real inalienável que se constitui na transferência de poderes do domínio do proprietário (autora após a doação) ao usufrutuário (réu), o qual passa, desde então, a exercer direito de uso e gozo sobre coisa alheia. “O acionista deve exercer o direito de voto, diz a lei, no interesse da companhia (LSA, art. 115). A fórmula do legislador sugere que o acionista deve nortear sua vontade ou entendimento, ao expressar o voto, pelo que seria mais conveniente ao fortalecimento da pessoa jurídica da sociedade, como exploradora de atividade empresarial; a lei parece querer que o acionista não privilegie, na hora do voto, o seu interesse individual. A primeira dificuldade de aplicação do preceito advém da localização, pelo votante, do parâmetro recomendado na lei. Com efeito, quem é o intérprete do interesse social? Na maior parte das vezes, o acionista controlador” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. II. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 311). É lícito ao Magistrado fixar a verba advocatícia por intermédio de apreciação equitativa em ação declaratória, sem ficar adstrito aos percentuais previstos no art. 20, § 3º, do CPC, desde que atendidas as alíneas “a”, “b” e “c” desta norma (art. 20, § 4º, do diploma legal em questão). “Os honorários devem ser fixados com base no grau de zelo do profissional, o lugar da prestação, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço. Com base em tais parâmetros devem ser mantidos nos patamares expostos na decisão objurgada” (TJSC, Ap. Cív.n. 2010.083475-6, de Blumenau, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, DJe de 19-1-2012) (Apelação Cível n. 2011.04***-5, de Joaçaba, rel. Ricardo Fontes, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 8-3-2012).*

O cenário revela que, efetivadas as doações, o conflito entre pai e filha surgiu a partir do desencontro de gestões no grupo empresarial; enquanto aquele se afastava lentamente - mas sem abrir mão do poder de gestão/presidência - da atuação presencial mais próxima e diária dos negócios, até mesmo pelo progresso e limitação da doença que o acometia (mal de parkinson), a filha avocava para si a responsabilidade da continuação dos negócios da família, sem que isso configurasse, a princípio, uma dissimulação ou investida sorrateira de sua parte.

No entanto, na medida em que o doador e Presidente não autorizava o acesso integral da descendente ao comando total do grupo, contrariada, esta passou a investir mais abertamente contra as ordens do genitor. Resolveu, por fim, questionar o pai pela via judicial, atacando o que lhe era mais caro e sensível: a presidência do grupo e o respectivo poder de mando/gestão.

Ao ser taxado de gestor temerário e negligente, viu-se o doador atacado profundamente em sua honra (objetiva e subjetiva), um verdadeiro golpe em seus valores e autoestima conquistados durante uma vida, a caracterizar ingratitude no mais literal sentido de sua acepção. E mais, tendo construído uma sólida reputação no mercado ao expandir as suas atividades empresariais a altos níveis de sucesso, as acusações da filha em demandas judiciais atingiram o gestor seriamente naquilo que tinha de mais valioso, vale dizer, a sua capacidade de gerenciar, por seu próprio modo, um empreendimento altamente lucrativo e reconhecido na economia nacional.

A prova testemunhal, colhida no ano de 2018, é hígida nesse sentido, se não vejamos (evento 542/1º grau):

S. M., que atuou como cuidadora do autor por cerca de 10 meses (de 2006 até 2007), disse em seu depoimento que o Sr. C. comentava dos filhos e gostava muito da ré, a qual era bem atenciosa e amorosa com o pai e o visitava bastante, tanto que o genitor lhe pedia para fazer comidas que ela gostava. Relatou o conhecimento da proibição da requerida de entrar na casa e também ter ficado sabendo pelos demais profissionais que atuavam na residência sobre a ação ajuizada pela ré contra o autor, mas que nunca viu desavença entre eles e que o Sr. C. não comentava sobre a empresa (vídeo 1778).

R., funcionária do grupo desde 2000 e secretária direta do autor entre os anos de 2002 até o seu falecimento em 2015, disse ter conhecido a ré e também trabalhado com ela a partir dos anos de 2003/2004 até 2005, pois eventualmente a secretariava quando havia troca das suas secretárias. Respondeu que o Sr. C. geralmente não estava na empresa no horário comercial (atendia por telefone ou na sua residência), estando presente apenas a requerida. Informou que as reuniões com o Sr. C. eram sempre a noite e que também iam para a casa dele para tratar de assuntos da empresa, e que pai e filha conversavam por telefone e aparentemente se entendiam bem, até um determinado momento. Pontuou que depois que a ré recebeu doações do pai começou a falar dentro da empresa que “o Sr. C. não mandava mais” e “não geria mais a empresa”, além de ter passado ordens aos funcionários e gerentes de que deveriam evitar de mandar relatórios ao presidente e cuidar com as informações passadas para ele, porque ele não estava mais na gestão. A partir desse momento a ré passou a não mais atender o pai pelo telefone. Havia conflito de ordens entre eles, mas disse que sempre atendia ao Sr. C., pois foi ele quem a contratou e ele era o chefe. Pontuou que quando o autor trouxe a filha para a empresa nunca formalizou a intenção de ela “mandar na empresa”, mas que isso parecia à depoente um caminho natural, já que ela começou a tomar a frente da gestão. Lembra que quando chegou ao conhecimento do Sr. C. as ações ajuizadas pela ré, o próprio falou que estava muito decepcionado/chateado com o caminho que a administração estava tomando e com a gestão da filha, de modo que as coisas não poderia continuar daquela forma. Disse que o requerente até se emocionou naquele momento e os seus olhos se encheram de lágrimas, pois estava se sentindo traído pela filha, mas que não era comum ele se emocionar. Salientou que o autor tinha uma ligação muito forte com as empresas, especialmente a C., que eram a vida dele e as coisas mais importantes; e que entre os filhos e as empresas, escolheria estas. Mencionou que teve conhecimento das ações ajuizadas pela filha para afastar o pai por meio dos advogados do grupo, porquanto o Sr. C. não lhe comentou diretamente sobre isso; que o fato ocorreu entre 2005 e 2006. Disse que as ações eram sobre má-gestão e “algo nesse sentido”. Lembrou que a ré foi afastada do grupo em

2005, mas, mesmo assim, o Sr. C. autorizou que realizassem o atendimento normal sobre coisas que ela precisasse (compras para casa, motorista, etc.), porém depois das ações judiciais recebeu ordem do Sr. C. de que não poderia mais atender a requerida. Comentou que o Sr. H., gerente de Recursos Humanos à época, era próximo de S. e trabalhavam juntos, ele era o braço direito dela. Falou também ter tomado conhecimento pelo advogado do grupo da ação de interdição ajuizada pelo irmão da ré contra o autor, mas que não sabe como a ação terminou e para ela o Sr. C. sempre foi o presidente vitalício do grupo e que teve um determinado momento, a partir de 2012, que ele ficou mais doente. Que por trabalhar com a diretoria do grupo tinha acesso às informações dos advogados. Que mesmo com o acontecido não formou opinião negativa acerca da acionada e que tinha uma boa relação com ela. Ponderou que até 2012 o Sr. C. era bem presente na gestão da empresa, mas depois, em razão da doença, foram ajustando a agenda dele para os atendimentos em casa, sendo que o outro filho (irmão da ré) ajudava na gestão. Que o Sr. C. não delegava muita coisa. Finalizou dizendo que nunca presenciou situação de conflito direta/pessoal entre pai e filha, embora cuidasse das questões pessoais do Sr. C. (vídeo 1779).

N., que trabalhou com o autor como vigilante e cuidador (de 2001 a 2005), relatou que levava o Sr. C. quase toda a noite para a empresa para ele trabalhar, e que este comentava dos filhos, bastante da requerida que se preocupava com a saúde dele, e só falava coisas boas. Anotou ter ficado sabendo da ação que a ré moveu contra o pai e que ele recebia a visita dos filhos, nunca tendo o autor falado de modo alterado sobre a filha. Aduziu que na época a ré era a presidente do grupo. Que a doença do Sr. C. progredia todos os anos e ele sempre ficava bem depois das visitas. Disse que foi mandado embora sem ter conseguido falar com o Sr. C. e que acredita ter a ordem partido da mãe da S. (vídeo 1780).

N., fisioterapeuta do autor entre os anos de 2002 a 2009, explicou que no início dos atendimentos ele ainda trabalhava presencialmente, bastante a noite, e se locomovia sozinho, mas que buscou ajuda em razão da progressão da doença que o acometia (mal de parkinson). Fez um histórico do quadro de saúde do paciente e dos atendimentos. Disse que estava no dia a dia da casa e que a filha se preocupava com o pai, que também gostava muito da descendente, por isso ele queria agradar ela, inclusive com as coisas que ela gostava quando ele oferecia um café no final da tarde. Que teve um período tumultuado na relação, mas não sabe dizer o que era porque não se aprofundava nos assuntos da família; e que mesmo quando o autor foi morar na casa da ex-mulher, a filha o visitava. Mencionou a piora do quadro de saúde do Sr. C. entre os anos de 2005 a 2007, período em que ele estava mais cansado, inclusive precisava de ajuda para ler. Relatou não ter presenciado as reuniões que aconteciam com os funcionários da empresa e que o Sr. C. nunca comentou com ela sobre a ação ajuizada pela filha. Ponderou que o autor lhe pedia para ligar do celular pessoal da depoente para a ré, pois sentia saudades da filha, sendo que ele pedia porque em determinado momento era a única forma de falar com a filha, quando ela não pôde frequentar a casa. Relatou que o autor gostava dos filhos e dos netos e que escutou o Sr. C. pedir para o médico assistente que conversasse com os filhos para que se entendessem. Disse que o Sr. C. sabia das coisas da empresa, que a limitação física veio com o tempo, que ele era bem metódico, cuidava da alimentação, era super esclarecido e gostava de literatura. Finalizou contando que foi contratada por S. (vídeo 1781).

M., gerente administrativo financeiro do grupo (de 1999 até 2015), narrou em seu depoimento que trabalhava diretamente com o Sr. C., a quem se reportava diretamente porque era o presidente da empresa. Que o autor ia a noite para o trabalho e fazia reuniões em casa. Que conheceu a ré em 2001/2002 quando ela veio pra empresa, trazida pelo pai, ficando até 2005 quando foi tirada do grupo. Explicou que o gestor colocou a filha para administrar o dia a dia da empresa, mas que em determinado momento ele começou a achar que os rumos da companhia não estavam indo de acordo com o que sempre pregou, porque ela começou a contratar pessoas de sua confiança e ele não concordava com tais contratações, uma vez que ele continuava sendo o presidente e já tinham pessoas lá dentro. Salientou que ele não concordava inclusive com os salários que eram pagos e a forma de contratação (pessoas jurídicas) dessas pessoas. Falou ter presenciado algumas vezes a filha desautorizando as ordens do pai; um autorizava o pagamento e o outro tentava não fazer com que ele fosse realizado. Pontuou que a ré tinha a opinião dela e então começaram os conflitos, sendo que o depoente sempre cumpriu as ordens do presidente. Que essa situação aconteceu com outras pessoas também e que era uma situação chata. Que havia reuniões e gestões paralelas, mas o Sr. C. não deixou ter continuidade. Que o presidente ficava triste e sentia ingratidão com o que a filha estava fazendo; que a mudança do comportamento dela ocorreu mais ou menos em 2004. Falou que o Sr. C. verbalizou o desgosto para o grupo gestor nas reuniões. Ressaltou que quando eram marcadas reuniões gerenciais na casa do pai, a filha questionava o que os funcionários iriam fazer lá, porque o pai não mandava mais. Disse não ter visto pessoas ligadas à S. desrespeitarem o Sr. C. Comentou sobre o que tinha conhecimento acerca dos negócios impugnados pela ré. Falou que a razão da mudança do comportamento da descendente foi a doação de algumas ações, momento a partir do qual ela achou que poderia ignorar o pai e comandar a empresa sem a participação dele. Soube disso porque o Sr. C. comentou, assim também como comentou sobre a ação de afastamento ajuizada em seu desfavor, pelo que se sentia muito triste, e que um dos pontos era a acusação de gestão temerária, com a qual o Sr. C. ficou indignado e muito abalado, por isso sentiu ingratidão. Ponderou que as empresas eram a prioridade para o presidente e que inclusive a mudança que ele fez no quadro societário em assembleia foi para preservar os mais de 1.500 funcionários à época, atitude que o Sr. C. entendia como garantia do futuro da empresa. Que o autor foi um gestor competente, criou um império e as pessoas trabalhavam com orgulho. Narrou que o grupo gestor participava das reuniões, mas todos os funcionários levavam ao conhecimento do Sr. C. os relatórios diários da empresa. Disse que o autor não manifestou ressentimento em relação a ação de interdição ajuizada pelo outro filho. Historiou como funcionavam as autorizações para pagamentos e algumas negociações. Narrou que em razão do irmão da ré ter assumido função como presidente da Celesc à época, o Sr. C. trouxe a filha para fazer a gestão compartilhada, mas que ele continuava sempre como o presidente e que ele ficou descontente com a gestão dela, daí porque a destituiu em assembleia da condição de vice-presidente. Mencionou que o acionante e a ré recebiam relatórios diários e a C. tinha mais de 15.000 clientes. Anotou que o autor afastou a filha da gestão porque na opinião dele a empresa estava tomando um rumo que ele não queria, mas que ela voltou para empresa em razão de uma liminar, que depois foi cassada, quando ela saiu definitivamente. Disse que o Sr. C. manifestava irresignação quanto à ação de afastamento contra si ajuizada, porém soube que a filha foi visitar o pai depois quando ele ficou mais doente. Que desde que entrou na empresa,

em 1999, o Sr. C. já tinha a doença. Que o jeito peculiar do presidente administrar sempre foi assim, inclusive o trabalho a noite. Que acredita que o grupo gestor não se sentia ameaçado pela gestão da ré e que lembra ser um dos motivos alegados pelo Sr. C. para o afastamento da filha o fato de os resultados não serem mais tão bons quanto eram anteriormente. Explicou que a partir de 2006 o outro filho do autor passou a gerir a empresa também e que o Sr. C. confiava nele e continuou como presidente. Finalizou dizendo que o demandante “ficou com um pé atrás” em relação à filha e não presenciou algum momento de desrespeito entre eles (vídeo 1782).

M., integrante do quadro de funcionários da C. inicialmente como engenheiro mecânico (1994) e depois como gerente de logística/compras (2003), disse que o Sr. C. era seu chefe direto até 2011 e que mantinham contato diário, especialmente a noite. Que a partir de 2008/2009 o autor parou de ir pra a empresa, mas que tinham reuniões na casa dele quase diariamente. Falou que conheceu a ré na empresa em 2002 e que ela trabalhou na diretoria. Que em um primeiro momento a relação entre pai e filha era boa, até 2004, mas depois ficou atenuada porque ela parou de escutá-lo e tomava decisões sem consultar o presidente, que nunca abriu mão do comando. Salientou que o autor foi informado das atitudes da filha pelos funcionários e ficou nervoso. Que ela dizia que mandava, e não o pai. Que isso não tinha fundamento porque ele estava presente, lúcido e era o presidente. Lembrou de um episódio no qual o esposo da ré (M. - a época gerente de materiais) falou “que o Sr. C. estava morto e só faltava enterrar”. Não se recordou se ela estava presente, mas disse que tinham outros funcionários. Pontuou que havia ordens conflitantes entre pai e filha. Deu exemplo sobre um negócio de importação, no qual tiveram que parar a negociação por conta da ordem da ré, mas quando o Sr. C. ficou sabendo ficou chateado. Que perderam a oportunidade de parte do negócio. Disse que a requerida não estimulava os funcionários a irem até o pai. Ponderou que sempre atendia as ordens do Sr. C., porque ele era o seu chefe e o presidente. Salientou que S. cobrava os funcionários quando não a escutavam e que recebeu pedido dela para não repassar informações para o genitor, mas não atendeu e ainda contou tal fato para o presidente, que ficou chateado. Ressaltou o fato de o autor ter sido um gestor muito competente e de não ter dúvidas da sua capacidade de gerência, sendo que o faturamento da empresa sempre foi crescente. Anotou que a partir de 2011 o presidente se afastou porque ficou com pouca mobilidade em razão da doença. Acredita que o motivo para a mudança do comportamento da ré pode ter sido a doação das ações ou influência de pessoas externas à família. Disse que ficou sabendo das doações pela controladoria e das ações judiciais de afastamento pelo jurídico e pelo Sr. C., que fez uma reunião para falar desse assunto, o que o deixou muito chateado, porque tinha a esperança de resolver o problema sem judicializar, tendo confessado ao depoente que as empresas eram a vida dele e por isso a questão da família acabou ficando para trás. Aduziu conhecer o Sr. H., demitido em 2005 pelo Sr. C., o qual era próximo de S. e frequentavam a mesma igreja. Informou que a ré contratou funcionários sem autorização do pai, fato que o preocupou, pois uma das grandes qualidades dele era identificar talentos na empresa, sendo que o próprio cuidava das “fichas de funcionários”. Falou sobre a irrisignação do Sr. C. quanto aos salários pagos aos funcionários contratados pela ré e que estes foram desligados da empresa quando ela foi afastada. Que o Sr. C. comentava esses assuntos com a equipe gestora e que presenciou a chateação referente à ação de afastamento, porém nada ouviu sobre a ação de interdição. Não soube dizer sobre o relacionamento pessoal/visitas entre

pai e filha. Disse que o Sr. C. trabalhava mais que todo mundo e que o filho dele (irmão da ré) já estava como vice-presidente antes desses fatos. Explicou que a requerida fez um estágio inicial para conhecer todas as áreas da empresa e o papel dela não era muito claro no início, mas depois ela se auto designou como “manda-chuva” da empresa. Reiterou que a mudança da ré começou quando se relacionou e foi influenciada com “um pessoal de igreja”. Fez menção específica a um episódio que presenciou, o qual deixou o Sr. C. chateado, porque foram retirados objetos religiosos do pessoal da C. e veio um pastor dizendo que os objetos estavam com má-energia. Tiraram crucifixos e a Nossa Senhora, mas o Sr. C. respeitava a crença das pessoas. Salientou que o presidente “era um homem de ação” e sempre prevalecia a decisão dele, mesmo contra a acionada. Que a decisão de demissão do Sr. H. foi muito dura para o autor, porque ele trabalhava há tempo na empresa, mas o presidente achou que o Sr. H. estava influenciado mal a filha e extrapolando suas atribuições. Narrou que mesmo com os fatos ocorridos viu a ré na casa do pai depois. Que o Sr. C. falou que a filha foi ingrata e que tirou ela e as pessoas que não conheciam de parafusos da empresa. Historiou sobre o grupo gestor e sobre a fidelidade ao autor, bem como que não se sentia ameaçado pela acionada, tanto que sua promoção para gerente foi realizada quando a ré estava na empresa, mas que pessoalmente respondia ao autor, presidente da companhia. Não soube dizer sobre irregularidades nos negócios de imóveis alegados pela ré (vídeo 1783).

H., que trabalhou entre 1980 a 2005 no grupo (começou na ferramentaria, após foi para o cargo de auxiliar produção e depois foi promovido para o setor de compras, RH, pagamentos e segurança), disse que conheceu os filhos do autor antes de trabalhar na empresa, porque seus pais trabalhavam na fazenda da família S. Explicou que S. começou na empresa uns 4 anos antes dele sair, sendo inserida no grupo pelo pai. Que em um primeiro momento até ficou desconfortável com a situação porque passava tudo para o Sr. C., mas depois começou a trabalhar com ela e foi tranquilo. Que quando o autor adoeceu e se afastou ficou subordinado à ré, e aí se reportava direto à ela. Narrou que o Sr. C. vinha a noite e que participava das reuniões com gerentes e com a requerida, tanto na empresa, quanto na casa deles. Pontuou sobre um momento de transição no qual levava apenas questões de resultados para o presidente, outras coisas não passavam mais para ele pela dificuldade de entendimento. Que haviam pessoas contrárias às mudanças que estavam sendo implementadas e que foi inclusive desligado por ser uma das pessoas principais nessa questão do planejamento estratégico; que isso criou desconforto e alguns conflitos. Disse que todo mundo tinha acesso ao autor. Que na época trouxeram um profissional para fazer avaliações psicológicas e avaliar pontos fracos de alguns funcionários. Que quando o presidente gostava de uma pessoa era difícil de “botar na cabeça dele que ela tinha dificuldades”. Que isso trazia conforto para as pessoa da confiança do Sr. C., na qual se inseria. Disse que “começou a bater muito forte em determinadas situações” e ponderou ter errado porque não soube lidar muito bem com o poder. Mencionou uma certa ingenuidade e ter sido “pego de surpresa em determinadas situações” e que realmente “iam ser mexidas em algumas peças com a avaliação da psicóloga”. Reconheceu ter falhado em algumas situações por não ter se aproximado mais do Sr. C. quando houve o afastamento dele pela doença e que ficou mais ou menos de 6 meses a 1 ano sem conversar com o presidente. Ponderou que nunca presenciou agressão entre pai e filha, e que havia carinho entre eles. Contou sobre a sua demissão, inclusive sobre ter sido proibido de entrar na empresa, a qual entende ter ocorrido por conta de

um complô de alguns funcionários que “seriam mexidos a época” e que “perseguiam a ré”. Que virou essa página. Que depois tentou falar com o Sr. C. mas ele não quis recebê-lo. Disse que ficou sabendo por boatos que a S. foi afastada e que o autor voltou para empresa depois de ter tido uma melhora do seu quadro de saúde. Falou também sobre o paternalismo do Sr. C. quanto às empresas e que era uma pessoa da confiança do autor, mas perdeu essa relação durante um tempo, quando houve a tentativa de implementação do planejamento estratégico (vídeo 1784).

É., ouvido como informante (gerente de controladoria e finanças do grupo desde o ano de 1988), disse que trabalhava diretamente com o Sr. C., o qual até os anos de 2004/2005 frequentava a empresa, mas depois não ia todos os dias. Falou sobre as reuniões e os contatos por telefone. Salientou que em 2002/2003 a S. veio trabalhar na empresa, como diretora junto com o Sr. C., até 2005. Que a ré criou uma gestão paralela e equipe própria sem a concordância do pai, que criticava o fato de não ser ouvido. Lembrou que a requerida e seu marido falavam que o Sr. C. não mandava mais, mas ele nunca abriu mão do poder de mando. Narrou saber da questão do usufruto das ações até porque fazia o imposto de renda do presidente, sendo que o poder de voto era dele. Lembrou de uma fala sobre dividendos em que a requerida disse que não era preciso pagar o presidente porque ele não precisava de dinheiro, “coisas nesses sentido”. Afirmou que não atendia as ordens da ré de não repassar as informações para o Sr. C. Teceu comentários sobre algumas compras de imóveis pelo grupo. Disse não ter dúvidas da competência e sucesso da gestão do Sr. C. Ponderou que houve modificação do comportamento da requerida quando ela recebeu doações e passou a ignorar as vontades do genitor. Ficou sabendo pelo jurídico da ação de afastamento, a qual deixou o Sr. C. chateado/magoado. Mencionou que as empresas eram a vida do presidente; na parte operacional o Sr. C. sempre gerenciava; na parte estratégica/comercial ele acabava sendo excluído. Finalizou dizendo não ter visto embate presencial entre pai e filha, a qual continuou visitando o pai (vídeo 1785).

A. (engenheiro mecânico e gerente de tecnologia de informação do grupo entre os anos de 1996 até 2015), falou que era subordinado ao Sr. C. e o atendia na empresa e na casa dele, porque participava das reuniões com o grupo gestor. Disse que conheceu a ré na empresa a partir de 2002; no começo ela vinha esporadicamente, mas depois foi assumindo a gestão. Falou que havia bom relacionamento entre pai e filha, mas em 2004 teve mudança porque ela desautorizava o pai e ele não abria mão do mando da gestão. Mencionou que a ré não queria que fossem levadas informações para o Sr. C.; que houve formação de uma gestão paralela sem a concordância do presidente; que o clima ficou ruim na empresa na época. Salientou sempre atender ao Sr. C. e que S. não apoiava esse contato mais próximo que mantinha com o presidente. Falou sobre alguns negócios de imóveis realizados pela empresa e disse acreditar na mudança da requerida por conta da doação das ações, o que ficou sabendo pelo próprio autor. Explicou que teve conhecimento da ação de afastamento em desfavor do Sr. C. pelo jurídico e que a notícia não foi bem recebida por aquele, porque as empresas eram a vida dele. Disse que o Sr. H. era próximo da ré e que ele fez parte desse grupo formado por ela, mas que depois o autor demitiu ele. Ponderou clareza sobre as funções do autor e da acionada na empresa, assim como da chateação, abalo e arrependimento do Sr. C. com o ocorrido. Disse que sempre se reportava ao presidente, mas também atendia a ré. Referiu sobre o afastamento entre pai e filha a partir de 2004 aproximadamente, tanto no âmbito familiar/pessoal, quanto no empresarial. Relatou que houve um descontentamento

do presidente em relação à condução da empresa pela filha, mas que o Sr. C. nunca foi exposto a algum tipo de perigo. Referiu ainda sobre uma estratégia empresarial adotada pelo presidente em 2003 que resultou no aumento do faturamento em 2004 (vídeo 1786).

Como se pode observar, o conjunto probatório documental e testemunhal não deixa dúvidas sobre a forma rude e deselegante adotada pela requerida em relação ao doador; se o seu desiderato era unicamente a preservação do núcleo empresarial supostamente afetado pela alegada (e não comprovada) falta de condição gerencial do pai, poderia ter buscado sua interdição (como assim fez seu irmão em outra oportunidade - autos n. 00954**-*.*.***.8.24.00**), mas sem atacar leviana e diretamente o usufruto inserido nas doações e a própria atuação do gestor.

Ressai cristalino que tal situação levou o genitor, que não precisava fazer o que fez (as liberalidades/doações), a se sentir traído e injustiçado, e a considerar a beneficiária como ingrata, sobretudo porque a formação pessoal e profissional daquele deu-se em um tempo no qual eram mais acentuados os valores de afeto, respeito, ética e moral.

A compreensão aqui externada não se altera pelo fato de não ter sido fulminada em definitivo a relação paterno-filial, inclusive com a retomada da convivência após a superação da “crise”. O depoimento pessoal do autor, realizado em 2007, não revela hipótese de perdão tácito ou expresso (item 766 do evento 437/1º grau), ao contrário:

*Às perguntas formuladas, passou a responder que tem 83 anos de idade; que hoje é quarta feira; que estamos em dezembro; que tem dois filhos; que tem um filho e uma filha; que sua filha se chama S.; que o seu relacionamento com S. é bom; que há muito alvoroço hoje; que está há dois dias chovendo; que gosta do lugar onde mora; que não queria que nenhum dos dois filhos ficasse magoados; que gosta da S. e do outro filho; **que S. foi ingrata para o depoente; que elementos muito ruins influenciaram S.; que indagado qual seria a ingratidão disse “que não consegue falar”; que tentaram tirar o depoente da casa; que apresentadas ao depoente as doações feitas por ele, disse que não pode mais passar informações; que S. usou mal as doações; que a S. quer trazer elementos ruins para a empresa; que já perdeu muita gente com isso; que não quer declarar mais nada.***

Em caso bem semelhante, no qual, contudo, bastou - para a caracterização da ingratidão - a expedição pelos donatários de um ato formal de notificação revelador de desconfiança em relação as atitudes do doador, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim decidiu:

REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO. POSSIBILIDADE ALÉM DAS HIPÓTESES INDICADAS NO ART. 557 DO CC/02. ENCARGO. INEXISTENCIA. INTERPRETAÇÃO. Deve ser considerado como conselho ou recomendação à disposição constante de contrato de doação que a despeito de ser indicada como encargo exige a pratica de ato em favor dos beneficiários da liberalidade. Disposição contratual que estabelece que os donatários se obrigam a transferir as cotas de capital social de determinada empresa e objeto do contrato de doação para empresa que os donatários constituiriam exclusivamente com esta finalidade e que dela seriam titulares se aproxima de uma disposição condicional, porque a prática do ato nela previsto está imediatamente associado ao recebimento dos bens doados. O encargo, por natureza, não suspende a aquisição do direito.

A ingratidão do donatário no CC/02 pode se dar por outras hipóteses além daqueles exemplificativamente previstas no art. 557, consoante não só à mudança de redação do texto anterior, mas também por coerência do espírito não patrimonialista que permeou a aprovação do novo código. A manutenção do entendimento anterior, em que pese o respeito merecido por aqueles que assim sustentam, prioriza o ter ao invés do ser, ferindo assim o princípio da dignidade da pessoa humana que determina que o ser deve prevalecer sobre o ter. Manter o contrato de doação apenas em nome da segurança jurídica quando após sua celebração os donatários expedem ato formal lançando dúvidas quanto a honestidade e lisura do doador usufrutuário, seria priorizar a aquisição patrimonial em detrimento da pessoa daquele que praticou um ato de liberalidade. Provimento do recurso para acolher a pretensão contida na inicial (Apelação n. 0084087-03.2008.8.19.0001. 19ª Câmara Cível. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. 19-2-2013).

É inegável que as condutas perpetradas pela ré (gestão paralela, contraordens às do gestor, investida leviana no âmbito judicial, sonegações de informações, tentativa de usurpação do poder decisório do presidente, etc.), as quais também foram publicizadas, revelaram-se desleais, ofensivas e suficientes para a caracterização de ingratidão e ensejam o provimento do recurso para sustentar a procedência do pedido inicial, com a consequente revogação das doações realizadas por C. F. A. S. (pai) para S. S. D. (filha) nos anos de 1987 (itens 54-55 do evento 363/1º grau), 1989 (itens 61-62 e 81 do evento 363/1º grau), 2002 (itens 82-83 do evento 363/1º grau) e 2004 (itens 86-87 do evento 363/1º grau).

Ressalva-se, contudo, o disposto no art. 563 do Código Civil: “**a revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros**, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio termo do seu valor”. Faz-se esse registro em razão da existência de doação de parte das ações recebidas pela ré aos seus filhos (netos do autor), conforme o item 62 do evento 363/1º grau, as quais, na impossibilidade de restituição ao montemor, devem ter seu valor convertido no equivalente em pecúnia para o cumprimento desta decisão.

Por consequência, condena-se a ré ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa. Para arbitramento desta verba foram consideradas as diretrizes previstas no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil. O litígio em apreço possui complexidade média, contou com mais de uma audiência, extensa produção probatória e tramita desde o ano de 2006, com significativa expressão econômica (valor da causa inicialmente fixado em R\$ 75.486.719,63 - evento 370/1º grau), o que justifica a fixação no percentual arbitrado.

Por fim, em consonância com interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial 1.573.573/RJ, assinala-se ser descabida, in casu, a fixação de honorários advocatícios nos moldes do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, haja vista o provimento parcial do presente apelo.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de a) conhecer do agravo retido interposto pela ré e negar-lhe provimento; e b) conhecer do recurso do autor e dar-lhe parcial provimento a fim de julgar procedente o pedido inicial e revogar as doações de ações societárias e em dinheiro realizadas por C. F. A. S. para S. S. D. nos anos de 1987, 1989, 2002 e 2004 e, por consequência, condenar a requerida ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios em favor dos advogados da parte contrária, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

LUIZ FELIPE S. SCHUCH

Relator

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5037888-06.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIRO FERNANDES GONÇALVES

AGRAVANTE: D. M. DA S.

AGRAVADO: A. R.

AGRAVADO: C. W. N.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA PARA O PREPARO RECURSAL. INDEFERIMENTO. PARTE QUE EXERCE A PROFISSÃO DE ADVOGADO. ATIVIDADE REMUNERADA QUE EXIGE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO CORROBORA O PEDIDO. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DAS TAXAS JUDICIAIS DE MODO PARCELADO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Exercendo a parte requerente do benefício da Justiça Gratuita qualquer atividade que lhe gere rendimentos ou remuneração, é obrigatória a demonstração inequívoca do comprometimento dessa renda com despesas necessárias à subsistência de seu núcleo familiar, bem como a impossibilidade de pagamento das taxas judiciais, ainda que de forma parcelada.

A solução de conflitos pelo Poder Judiciário é um serviço que gera dispêndio aos cofres públicos e, assim como qualquer outro prestado pela Administração, deve ser custeado por quem o aciona. Também por essa razão, a ideia de que a Justiça pode ser gratuita é um engano. Na verdade, quando se concede o benefício a um jurisdicionado, todos os demais cidadãos subsidiam as despesas processuais daquele por meio dos impostos recolhidos obrigatoriamente, inclusive os contribuintes menos favorecidos economicamente.

ACÓRDÃO

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 Agravo Interno e negar provimento a ele, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 08 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

D. M. da S. interpôs Agravo Interno contra a decisão deste Relator que negou o benefício da Justiça Gratuita para suspender o dever de recolhimento do preparo do Agravo de Instrumento interposto contra interlocutória proferida em ação ajuizada em desfavor de A. R. e C. W. N.

Sustentou, em linhas gerais, que estaria demonstrada sua dificuldade financeira, tanto é que teria contraído empréstimo pessoal para satisfazer suas despesas. Alegou que os extratos bancários, que motivaram o indeferimento, agora anexados, corroborariam o argumento de hipossuficiência de recursos econômicos.

Embora intimada, a parte recorrida não apresentou manifestação, conforme certidão do Evento 17 e 18.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

Todavia, adianta-se, não merece ser provido.

Conforme registrado na decisão ora impugnada, D. M. da S. interpôs Agravo de Instrumento e, para o possibilitar o conhecimento do recurso, pleiteou o deferimento da benesse da Justiça Gratuita.

Todavia, ao analisar esse pedido, verificou-se que o recorrente é advogado, o que por si só já afastava a presunção de impossibilidade de pagamento do preparo, uma vez que essa é uma atividade remunerada e, portanto, tornava-se obrigatória a demonstração inequívoca do comprometimento dessa renda com despesas necessárias à sua subsistência. Outrossim, observou-se ser o agravante casado, e, embora alegasse estar a esposa desempregada, devia ele demonstrar que ela não possuía fonte de renda informal ou o recebimento de auxílio previdenciário.

Intimado para comprovar a situação econômica, inclusive do seu escritório de advocacia, o agravante deixou de apresentar alguns documentos solicitados, como extrato bancário atualizado em seu nome e de sua esposa, inviabilizando a concessão do benefício porque não evidenciada a dificuldade financeira para o pagamento do preparo recursal, no valor de R\$ 586,86.

Neste Agravo Interno, o recorrente anexou os referidos extratos bancários, alegando que encerrou sua conta corrente e que a da sua cônjuge demonstraria a dificuldade financeira da unidade familiar, situação que estaria corroborada por empréstimo pessoal contratado.

Pois bem, é cediço que ao artigo 98 do Código de Processo Civil dispõe que “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”.

Assim, realizado o pedido de gratuidade da justiça, por simples petição, conforme prevê o artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, o seu indeferimento caberá quando houver nos autos indícios de que a parte requerente detenha meios suficientes para arcar com as custas processuais, situação apta a, então, afastar a presunção de veracidade dada à declaração de hipossuficiência firmada pela parte.

Também é necessário ter presente que a concessão da Justiça Gratuita não está vinculada à condição de pobreza ou miserabilidade do jurisdicionado, mas ao grau de comprometimento de sua renda com as despesas que tem no momento do ingresso da demanda judicial.

Por essa razão que deve haver rigor no exame desses pedidos, pois o benefício só pode ser concedido a quem efetivamente demonstre documentalmente não ter como suportar o pagamento dos custos judiciais sem prejuízo de seu sustento.

Trazendo esses preceitos para o caso concreto, embora não se desconheça que a atividade da advocacia, especialmente nos primeiros anos do exercício da profissão, possa não ser rentável, é difícil crer que ela não permita ao agravante pagar o preparo da interposição do recurso primitivo, que corresponde a R\$ 586,86.

Pode até ser que exista alguma dificuldade de implementar essa despesa de uma vez só nos rendimentos da família do agravante. Contudo, conforme já mencionado, atualmente a Resolução CM n. 3 de 11 de março de 2019, que regulamentou a Lei estadual n. 17.654, de 27 de dezembro de 2018, e o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, prevê a possibilidade de fracionamento da taxa judicial em até 3 vezes ou por meio do cartão de crédito, hipótese em que, a divisão do valor pode ser feita em até 12 prestações (vide art. 5º e seus parágrafos e incisos e consulte-se <https://www.tjsc.jus.br/web/processo-eletronico-eproc/-/pagamento-de-custas-com-cartao-de-credito-e-debito>).

Veja-se que o agravante não colaborou para derruir a dúvida deste Relator, apresentando toda a documentação solicitada, pois não foi anexado certidão negativa de bens imóveis em nome do agravante. Também não foi fornecido documento extraído do site da Receita Federal, indicando que suas declarações de imposto de renda não constavam do acervo daquele Órgão fiscal.

Ademais, de qualquer forma, é difícil crer no argumento do recorrente de impossibilidade de pagamento do preparo, ainda que de forma parcelada, quando ele traz vários contratos firmados com seus clientes que indicam haver um mínimo de receita em seu escritório.

Outrossim, os extratos bancários acostados no Agravo de Instrumento indicam que, antes de encerrar sua conta, o agravante tinha movimento financeiro incompatível com o benefício da Justiça Gratuita.

Logo, os elementos apresentados pelo recorrente não permitem afastar a convicção deste Magistrado de que o agravante tem condições de satisfazer o pagamento do preparo recursal do Agravo de Instrumento, pelo menos de forma parcelada.

Importante registrar, por fim, que a solução de conflitos pelo Poder Judiciário é um serviço que gera dispêndio aos cofres públicos e, assim como qualquer outro prestado pela Administração, deve ser custeado por quem o aciona. Também por essa razão, a ideia de que a Justiça pode ser gratuita é um engano. Na verdade, quando se concede o benefício a um jurisdicionado, todos os demais cidadãos subsidiam as despesas processuais daquele por meio dos impostos recolhidos obrigatoriamente, inclusive os contribuintes menos favorecidos economicamente.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do Agravo Interno e negar provimento a ele.

Documento eletrônico assinado por **JAIRO FERNANDES GONCALVES, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **xxx** e do código CRC **xxx**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIRO FERNANDES GONCALVES

Data e Hora: 10/11/2022, às 18:27:41

APELAÇÃO Nº 5006102-88.2020.8.24.0007/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS

APELANTE: EDGAR BALCAZAR MARTINEZ JUNIOR (AUTOR)

ADVOGADO: JOSIANE LOFY (OAB SC055819)

ADVOGADO: ALEXSANDER CARLOS DE OLIVEIRA (OAB SC020196)

APELADO: DENISE SLAIFER BALCAZAR MARTINEZ (RÉU)

ADVOGADO: MARISTELA BALDISSERA (OAB SC012480)

EMENTA

CIVIL - FAMÍLIA - IMÓVEL - USO EXCLUSIVO - PARTILHA NÃO REALIZADA - FIXAÇÃO DE ALUGUÉIS - POSSIBILIDADE

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “*com a separação ou divórcio do casal, cessa o estado de comunhão de bens, de modo que, mesmo nas hipóteses em que ainda não concretizada a partilha do patrimônio, é permitido a um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles*” (REsp n. 1.375.271, Min^a. Nancy Andrighi).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5^a 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 declarar o direito do autor ao aluguel da meação do imóvel utilizado exclusivamente pela requerida, ficando o valor a ser apurado em posterior liquidação por arbitramento e redistribuir os ônus da sucumbência (item 3), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Por refletir fielmente o contido no presente feito, adoto o relatório da r. sentença (**evento 44, SENT1**):

“Cuida-se de Ação de Arbitramento de Aluguéis ajuizada por Edgar Balcazar Martinez Junior, qualificado, contra Denise Slaifer Balcazar Martinez, qualificada, em que descreveu que manteve com a Requerida matrimônio desde o ano de 1990 até a separação de fato no ano de 2018. Alegou que ambos seguiram morando na mesma residência, o que somente foi alterado quando a Requerida ajuizou ação de divórcio e separação de corpos, o que foi deferido liminarmente, termos em que o Requerente deixou a residência e foi para novo endereço em outubro de 2019. Afirmou que a ex-cônjuge permanece residindo em parte do imóvel, uma vez que uma parte deste abriga a empresa de ambos, que segue em funcionamento. Em virtude da situação fática, entende ser titular do direito a metade do valor auferível como aluguel da residência ocupada pela Requerente. Apresentou avaliação feita por corretor de imóveis apontando o valor mensal de R\$ 800,00.

Citada, a Requerida apresentou Contestação (Evento 13) em que relatou que a ordem de separação de corpos que originou a atual circunstância foi prolatada pelo Juízo com base nas provas do comportamento agressivo do Requerente. À vista disso, pediu seja reconhecido que não há direito ao recebimento de aluguéis, uma vez que foi o Requerente quem deu causa ao próprio afastamento do local.

Em Réplica, o Requerente alegou que na realidade ele foi submetido a agressões físicas e psicológica, e que o afastamento foi determinado contra ele unicamente em virtude de que a Requerida foi quem primeiro ajuizou o pleito correlato (Evento 19).

Intimados para especificarem provas, o Requerente pleitou a realização de avaliação do bem para definição do valor adequado do locatício, enquanto a Requerida pediu a oitiva de testemunhas”.

Acresço que o Togado *a quo* julgou improcedentes os pedidos, por meio da sentença cujo dispositivo segue transcrito:

“Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente Ação de Arbitramento de Aluguéis ajuizada por Edgar Balcazar Martinez Junior, qualificado, contra Denise Slaifer Balcazar Martinez, qualificada, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condeno o sucumbente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em 15% do valor da causa, nos termos do art. 85, §2º do CPC. Suspendo, entretanto, a exigibilidade dos encargos sucumbenciais, em virtude de estar amparado pelo benefícios da Justiça Gratuita.

Sentença publicada e registrada automaticamente. Intime-se. Após o trânsito em julgado, arquite-se”.

Irresignado, EDGAR BALCAZAR MARTINEZ JUNIOR interpõe apelação, na qual alega, em breve resumo, que é viável a fixação dos alugueres em razão do uso exclusivo, ainda que pendente a partilha. Disse, ademais, que desde a separação de fato, arca com os custos da moradia na qual reside, enquanto a apelada continua a utilizar o bem de propriedade do casal (**evento 48, APELAÇÃO1**).

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (**evento 53, CONTRAZ1**), 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 Trata-se de apelação cível por intermédio da qual se discute o acerto da sentença que julgou improcedente o pedido de arbitramento de aluguel em face da ex-cônjuge, haja vista a ausência de partilha.

O autor, ora recorrente, defende a viabilidade do pedido, uma vez que efetivada a separação do casal e existente processo de divórcio litigioso (0306070-81.2019.8.24.0023).

A irresignação merece parcial provimento.

2.1 Acerca do cabimento de arbitramento de alugueis em benefício de ex-cônjuge/ex-companheiro, nas separações, divórcios ou dissoluções de união estável, pela utilização exclusiva do patrimônio do casal por apenas um dos cônjuges/companheiros, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se firmando de acordo com o precedente abaixo reproduzido:

“1 - Ação distribuída em 29/9/2009. Recurso especial interposto em 03/8/2012 e atribuído à Relatora em 15/9/2016.

2 - O propósito recursal é definir se é cabível o arbitramento de alugueis em favor de ex-cônjuge em razão da ocupação e fruição exclusiva do imóvel comum, ainda que não tenha ele sido objeto de partilha.

3 - Devidamente analisadas e discutidas as questões colocadas em debate pelas partes, e fundamentado suficientemente o acórdão recorrido, não há que se falar em violação do art. 535, I e II, do CPC/73.

4 - Havendo separação ou divórcio e sendo possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão de cada ex-cônjuge antes da partilha, cessa o estado de mancomunhão existente enquanto perdura o casamento, passando os bens ao estado de condomínio.

5 - Com a separação ou divórcio do casal, cessa o estado de comunhão de bens, de modo que, mesmo nas hipóteses em que ainda não concretizada a partilha do patrimônio, é permitido a um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles.

6 - Após a separação ou divórcio e enquanto não partilhado o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem rege-se pelo instituto do condomínio, aplicando-se a regra contida no art. 1.319 do CC, segundo a qual cada condômino responde ao outro pelos frutos que percebeu da coisa.

7 - O marco temporal para o cômputo do período a ser indenizado, todavia, não é a data em que houve a ocupação exclusiva pela ex-cônjuge, tampouco é a data do divórcio, mas, sim, é a data da citação para a ação judicial de arbitramento de alugueis, ocasião em que se configura a extinção do comodato gratuito que antes vigorava.

8 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido em parte, apenas para delimitar a data de início da incidência dos Alugueis” (REsp n. 1.375.271, Min^a. Nancy Andrighi).

“CIVILEPROCESSUALCIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 1.022

DOCPC/2015.FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE.LEGITIMIDADE.INTERESSE.PREJUDICIALIDADE EXTERNA. ERRO MATERIAL. FALTA DE PREQUESTOINAMENTO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS. OCUPAÇÃO EXCLUSIVA POR EX-CÔNJUGE. IMÓVEL NÃO PARTILHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 284 DO STF E 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. [...]

4. O ‘uso exclusivo do imóvel comum por um dos ex-cônjuges - após a separação ou o divórcio e ainda que não tenha sido formalizada a partilha - autoriza que aquele privado da fruição do bem reivindique, a título de indenização, a parcela proporcional a sua quota-parte sobre a renda de um aluguel presumido, nos termos do disposto nos artigos 1.319 e 1.326 do Código Civil’ (REsp n. 1.699.013/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 4/6/2021). Incidência da Sumula n. 83/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento” (AgInt no REsp n. 1.899.276/SP, Min. Antonio Carlos Ferreira).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS. OCUPAÇÃO EXCLUSIVA DO IMÓVEL POR UM DOS CÔNJUGES APÓS DESFAZIMENTO DE FATO DO MATRIMÔNIO. IMÓVEL AINDA NÃO PARTILHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...]

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o uso exclusivo do imóvel comum por um dos ex-cônjuges, ainda que não tenha sido formalizada a partilha, autoriza que aquele privado da fruição do bem reivindique, a título de indenização, a parcela proporcional a sua quota-parte sobre a renda de um aluguel presumido, nos termos do disposto nos artigos 1.319 e 1.326 do CC/2002. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

3. Agravo interno não provido” (AgInt no AREsp n. 1.861.486/DF, Min. Moura Ribeiro).

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMÓVEL. USO EXCLUSIVO. EX-CÔNJUGE. PARTILHA NÃO EFETIVADA. ALUGUEL. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 568/STJ. [...]

2. Na hipótese, a decisão proferida pelo tribunal de origem está em harmonia com o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, firmado no sentido de que, enquanto não dividido o imóvel, existe um condomínio entre as partes, sendo que, se apenas um dos condôminos usufruir do imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da utilização do bem, desde que identificável o quinhão de cada uma das partes. Incidência da Súmula nº 568/STJ.

3. Agravo interno não provido” (AgInt no AREsp n. 1.786.608/SP, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

Apesar da existência de decisões prolatadas noutro sentido em passado não distante, da leitura do julgado acima apresentado extrai-se, em síntese, que a nova interpretação dada à questão vem se firmando na linha de que, nos casos como o dos autos, “*ainda que não tenha havido partilha, o bem imóvel encontra-se em estado de condomínio, e não mais em estado de mancomunhão que existiu enquanto perdurou o casamento e que se extinguiu com o divórcio, porque já se sabe a fração ideal de cada ex-cônjuge (50%)*” REsp n. 1.375.271, Min^a. Nancy Andrighi) - a mesma incidência aplica-se aos casos de regimes patrimoniais na união estável.

Nesse sentido, desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUEL C/C PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU LIMINARMENTE O ARBITRAMENTO DE ALUGUEL EM FAVOR DA PARTE AGRAVADA. POSSIBILIDADE. DEMANDA AJUIZADA NO BOJO DE AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA DE BENS. DEFINIÇÃO ACERCA DO PERCENTUAL DO IMÓVEL CABÍVEL A CADA PARTE. POSSIBILIDADE JURISPRUDENCIALMENTE ACOLHIDA. REQUERIMENTO SUBSIDIÁRIO DE MINORAÇÃO DA QUANTIA ESTIPULADA. INVIABILIDADE. DECISÃO IMPUGNADA QUE ARBITROU OS VALORES DOS ALUGUÉIS COM SUPEDÂNEO EM AVALIAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O VALOR LOCATIVO DO IMÓVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (AI n. 5064322-66.2021.8.24.0000, Des. Flavio Andre Paz de Brum).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUEL. INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA QUE VISAVA O PAGAMENTO DE CONTRAPRESTAÇÃO EM RAZÃO DA FRUIÇÃO EXCLUSIVA DO BEM COMUM PELO EX-CÔNJUGE. INSURGÊNCIA DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUE É POSSÍVEL A FIXAÇÃO DE ALUGUEL PELO USO EXCLUSIVO DO IMÓVEL COMUM ANTES DE REALIZADA A PARTILHA. SUBSISTÊNCIA. FRAÇÃO IDEAL DOS DIREITOS SOBRE O BEM INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DE ALUGUEL A FIM DE OBSTAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO EX-CONSORTE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE À METADE DO VALOR DO ALUGUEL PRESUMIDO. AVALIAÇÃO IMOBILIÁRIA TRAZIDA PELO RÉU QUE MELHOR SE ADEQUA AO CASO EM COMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO” (AI n. 5043477-47.2020.8.24.0000, Des. Stanley da Silva Braga).

O pedido principal formulado nesta ação foi de condenação da ré ao pagamento de indenização, na forma de aluguéis, pela utilização exclusiva por ela do apartamento que pertence ao casal.

Com supedâneo na jurisprudência acima elencada, denota-se a viabilidade do pleito, posto que ainda não efetivada a partilha dos bens do casal.

2.2 Posterga-se, contudo, a fixação do montante em razão da inexatidão acerca da metragem do bem e da área exclusivamente utilizada como moradia pela ré.

Em que pese a avaliação juntada pelo autor, houve contestação acerca da fração do imóvel que efetivamente constitui a residência, excluindo-se parcela destinada à academia pertencente ao ex-casal.

O valor dos alugueres, portanto, deve ser verificado em liquidação por arbitramento.

Assim, é reconhecido o direito ao aluguel da meação do imóvel utilizado exclusivamente pela requerida, ficando o valor a ser apurado em posterior liquidação por arbitramento.

3 Em razão do provimento do apelo, deve-se redistribuir os ônus da sucumbência, condenando-se a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da causa, nos termos do art. 85, §2º do Código de Processo Civil.

Fica suspensa a exigibilidade da verba, nos termos do art. 98, § 3º do Diploma Processual, em razão da condição de hipossuficiência da recorrida (**evento 13, DECLPOBRE14**).

4 Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para declarar o direito do autor ao aluguel da meação do imóvel utilizado exclusivamente pela requerida, ficando o valor a ser apurado em posterior liquidação por arbitramento e redistribuir os ônus da sucumbência (item 3).

Documento eletrônico assinado por **LUIZ CÉZAR MEDEIROS, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2535524v20** e do código CRC **2070cad2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Data e Hora: 10/8/2022, às 18:44:43

APELAÇÃO Nº 5012443-97.2020.8.24.0018/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIRO FERNANDES GONÇALVES

APELANTE: ESCRITORIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD (AUTOR)

APELADO: HOTEL DESBRAVADOR LTDA (RÉU)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO - ECAD. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DO AUTOR. PLEITO DE CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DAS PARCELAS VINCENDAS NO CURSO DA LIDE. ACOLHIMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS ELETRÔNICOS EM QUARTOS DE HOTEL E RESTAURANTE. AUSÊNCIA DE PROVA DE TER DEIXADO DE REPRODUZIR OBRAS AUDIOVISUAIS OU LITEROMUSICAIS DURANTE A PANDEMIA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INCLUSÃO DAS PARCELAS VINCENDAS. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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 provimento a ele, para condenar o réu ao pagamento das parcelas vincendas. Em atendimento ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, majoram-se em 2% os honorários advocatícios fixados na origem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad ajuizou, na comarca de Chapecó, Ação de Cobrança, registrada com o n. 5012443-97.2020.8.24.0018, contra Hotel Desbravador Ltda., alegando, em síntese, que o réu disponibiliza para seus hóspedes a reprodução de obras nos quartos e no restaurante sem o recolhimento da verba prevista na Lei dos Direitos Autorais.

Relatou ter encaminhado notificação, que não restou atendida pelo demandado, razão pela qual requereu a sua condenação ao pagamento das mensalidades devidas a título de direitos autorais

por sonorização de aposentos, no valor de R\$ 26.507,06, referentes ao período de abril de 2017 a novembro de 2019, e R\$ 386,39, relativos ao período de fevereiro a abril de 2020, bem assim das parcelas que vencerem no curso da lide.

O réu foi devidamente citado (Evento 12), e apresentou contestação (Evento 14), sustentando que os cômodos são de uso exclusivo dos hóspedes e não para o público em geral, e que a utilização dos aparelhos televisores não enseja o dever de recolhimento das taxas dos direitos autorais, ainda mais considerando que se trata de serviço por assinatura, o que caracterizaria dupla cobrança. Destacou também que o equipamento presente no restaurante fica sem volume, apenas apresentando a programação com legenda. Por tais motivos, postulou a improcedência dos pedidos exordiais.

Após a réplica (Evento 18), sobreveio a sentença (Evento 20), que julgou parcialmente procedente a pretensão para condenar o réu ao pagamento dos valores descritos na inicial, com a exclusão da multa, e incidência de correção monetária pelo INPC, a partir do vencimento de cada mensalidade inadimplida, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Ainda, condenou o demandado a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

O autor interpôs Recurso de Apelação (Evento 26), aduzindo que, por se tratar de obrigação de trato sucessivo, a sentença operou com equívoco ao deixar de condenar o réu ao pagamento das parcelas vincendas dos direitos autorais.

Apresentadas contrarrazões (Evento 32).

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

No caso em apreço, tem-se por incontroversa a obrigação do apelado de efetuar o recolhimento da taxa relativa aos direitos autorais, prevista na Lei n. 9.610/1998, em razão da disponibilização de aparelhos eletrônicos nas dependências hoteleiras, pois ausente insurgência do interessado a esse respeito.

Com efeito, o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser devida a cobrança pela reprodução de obras audiovisuais e literomusicais em quartos de hotéis, pelo simples fato de disponibilizarem equipamentos radiofônicos e televisores em seus aposentos, o que não configura *bis in idem* com o pagamento de serviços de TV por assinatura, consoante o Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.870.771/SP (Tema 1.066).

Assim, o exame do presente recurso cinge-se à verificação da (im)possibilidade de condenação do recorrido ao pagamento das parcelas vincendas durante o trâmite processual.

Para tanto, o apelante sustentou ser devida a cobrança, pois a obrigação seria de trato sucessivo.

O apelado, por seu turno, asseverou o descabimento dessa exigência porque ausente comprovação do inadimplemento, e também porque em razão da pandemia Covid-19, vários cômodos foram desativados, e a média de hóspedes não passou de 6 pessoas, tornando injusta a cobrança como se todos os aposentos estivessem ocupados.

Sobre a temática, o Julgador singular entendeu que “Não é passível de acolhimento o pleito de condenação da parte ré ao pagamento de parcelas vincendas porque não há prova a respeito do inadimplemento e não se pode, nessas condições, fundamentar édito condenatório com base em eventualidades” (Evento 20).

No entanto, essa conclusão não pode ser mantida.

E isso porque, nada obstante a tese do recorrido de que desativou cômodos do estabelecimento hoteleiro, verifica-se que está cadastrado como “usuário permanente” perante o ECAD (Evento 1, OUT7-10), e inexistem nos autos alegação, muito menos comprovação, de que tenha deixado de reproduzir as obras audiovisuais ou literomusicais durante seu horário de funcionamento no período da pandemia mencionada.

A questão, ademais, há muito foi solucionada no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. PEDIDO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. PRESTAÇÕES VINCENDAS. INCLUSÃO NA CONDENAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE PEDIDO, “ENQUANTO DURAR A OBRIGAÇÃO”. VARIAÇÃO DO QUANTUM. IRRELEVÂNCIA. EXEGESE CPC. ART. 290. DOUTRINA PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - As prestações vincendas (periódicas) consideram-se implícitas no pedido, devendo ser incluídas na condenação, se não pagas, enquanto durar a obrigação, dispensando-se novo processo de conhecimento. II - A norma do art. 290, CPC, insere-se na sistemática de uma legislação que persegue a economia processual buscando evitar o surgimento de demandas múltiplas. III - Irrelevante que as prestações futuras possam vir a ter seus valores alterados. O que a norma exige é que sejam elas da mesma natureza jurídica, independentemente do seu “quantum” (REsp n. 157.195-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 2-2-1999 - grifou-se).

Nesse rumo, colhe-se desta Corte:

DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DE COBRANÇA AFORADA PELO ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD). INCLUSÃO DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS NA CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Em recursos originários de pretensões formuladas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “é possível a inclusão no pedido das parcelas vincendas no curso da ação de cobrança” (T-3, AgRgAg n. 1.182.189, Min.

Paulo de Tarso Sanseverino; REsp n. 158.273, Min. Ari Pargendler; REsp n. 146.423, Min. Carlos Alberto Menezes Direito; T-4, REsp n. 604.464, Min. Barros Monteiro), ainda que “as prestações futuras possam vir a ter seus valores alterados” (T-4, REsp n. 157.195, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Quando da execução, cumprirá ao devedor provar a data em que eventualmente deixou de utilizar a “sonorização ambiental” em seu estabelecimento (Apelação n. 0002507-61.2009.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-6-2016 – grifou-se).

Desse modo, entende-se possível a condenação ao recolhimento das taxas vincendas durante a lide, notadamente porque a obrigação é de trato sucessivo, nos termos do artigo 323 do Código de Processo Civil.

Este, aliás, é o posicionamento sedimentado nesta Corte, pois “Tratando-se as contribuições de direitos autorais prestações de natureza periódica, as parcelas que se vencerem no curso da relação processual devem ser inclusas na condenação [...]” (Apelação Cível n. 2007.061369-5, Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 17-6-2010).

No mesmo trilhar, já decidiu este Órgão Fracionário:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS E PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA - ECAD - EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS SEM LICENÇA E AUTORIZAÇÃO PRÉVIAS - LEGITIMIDADE ATIVA - SUBSTITUTO PROCESSUAL - SOLIDARIEDADE PASSIVA - LEGITIMIDADE. [...]. DIREITOS AUTORAIS - ECAD - HOTEL - TELEVISÃO POR ASSINATURA - CLIENTES - DISPONIBILIZAÇÃO - STJ - QUESTÃO PACIFICADA. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que “na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.” (REsp 1.589.598/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe de 22/06/2017)” (AgInt no REsp n. 1639215/RS, Min. Lázaro Guimarães). [...] CONDENAÇÃO - PARCELAS VINCENDAS - CONFIRMAÇÃO. Este Sodalício decidiu que se tratando “as contribuições de direitos autorais prestações de natureza periódica, as parcelas que se vencerem no curso da relação processual devem ser inclusas na condenação, por força do artigo 290 do CPC” (AC n. 2007.061369-5, Des. Luiz Carlos Freyesleben) (Apelação n. 0315476-15.2017.8.24.0018, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 9-11-2021).

Em igual norte:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. APELO DO ECAD. DIREITOS AUTORAIS DECORRENTES DA REPRODUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INCLUSÃO DAS PARCELAS VENCIDAS DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL E DAS VINCENDAS ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO (CPC, ART. 290). RECURSO PROVIDO. “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ECAD.

COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ESPECÍFICA. ESTABELECIMENTO HOTELEIRO. [...]. INCLUSÃO DA CONDENAÇÃO DO VALOR DAS PARCELAS QUE SE VENCERAM NO CURSO DA DEMANDA E DAS VINCENDAS. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 290 DO CPC. O art. 290 do CPC/1973 refere-se a pedido implícito e permite que, em obrigações de trato sucessivo, a sentença incluirá na condenação as prestações periódicas enquanto durar a obrigação. Destarte, porque implícitas, as parcelas vincendas estarão incluídas no valor da condenação. Decorre, pois, da Lei - omissão inexistente no ponto. [...] ACLARATÓRIOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS (Embargos de Declaração n. 0059041-63.2012.8.24.0023, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 23-8-2016 – grifou-se).

Portanto, sendo plenamente cabível a condenação do apelado ao pagamento das prestações ainda não vencidas até a quitação do débito, merece provimento o reclamo do recorrente para que seja somada à condenação imposta em primeiro grau o valor correspondente às parcelas vincendas reclamadas.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar provimento a ele, para condenar o réu ao pagamento das parcelas vincendas. Em atendimento ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, majoram-se em 2% os honorários advocatícios fixados na origem.

Documento eletrônico assinado por **JAIRO FERNANDES GONCALVES, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2909632v9** e do código CRC **07c08b14**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIRO FERNANDES GONCALVES

Data e Hora: 7/12/2022, às 16:56:2

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5029697-69.2022.8.24.0000/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5001230-30.2020.8.24.0104/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MARCOS FEY PROBST

AGRAVANTE: SONETE QUINSINSKI DA SILVA (INVENTARIANTE)

ADVOGADO: MARCELO BONA (OAB SC028178)

ADVOGADO: ELTON GIOVANI GRETTTER (OAB SC039802)

ADVOGADO: TIMOTEO LUIZ DA COSTA (OAB SC055033)

ADVOGADO: SANDRO MARCELINO (OAB SC049346)

AGRAVADO: JOAO ROCHA

ADVOGADO: LIA NEGROMONTE BEDUSCHI PABST (OAB SC008448)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. INTERLOCUTÓRIO QUE DEFERIU O PEDIDO DE HABILITAÇÃO NOS AUTOS APRESENTADO PELO SUPOSTO COMPANHEIRO DA FALECIDA. IRRESIGNAÇÃO DA FILHA INVENTARIANTE.

ALEGADA INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL NOS AUTOS DO INVENTÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. JUÍZO DO INVENTÁRIO COM COMPETÊNCIA ABSOLUTA. ART. 612 DO CPC. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA EM AUTOS APARTADOS QUE É NECESSÁRIA APENAS QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL A ELUCIDAÇÃO DA MATÉRIA ATRAVÉS DE SIMPLES PROVA DOCUMENTAL. SUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS DE PROVA, *IN CASU*, PARA ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA.

PLEITO DE AFASTAMENTO DO SUPOSTO COMPANHEIRO DA CONDIÇÃO DE TERCEIRO INTERESSADO NO INVENTÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. PROVAS QUE DEMONSTRAM O ACOMPANHAMENTO DA FALECIDA EM SEUS ÚLTIMOS DIAS DE VIDA, ASSIM COMO A COABITAÇÃO E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO PERANTE TERCEIROS. DECLARAÇÃO DE UMA DAS FILHAS DA FALECIDA CONFIRMANDO A RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO ENTRE O AGRAVADO E A *DE CUJUS*. ELEMENTOS PROBATÓRIOS APRESENTADOS PELA AGRAVANTE INSUFICIENTES, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, PARA DERRUIR TAIS EVIDÊNCIAS. INVENTÁRIO, ADEMAIS, QUE AINDA ESTÁ EM SEUS ESTÁGIOS INICIAIS, NÃO HAVENDO IMINÊNCIA DE PARTILHA. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 agravo de instrumento interposto por Sonete Quisinski da Silva, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Sonete Quisinski da Silva interpôs agravo de instrumento em face da decisão que, na *Ação de Inventário Judicial nº 5001230-30.2020.8.24.0104*, ajuizada em face do agravado João Rocha, deferiu o pedido de habilitação deste nos autos, na qualidade de companheiro da falecida Lili Quisinski (**evento 27, DESPADEC1**, origem).

Em suas razões (**evento 1, INIC1**), a agravante sustenta que: (i) a discussão acerca do reconhecimento da união estável deve ser travada em vias ordinárias próprias, e não nos autos do inventário; (ii) os documentos apresentados pelo agravado não são suficientes para comprovar a existência de união estável entre este e a autora da herança; (iii) foram apresentados documentos nos autos de origem, os quais demonstram a ausência de relação entre o agravado e a falecida; e (iv) foram juntadas declarações e Autorização de Exame fraudulentos, não podendo ser usados como elemento de prova para a confirmação da união estável.

Postula a concessão de efeito suspensivo, “*a fim de remover o Sr. João Rocha dos autos de origem, excluindo-o da condição de terceiro/interessado*”, bem como, no mérito, o provimento da espécie.

O pedido liminar recursal foi indeferido (**evento 7, DESPADEC1**).

Intimado, o agravado deixou de apresentar contrarrazões (evento 9).

É o relatório.

VOTO

1. Presentes os pressupostos de admissibilidade, especialmente pelo deferimento da justiça gratuita neste grau de jurisdição (**evento 7, DESPADEC1**), conheço do recurso.

2. No mérito, o agravo de instrumento não deve ser provido.

Por ocasião da análise da liminar, assim me manifestei:

Desde logo, verifico não haver óbice à discussão acerca da união estável nos autos de inventário, porquanto o Juízo, no caso, possui competência absoluta, consoante disciplina o Código de Processo Civil:

CAPÍTULO VI — DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA

Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

A remessa da análise da discussão às vias ordinárias, como indicado no art. 612, in fine, do CPC, ocorrerá tão somente quando a discussão acerca da existência de união estável demandar análise com maior profundidade e produção de provas, sendo certo que, havendo viabilidade da análise através de elementos documentais, absolutamente possível a conclusão a respeito da relação de companheirismo nos próprios autos de inventário.

Nesse sentido, é como reconhece a jurisprudência deste Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE O FALECIDO E A RECORRIDA E A NOMEOU COMO INVENTARIANTE, REMOVENDO A AGRAVANTE DO ENCARGO. RECURSO DA GENITORA DO DE CUJUS ALEGADA NECESSIDADE DE REMETER A QUESTÃO RELATIVA À UNIÃO ESTÁVEL ÀS VIAS ORDINÁRIAS. INSUBSISTÊNCIA. JUÍZO DO INVENTÁRIO QUE POSSUI COMPETÊNCIA UNIVERSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 612 DO CPC. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA A PARTIR DE PROVAS DOCUMENTAIS APRESENTADAS. RECORRIDA QUE ACOSTOU CARTA DE CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA CONCEDIDA PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. DEPOIMENTO NA POLÍCIA CIVIL DA RECORRENTE RECONHECENDO QUE SEU FALECIDO FILHO CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL COM A AGRAVADA. DOCUMENTOS APTOS A COMPROVAR A CONVIVÊNCIA COM O AUTOR DA HERANÇA. RECONHECIMENTO ACERTADO. REMESSA ÀS VIAS ORDINÁRIAS RESTRITA ÀS SITUAÇÕES QUE DEPENDEM DE OUTRAS PROVAS, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. DECISÃO MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002109-75.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 28-09-2021).

Ademais, destaco que, consoante o Superior Tribunal de Justiça, “O reconhecimento de união estável em sede de inventário é possível quando esta puder ser comprovada por documentos incontestes juntados aos autos do processo” (REsp n. 1.685.935/AM, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe de 21/8/2017).

Desse modo, no particular, não obstante as arguições da Agravante, compreendo possível a conclusão pela ocorrência de união estável entre a de cujus e o Agravado, pelas provas documentais já colacionadas pelas partes nos autos de origem.

*De plano, verifico que João Rocha apresentou comprovantes do adimplemento dos custos relacionados ao velório de Lili Quisinski, assim como da sua assinatura como responsável pela solicitação e pagamento das despesas de sepultamento desta (**evento 13, DOCUMENTAÇÃO12**).*

*Ademais, o Agravado também foi o responsável pela realização de exames, no dia anterior ao falecimento (**evento 13, DOCUMENTAÇÃO15**), além de ter sido o declarante da certidão de óbito da Autora da herança (**evento 1, CERTOBT3**, origem).*

*Em acréscimo, noto existir comprovante de residência de João Rocha no imóvel da falecida (**evento 12, OUT3 e evento 13, END4**, origem), além de declaração do vizinho, Sr. João Aldair da Silva Cavalheiro, no sentido da ocorrência de união estável entre o casal, pelo menos, desde o ano de 2018, quando passaram a morar no imóvel o qual atualmente reside apenas o Agravado (**evento 13, DECL7**).*

*No mais, percebo ter sido emanada declaração por uma das filhas da falecida, Paula Cristiana Quisinski, indicando que o Agravado assumiu união estável com esta, por aproximadamente seis anos antes do seu óbito. Ademais, juntou-se escritura na qual a referida herdeira indicou a cessão a título gratuito do seu quinhão hereditário em favor de João Rocha, enquanto companheiro da genitora (**evento 18, ESCRITURA2**).*

Em face destes documentos, suficientes, ao menos nessa fase processual, para a comprovação da existência de elementos aptos a referendar a relação entre o Agravado e a de cujus, nos moldes do art. 1.723 do Código Civil (“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”), deixou a Agravante de apresentar oportuna contraposição, não sobrevivendo demonstração da falsidade dos elementos acostados por João Rocha, como indicado no recurso.

*Assim, considerando que o Agravado conviveu maritalmente e foi o responsável pelo cuidado e acompanhamento de Lili Quisinski, em todo o momento que redundou o seu falecimento, compreendo adequada a análise promovida pelo Juízo singular (**evento 27, DESPADEC1**), tratando-se de medida acertada, ao menos em juízo perfunctório, a habilitação do Agravado João Rocha nos autos de inventário.*

Em julgamento definitivo, o entendimento permanece idêntico.

Muito embora lançadas alegações pela agravante a respeito da irregularidade da tese de união estável entre o agravado e sua mãe, sobretudo a partir da análise de documentos lavrados em cartório em determinadas datas anteriores ao óbito, percebo não apresentarem estes o condão de infirmar a documentação colacionada por João Rocha, que dá conta da união pública e duradoura, coabitação e permanência com Lili Quisinski nos seus últimos momentos de vida.

Reitero, além disso, a inexistência de pressuposto de urgência para o provimento deste reclamo, visto que a *Ação de Inventário* subjacente ainda está em seus estágios iniciais (não havendo iminência de partilha de bens entre os herdeiros e/ou suposto meeiro), e permanece na situação de inventariante Sonete Quisinski da Silva, não havendo de se presumir a ocorrência de dilapidação patrimonial ou a ocultação de patrimônio da falecida por parte do agravado.

Igualmente, ao revés do indicado em sede recursal, não percebo a tentativa de tumultuar ou protelar o feito pelo suposto companheiro.

Desse modo, devida a manutenção do pronunciamento de origem, com a habilitação de João Rocha na *Ação de Inventário*, na qualidade de companheiro da autora da herança.

3. Ante o exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao agravo de instrumento interposto por Sonete Quisinski da Silva.

Documento eletrônico assinado por **MARCOS FEY PROBST, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2477343v10** e do código CRC **6e2d2326**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARCOS FEY PROBST

Data e Hora: 27/7/2022, às 10:0:18

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5046764-81.2021.8.24.0000/SC

RELATOR: JUIZ MARCIO ROCHA CARDOSO

AGRAVANTE: COOPERVISION DO BRASIL LTDA.

AGRAVADO: SHARP VISION COMERCIO OTICO EIRELI

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DISSOLUÇÃO VOLUNTÁRIA DA EMPRESA DEVEDORA. DISTRATO SOCIAL DEVIDAMENTE REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA DEMANDA PARA A SÓCIA QUE ASSUMIU A RESPONSABILIDADE PELO ATIVO E PASSIVO DA EMPRESA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO ACOLHE O PEDIDO E O CONDICIONA A FORMULAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DA PARTE EXEQUENTE. DISTRATO SOCIAL REGISTRADO SEM QUE FOSSEM QUITADAS AS DÍVIDAS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO PASSIVO E ATIVO RECAÍDO AO TITULAR DA EMPRESA. DISSOLUÇÃO. DESNECESSÁRIA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO À PESSOA DO EX-SÓCIO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

“De acordo com o Superior Tribunal de justiça, no REsp 1784032, “a extinção da pessoa jurídica se equipara à morte da pessoa natural, prevista no art. 43 do CPC/1973 (art. 110 do CPC/2015), atraindo a sucessão material e processual com os temperamentos próprios do tipo societário e da gradação da responsabilidade pessoal dos sócios. Desse modo, é possível a inclusão/sucessão dos sócios no polo passivo da demanda, em razão da dissolução regular da sociedade devedora, dispensado o incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica” (TJSC, Apelação n. 0305299-15.2019.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Robson Luz Varella, j. em 10-8-2021).

ACÓRDÃO

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, DAR PROVIMENTO ao recurso para incluir no polo passivo da ação a pessoa de Jaqueline Gonçalves de Almeida, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida nos autos de Cumprimento de Sentença n. 5019067-24.2020.8.24.0064/SC, em trâmite na 2ª Vara Cível da comarca de São José, que indeferiu o pedido de substituição no polo passivo da sócia Jaqueline Gonçalves de Almeida, em vista da liquidação voluntária da empresa Executada, por entender necessário o ajuizamento da desconsideração da personalidade jurídica (evento 23 dos autos originais).

Em suas razões recursais, sustenta a parte agravante, em síntese, que verificou, após pesquisas, que a empresa foi liquidada voluntariamente e extinta, ficando sob a responsabilidade pelo ativo e passivo superveniente a titular Jaqueline Almeida; buscou a inclusão no polo passivo da titular da empresa liquidada para que responda pelo pagamento do débito de R\$347.049,69; após a liquidação, os sócios poderão ser responsabilizados pelo crédito não satisfeito, nos termos do art. 1.110 do Código Civil.

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo à decisão e, no mérito, que seja promovida a substituição processual com ingresso da ex-sócia na relação para responder pela dívida da empresa, sem necessidade da desconsideração da personalidade jurídica.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (evento 9).

As contrarrazões não foram oferecidas, embora devidamente intimado (eventos 50 e 51).

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso, adianto, deve ser conhecido e dado provimento.

A decisão liminar, alvo do presente agravo de instrumento, está assim fundamentada sendo essencial transcrevê-la:

Postulou a parte exequente a substituição do polo passivo para constar a sócia Jaqueline Gonçalves de Almeida (ev. 20).

Contudo, inviável a substituição do polo passivo pela pessoa da sócia sem o ajuizamento da desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, visto ser pessoa esta estranha ao processo.

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PENHORA DE BENS DE PROPRIEDADE DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL A

EXECUTADA É SÓCIA. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE. INSISTÊNCIA NO PEDIDO DE PENHORA. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE. EMPRESA CUJO PATRIMÔNIO A AGRAVANTE OBJETIVA PENHORAR QUE ADOTOU O TIPO SOCIETÁRIO “EIRELI” - EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. ESPÉCIE SOCIETÁRIA QUE DÁ ORIGEM A UMA NOVA PERSONALIDADE JURÍDICA, DISTINTA DAQUELA ATINENTE À PESSOA NATURAL QUE A CRIOU. EXEGESE DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE CONSTRIÇÃO DOS BENS DA EMPRESA EM EXECUÇÃO POR DÍVIDA CONTRAÍDA PELA PESSOA NATURAL. ACERVOS PATRIMONIAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4023684-76.2019.8.24.0000, de Criciúma, rel. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 09-07-2020, grifei).

Assim, diante da vigência do novo Código de Processo Civil, deve a parte exequente promover o pedido mediante instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 133 e seguintes do citado diploma.

Adverte-se que, no agravo, ao que estabelecido até então no juízo de primeiro grau, não é lícito, sob pena de se suprimir o grau de jurisdição, reapreciar a questão com base no que se estabeleceu *a posteriori* da decisão agravada. **É que a decisão em agravo de instrumento deve retratar, como uma fotografia, se os elementos probatórios e de convicção até então amealhados levam a uma decisão concessiva ou denegatória da pretensão recursal esposada.**

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos ensina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ELEMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS POSTERIORMENTE À DECISÃO AGRAVADA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (Agravo de Instrumento, Nº 70023801996, Décima Terceira Câmara Cível, rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry, j. em 10-4-2008).

Necessário esclarecer, ainda, que “*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 análise de questões não examinadas em primeiro grau, sob pena de supressão de instância*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5003876-63.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. em 6-10-2022).

Aparadas as arestas, passa-se a análise do agravo.

Verifica-se tratar de cumprimento de sentença de conversão de ação monitória em título executivo advindos de compra comercial baseada em notas fiscais que remontam uma dívida na ordem de R\$264.107,83 (duzentos e sessenta e quatro mil, cento e sete reais e oitenta e três centavos).

No curso da execução, a parte agravante vem aos autos informar que a empresa devedora foi liquidada voluntariamente e extinta por distrato devidamente registrado na Junta Comercial do Estado (evento 20, documentação 2, dos autos originais):

EXTINÇÃO DA EMPRESA SHARP VISION COMERCIO OTICO EIRELI



Pelo presente instrumento particular de Extinção de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada:

JAQUELINE GONÇALVES DE ALMEIDA, nacionalidade BRASILEIRA, nascida em 00/09/1986, casada em COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, EMPRESÁRIA, CPF nº 052.808.429-44, CARTEIRA DE IDENTIDADE nº 0382907420091, órgão expedidor SSP - MA, residente e domiciliada(á) no(a) RUA CELSO BAYMA, 220, JD ATLANTICO, FLORIANÓPOLIS, SC, CEP 88095710, BRASIL, titular da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) SHARP VISION COMERCIO OTICO EIRELI, registrada sob NIRE nº 42000079214, CNPJ nº 20.036.292/0001-20, com sede Rua Virgílio Ferreira de Souza, 01, Sala 102, Bairro São José, SC, CEP 88117700 resolve, na melhor forma de direito, por não mais interessar a continuidade da empresa, promover sua extinção mediante as condições e cláusulas seguintes:

1. CLÁUSULA PRIMEIRA - A EIRELI encerra suas atividades a partir do arquivamento no órgão de registros.
2. CLÁUSULA SEGUNDA - Procedida a liquidação o titular recebe o valor de: R\$ 000,00
3. CLÁUSULA TERCEIRA - A responsabilidade pelo ativo e passivo porventura superveniente fica a cargo do titular.
4. CLÁUSULA QUARTA - A boa guarda dos livros e dos documentos é da responsabilidade do titular.

SÃO JOSÉ, 30 de abril de 2020.

Ponto incontroverso que a empresa comercial foi extinta de forma voluntária via distrato social e, por consequência, estipulado que a responsabilidade pelo ativo e passivo existentes ficaria sob a responsabilidade de Jaqueline Gonçalves de Almeida.

Assim, é certo que, com a extinção da empresa por meio de distrato social devidamente registrado, não há sentido de se exigir que a parte credora intente descondição da personalidade jurídica para buscar na pessoa dos sócios a satisfação da dívida da empresa, quando se verifica que ela não mais existe.

Nesses casos, nada impede que seja feito o redirecionamento da ação, por simples petição, aos sócios da empresa dissolvida, continuando a execução contra esses responsáveis pelos débitos contraídos na gestão da empresa.

Nessa toada, “*uma vez dissolvida a sociedade empresária por meio do distrato social, ela deixa de existir juridicamente e, portanto, perde a personalidade jurídica. Trata-se de encerramento regular. Por isso, inaplicáveis as disposições dos arts. 133 e seguintes do CPC, que tratam do incidente de descondição da personalidade jurídica, porquanto, por óbvio, pressupõe a existência desse atributo existencial para ser casuisticamente descondição, para que o efeito de certas obrigações seja estendido aos sócios. Por conseguinte, é de rigor a sucessão processual, com a inclusão dos sócios no polo passivo da ação, tudo em analogia com o art. 110 do CPC, porquanto previsto, no distrato social, que os sócios indicados rateariam despesas da sociedade*” (extração do voto proferido no Agravo de Instrumento n. 0728415-48.2021.8.07.0000, de relatoria da Des. Diva Lucy de Faria Pereira, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, j. em 16-3-2022).

Em somatório:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUES – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – FUNDAMENTAÇÃO, CONTUDO, NA ILEGITIMIDADE PASSIVA, COM CONSIGNAÇÃO DA EXTINÇÃO ALICERÇADA NO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECLAMO DA AUTORA. TESE DE LEGITIMIDADE DOS SÓCIOS PARA FIGURAREM NO POLO PASSIVO DA “ACTIO” ANTE A BAIXA DA EMPRESA – VIABILIDADE – DEMANDA FUNDADA EM TÍTULOS EMITIDOS POR PESSOA JURÍDICA DA QUAL ERAM SÓCIOS OS RÉUS – EXTINÇÃO DO ENTE MORAL E EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA, NO DISTRATO SOCIAL, RESPONSABILIZANDO A COTISTA MARIA RITA GIANIZELLA FABRI PELAS DÍVIDAS REMANESCENTES – ENCERRAMENTO VOLUNTÁRIO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E BAIXA DO RESPECTIVO REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 110 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PENDÊNCIA DE DÉBITOS QUE AUTORIZA A SUBSTITUIÇÃO DA EMPRESA NO POLO PASSIVO DA LIDE PELOS SÓCIOS – ADEMAIS, HIPÓTESE QUE ATRAI A REGRA DO ART. 1.080 DO DIPLOMA CIVILISTA. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1784032, “a extinção da pessoa jurídica se equipara à morte da pessoa natural, prevista no art. 43 do CPC/1973 (art. 110 do CPC/2015), atraindo a sucessão material e processual com os temperamentos próprios do tipo societário e da gradação da responsabilidade pessoal dos sócios. Desse modo, é possível a inclusão/sucessão dos sócios no polo passivo da demanda, em razão da dissolução regular da sociedade devedora, dispensado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (TJSC, Apelação n. 0305299-15.2019.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Robson Luz Varella, j. em 10-8-2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO CONTRA OS EX-SÓCIOS. CABIMENTO. ENCERRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA POR DISTRATO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. Detectada a extinção da pessoa jurídica, na pendência de satisfação de obrigações da sociedade, nosso ordenamento jurídico viabiliza o redirecionamento da execução aos sócios, no limite de suas responsabilidades sociais. Logo, despendida a exigência da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70085516151, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em: 29-04-2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. - PESSOA JURÍDICA. EXTINÇÃO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS. CABIMENTO. A EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, NA PENDÊNCIA DE SATISFAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE, AUTORIZA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS, NO LIMITE DE SUAS RESPONSABILIDADES SOCIAIS; E A MEDIDA NÃO EXIGE A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CIRCUNSTÂNCIA DOS AUTOS EM QUE SE IMPÕE ADMITIR O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DO SÓCIO QUE, NO DISTRATO, ANTE OS DEMAIS SÓCIOS, ASSUMIU A RESPONSABILIDADE PELO ATIVO E PASSIVO DA EMPRESA EXTINTA. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 52292238420218217000, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em: 19-02-2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - REDIRECIONAMENTO - DISTRATO SOCIAL COM PREVISÃO DE RESPONSABILIDADE DO SOCIO EM CASOS DE SURGIMENTO DE ATIVOS E PASSIVOS APÓS O ATO DE ENCERRAMENTO - NEGAR PROVIMENTO. Considerando o encerramento irregular da empresa e a previsão de responsabilidade do sócio em caso de surgimento de ativos ou passivos após o ato, o redirecionamento da execução é plenamente possível. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da REsp 1.371.128-RS, firmou entendimento de que é possível o redirecionamento de dívida não-tributária contra o sócio-gerente da pessoa jurídica executada, independente da existência de dolo. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.193047-4/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Apolinário de Castro (JD Convocado), 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/05/2022).

Destarte, ocorrido o encerramento da empresa via distrato, não há falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas em redirecionamento da ação para os ex-sócios que deverão assumir a responsabilidade pelo pagamento das dívidas existentes, e tendo no distrato sido estipulado que tal obrigação recairia na pessoa de Jaqueline Gonçalves de Almeida, cabe a ela ingressar no polo passivo da execução como forma de garantir o fiel cumprimento das obrigações contraídas quando da gestão empresarial.

Ante o exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso para incluir no polo passivo da ação a pessoa de Jaqueline Gonçalves de Almeida.

Documento eletrônico assinado por **MARCIO ROCHA CARDOSO, Juiz Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2995536v33** e do código CRC **08faa0e7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARCIO ROCHA CARDOSO

Data e Hora: 6/12/2022, às 19:11:30

APELAÇÃO Nº 0332293-13.2015.8.24.0023/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0332293-13.2015.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MARCOS FEY PROBST

APELANTE: FUNDACAO CELESC DE SEGURIDADE SOCIAL

ADVOGADO: RENATO MARCONDES BRINCAS (OAB SC008540)

APELANTE: MR INVESTIMENTOS SA

ADVOGADO: DANILO LINHARES COSTA (OAB SC008346)

ADVOGADO: CESAR D AVILA WINCKLER (OAB SC006681)

RÉU: OS MESMOS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL E RECONVENÇÃO. PLEITO DE RESCISÃO DE AVENÇA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE CLÁUSULAS PENAS COMPENSATÓRIAS. RECONVENÇÃO BUSCANDO PENA CONVENCIONAL MORATÓRIA E INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DA COISA. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DA AUTORA E DA RÉ.

APELAÇÃO DA RÉ E RECONVINTE. 1) AVENTADA NULIDADE DA SENTENÇA POR O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO CONFIGURAR DECISÃO SURPRESA. PRETENSÃO REFERENTE À PENA CONVENCIONAL MORATÓRIA. PLEITO REPARATÓRIO DECORRENTE DE RELAÇÃO CONTRATUAL QUE SE SUBMETE AO PRAZO DECENAL. PERDA DO DIREITO PELO DECURSO DE TEMPO DERRUÍDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA. 2) TESE DE QUE A PRETENSÃO DA REQUERENTE SE SUBMETERIA A PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ASSERTIVA AFASTADA POIS, TAL QUAL A PRETENSÃO DA RECONVINTE, A DA AUTORA IGUALMENTE SE SUBMETE AO INTERREGNO DECENAL. 3) ALEGADA INEXISTÊNCIA DE CAUSA PARA A RESCISÃO. INSUBSISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE AFORAMENTO DEVIDAMENTE ESTIPULADA NO CONTRATO E DESCUMPRIDA APÓS O PRAZO CONCEDIDO PARA A REGULARIZAÇÃO. FATO GERADOR PARA RESOLUÇÃO DO PACTO. SUSTENTADA NECESSIDADE DE INTERPELAÇÃO POR FALTA DE CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL ACERCA DO TÉRMINO INFRUTÍFERO DO PACTO. INADIMPLENTO DE OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DO DOMÍNIO ÚTIL QUE TORNA IMPRESCINDÍVEL O ESTABELECIMENTO DO TÉRMINO DO CONTRATO. INADIMPLÊNCIA QUE, CONTUDO, NÃO PODE SER ATRIBUÍDA EXCLUSIVAMENTE À VENDEDORA. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A REUNIÃO DAS CONDIÇÕES PARA O PROCESSO DE AFORAMENTO ENTRE 2009 E 2011. ATO QUE NÃO SE CONCRETIZOU TAMBÉM PELA RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA DA ADQUIRENTE EM CELEBRAR A RESPECTIVA ESCRITURA PÚBLICA. VENDEDORA QUE, POR SUA VEZ, A PARTIR DE 2011, IGUALMENTE DEIXOU DE ADOTAR PROVIDÊNCIAS CONCRETAS PARA AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO

À QUAL SE VINCULARA. ATRASO NO AFORAMENTO QUE, IMPUTÁVEL ÀS DUAS PARTES, PERMITIU MANIFESTAÇÃO DA UNIÃO, EM 2014, NO SENTIDO DE POSSUIR INTERESSE NA ÁREA. COMPORTAMENTO DESIDIOSO DOS CONTRATANTES, COM INADIMPLEMENTO RECÍPROCO E SUCESSIVO DAS OBRIGAÇÕES RELATIVAS AO AFORAMENTO, QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DA MULTA CONTRATUAL, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADQUIRENTE E DESVIRTUAMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. BOA-FÉ OBJETIVA QUE CONDICIONA, DENTRE OUTROS DEVERES, A ATUAÇÃO DOS CONTRATANTES. NECESSÁRIO AFASTAMENTO DA PENALIDADE CONTRATUAL. PROVIMENTO NO PARTICULAR. PRETENDIDA CONDENAÇÃO DA RECONVINDA AO PAGAMENTO DE ENCARGOS MORATÓRIOS DECORRENTE DO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL DADO COMO PARTE DO PAGAMENTO. BEM QUE DEVERIA SER ENTREGUE COM A ASSINATURA DO CONTRATO, MAS O FOI QUASE UM ANO E MEIO DEPOIS. INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA TERCEIRA. REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAR A RECONVINDA AO PAGAMENTO DE MULTA DE 2%, JUROS DE 1% E HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE 10% SOBRE R\$ 3.550.000,00, TUDO ACRESCIDO DE CORREÇÃO MONETÁRIA (IGP-M - ÍNDICE DEFINIDO NO CONTRATO), DESDE 1º/6/2009 ATÉ 23/12/2010, SEM PREJUÍZO DA APURAÇÃO DE ALUGUÉIS PELO REFERIDO PERÍODO DE ATRASO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA.

APELAÇÃO DA REQUERENTE E RECONVINDA. 1) CLÁUSULA PENAL ATINENTE A VALORES DESTINADOS AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO CONTRATADO PARA O PATROCÍNIO DA DEMANDA. CABIMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL DE REPARAÇÃO A PREJUÍZO PELA NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL. ESTIPULAÇÃO QUE ENCONTRA AMPARO NA LIBERDADE DE CONTRATAR. VERBA QUE PERTENCE AO CONTRATANTE E QUE, ASSIM, NÃO SE CONFUNDE COM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. TODAVIA, INAPLICÁVEL À ESPÉCIE DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE DOS CONTRATANTES PARA O INADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. 2) INDENIZAÇÃO PELA OCUPAÇÃO DO BEM OBJETO DA COMPRA E VENDA. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PLEITO QUE SE ENCONTRA PRESENTE NA PETIÇÃO INICIAL. ARGUMENTO DE QUE REPARAÇÃO SERIA INDEVIDA, ATÉ PORQUE NÃO OCUPARA A COISA. ACOLHIMENTO PARCIAL. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA DE QUE, RESOLVIDO O CONTRATO, A OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELA COMPRADORA RESULTARIA EM INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE À LOCAÇÃO NO PERÍODO, COMO FORMA DE VEDAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE QUE USUFRUIU DO IMÓVEL NO DECORRER DA RELAÇÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE, TODAVIA, DE PROCEDER-SE AO ABATIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS PELA CONTRATADA A TÍTULO DE ALUGUEL AO LONGO DA RELAÇÃO CONTRATUAL.

SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS.

HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

ACÓRDÃO

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 ambos os recursos de apelação, dando-lhes parcial provimento, para (i) na ação principal, declarar rescindido o contrato por culpa concorrente das partes contratantes, devendo a ré restituir os valores recebidos da parte autora (R\$ 17.050.000,00), acrescido de correção monetária (IGP-M) desde 1º/6/2009 até 17/12/2015, resultado sobre o qual, a partir de então, passará a incidir o INPC e juros de 1% ao mês a partir da citação; (ii) na reconvenção, afastar a prescrição do direito da reconvincente e condenar a autora/reconvincente ao pagamento de multa de 2%, juros de 1% ao mês e honorários de 10% sobre R\$ 3.550.000,00, tudo acrescido de correção monetária (IGP-M), desde 1º/6/2009 até 23/12/2010, resultado sobre o qual, a partir da reconvenção, passará a incidir o INPC e juros de mora de 1% ao mês, sem prejuízo da fixação de aluguéis pelo período de atraso no cumprimento da referida obrigação (obrigação de transferência da posse e propriedade das áreas da loja localizada à Rua Nereu Ramos, objeto integrante das matrículas nº 53.777 e nº 53.778, ambas situadas no Edifício Centro Executivo Belo Empresarial), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Por refletir com fidelidade o trâmite na origem, adoto o relatório da sentença (**evento 40, SENT57**, origem):

Fundação Celesc de Seguridade Social – CELOS ajuizou a presente ação constitutiva e condenatória em face de MR Investimentos S.A., aduzindo que celebrou com a ré compromisso de compra e venda com permuta de imóveis, que envolvia a transferência de título de posse e domínio útil de imóvel situado em terreno de marinha. O objeto do contrato diz respeito ao edifício Centro Empresarial Celia Couto Daux, localizado na Avenida Irineu Bornhausen e que o preço total do negócio foi fixado em R\$ 18.400.000,00. Que como parte do pagamento deu um imóvel de sua propriedade, localizado no Centro Executivo Belo Empresarial, avaliado em R\$ 3.550.000,00, além de ter efetuado o pagamento da importância de R\$ 5.000.000,00 no ato de assinatura do contrato, além de outras duas parcelas mensais, a primeira no valor de R\$ 5.000.000,00 e a segunda no valor de R\$ 3.500.000,00. Menciona que o valor remanescente de R\$ 1.350.000,00 seria pago após a transferência do aforamento do imóvel, o que acabou não se concretizando por culpa da ré. Também discorreu sobre os prejuízos advindos do insucesso do negócio, em especial a falta de pagamento dos aluguéis acordados com a ré, bem como o adimplemento substancial do negócio, requerendo, ao final, a resolução do contrato, com a devolução dos valores pagos e condenação da ré ao pagamento da multa prevista em contrato, além do pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízos dos honorários de sucumbência. Valorou a causa e juntou documentos (pág. 20-136).

Citada, a ré apresentou resposta em forma de contestação (pág. 161-89), alegando, inicialmente, a ocorrência da prescrição e, no mérito, sustentou que o contrato celebrado com a autora previa tão somente a transferência da posse e não do domínio útil, além de mencionar que a obtenção do aforamento não consistiu em condição resolutiva do contrato, não havendo que falar em mora da sua parte. Em seguida, defendeu o adimplemento substancial que inviabiliza a rescisão contratual pretendida na exordial, requerendo, em resumo, a improcedência dos pedidos. Em seguida, formulou pedido reconventional para devolução do objeto do contrato em caso de

rescisão do negócio e a condenação da autora ao pagamento de valores correspondentes à soma dos aluguéis mensais do imóvel, relativos ao tempo de vigência da contratualidade, além daqueles referentes à utilização do imóvel, como taxas de condomínio, IPTU, entre outros.

Houve réplica, mesma ocasião em que a autora/reconvinda apresentou resposta à reconvenção, pugnando pela sua improcedência (pág. 237-43).

Sobreveio o seguinte dispositivo:

Ante o exposto:

(i) julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Fundação Celesc de Seguridade Social – CELOS em face de MR Investimentos S.A. para (i.a) declarar rescindido o contrato de compromisso de compra e venda com permuta de imóveis celebrado entre as partes; (i.b) condenar a ré à restituição dos valores pagos pela autora, em parcela única, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, conforme previsto no contrato (cláusula décima nona, parágrafo terceiro), cujos valores deverão ser corrigidos pelo índice previsto no contrato (IGP-M) desde o efetivo desembolso e acrescidos de juros de mora a contar da citação (i.c) condenar a ré ao pagamento em favor da autora da multa contratual prevista na cláusula décima nona do contrato, no valor de 12,5% (doze vírgula cinco por cento) do valor do contrato;

(ii) julgo parcialmente procedente a reconvenção deduzida por MR Investimentos S.A. em face de Fundação Celesc de Seguridade Social – CELOS tão somente para (ii.a) condenar a autora/reconvinda ao pagamento em favor da ré/reconvinte ao pagamento dos aluguéis referente ao período de ocupação do imóvel até a data da efetiva desocupação, bem como aos valores decorrentes da ocupação (taxas condominiais, IPTU, luz e água) que estejam em aberto, ressalvada a possibilidade de compensação, cujos valores serão apurados em fase de liquidação de sentença; e (ii.b) reconhecer a prescrição da pretensão de cobrança dos encargos decorrentes do atraso na transferência do imóvel identificado no item 1.1 do contrato, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil.

Outrossim, resolvo o mérito das causas na forma art. 487, I e II, do Código de Processo Civil.

Como corolário lógico da resolução contratual e a devolução dos valores pagos pela adquirente, imperiosa a reintegração da posse do imóvel pela vendedora, que fica condicionada à restituição integral dos valores desembolsados pela autora.

Ante a sucumbência recíproca, as despesas processuais serão rateadas na proporção de 20% (vinte por cento) pela parte autora e 80% (oitenta por cento) Fixo os honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) do valor da causa, cabendo ao procurador da parte autora 80% (oitenta por cento) de tal montante e ao procurador da parte ré o percentual restante, o que faço com fulcro no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, valores compreendem as duas demandas. Ressalto que não há que se falar em compensação, eis que vedada pelo art. 85, § 14 do Código de Processo Civil e que honorários de sucumbência pertencem aos advogados e não as partes, conforme art. 23 da Lei n. 8.906/94.

Ambas as partes interpuseram embargos de declaração (eventos 43 e 44), conhecidos e rejeitados conjuntamente pela Magistrada de origem (**evento 51, SENT67**).

Irresignada, a parte autora interpôs apelação (**evento 56, APELAÇÃO71**, origem).

Em suas razões, sustenta que: (i) a requerida deveria ter sido condenada ao pagamento dos honorários advocatícios acertados na cláusula vigésima; (ii) como é verba que não se confunde com os honorários sucumbenciais, o deferimento desta não impede o daquela, devendo ser arbitrada a quantia de 10% do total da condenação; (iii) diferentemente do que ficou entendido na sentença, a demandada não fez pedido de condenação da demandante ao pagamento de aluguéis e demais encargos, como decorrência da mora, em relação ao imóvel objeto da compra e venda, mas, isto sim, apenas daquele que esta entregou àquela como parte do pagamento; (iv) com a condenação da autora ao pagamento de alugueres pela fruição do imóvel comprado, a sentença revelou-se *extra petita*, devendo ser parcialmente anulada; (v) não fosse isso, o *decisum* deveria ser reformado, haja vista que a cláusula contratual que o amparou tem como pressuposto a ocupação do bem pela compradora, que não ocorreu; (vi) não pode utilizar o imóvel justamente pela irregularidade do aforamento, já que o prédio, que seria locado à União, não foi alugado, pois o ente público não reconhecia o direito da ré; (vii) assim, «o imóvel foi locado sem que a remuneração correspondente fosse repassada à apelante, acarretando evidentes prejuízos»; (viii) a sucumbência deve ser redistribuída, arbitrando-se verbas separadas levando-se em consideração a ação e respectiva reconvenção.

Nestes termos, requer, preliminarmente, a anulação parcial da sentença; no mérito, o provimento da espécie.

Também inconformada, a parte ré interpôs apelação (**evento 58, APELAÇÃO75**, origem).

Em suas razões, alega que: (i) a demanda está prescrita, já que se está diante de pretensão de reparação contra o enriquecimento sem causa, cujo termo inicial foi a data do inadimplemento da obrigação que dá base aos argumentos da autora, isto é, “em 31/05/2011, quando teria se esgotado o prazo para obtenção do aforamento”; (ii) “desde o início das tratativas havidas entre as partes para a assinatura do contrato em referência, a Apelada sempre soube encontrar-se o imóvel em área de marinha, também sabendo que seria necessária a posterior obtenção do aforamento junto à Secretaria do Patrimônio da União”; (iii) o objeto do negócio foi a entrega apenas da posse do empreendimento, o que a demandante recebeu, não o domínio útil; (iv) “a Apelante, sendo mera possuidora do terreno, efetivamente transferiu a sua posse à Apelada, juntamente com a venda das unidades descritas no Quadro IV do contrato, correspondentes a 100% do empreendimento edificado sobre o terreno”; (v) inexistente previsão contratual de entrega do domínio útil; (vi) “no §2º da Cláusula 7ª do contrato – fl. 201 – as partes pactuaram qual seria a consequência no caso de não terem êxito no intento de obtenção do aforamento do terreno no prazo de 24 meses, estipulando que a penalidade cabível seria o pagamento pela Apelante à Apelada de uma multa de 10% sobre o valor do contrato, o que afasta a hipótese de o tal inadimplemento servir como condição resolutive do contrato”; (vii) “trata-se, evidentemente, de cláusula punitiva e não resolutive”; (viii) no item contratual que disciplinou a resolução da avença, não se fez referência à falta de obtenção do aforamento como um dos autorizadores do encerramento do pacto, justamente porque previram pena mais branda; (ix) não é possível, portanto, a rescisão do contrato pela não obtenção do aforamento; (x) “não havendo cláusula resolutive expressa no contrato em discussão, deveria ter prevalecido a regra do art. 474 do C.Civil, que obrigava que a Apelada tivesse procedido à interpelação judicial da Apelante acerca do alegado inadimplemento, o que não ocorreu”; (xi) com isso, a relação jurídica deveria ser resolvida em perdas e danos (CC, art.

439), descabendo a resolução (CC, art. 475); (xii) “*a Apelante nunca prometeu à Apelada que obteria o aforamento do imóvel. Comprometeu-se, isto sim, a assumir ‘...os encargos relativos às providências burocráticas necessárias à conclusão do processo de Aforamento’, o que foi cumprido*”; (xiii) “*a Apelante adotou todos os procedimentos que lhe cabiam para dar prosseguimento no processo de obtenção do aforamento junto à SPU, sendo desta a culpa pelo atraso do aforamento*”; (xiv) “*houve o adimplemento substancial do contrato, na medida em que a Apelante cumpriu sua obrigação de entregar à Apelada o imóvel negociado*”; (xv) como a demora na obtenção do aforamento resulta de ato da Secretaria de Patrimônio da União, não pode ser responsabilizada pelo pagamento de multa contratual, pois não é fato imputável a si; (xvi) de todo modo, a penalidade seria incabível sob pena de o mesmo fato (não entrega do aforamento), resultar em duas punições: a rescisão do pacto e a multa; (xvii) sucessivamente, caso mantida a rescisão, a correção monetária sobre as quantias pagas pela autora deve incidir apenas a partir de quando foi constituída em mora, não desde o desembolso; (xviii) o pedido para condenar a reconvinda ao pagamento dos consectários decorrentes da inadimplência na transferência do imóvel permutado não está prescrito, o que não poderia ser decidido de ofício; (xix) ficou configurada decisão surpresa, motivo de nulidade da sentença; e (xx) a distribuição da sucumbência não foi equânime com o resultado do julgamento.

Nestes termos, requer, preliminarmente, a nulidade da sentença; no mérito, o provimento da espécie.

Apresentadas contrarrazões (**evento 64, PET83**, origem).

Inicialmente o processo fora pautado para a sessão de 30/6/2020, tendo a eminente Relatora, Desembargadora Denise Volpato, adiado para a sessão presencial por videoconferência de 11/8/2020, diante da existência de falhas no regular acesso à internet pelo advogado da autora/reconvinda, quando do julgamento (**evento 21, CERT6**).

Em seguida, a eminente Desembargadora relatora despachou determinando a intimação da União para manifestação nos autos de eventual interesse no feito (**evento 24, DECMONO7**). Em resposta, a Advocacia-Geral da União manifestou seu desinteresse frente ao estado do processo, já em segunda instância de julgamento (**evento 36, PET13**).

Frente ao pedido formulado pela parte ré/reconvinte, fora o feito remetido para o Núcleo de Conciliação deste Tribunal de Justiça (**evento 40, ATOORD1**), sem lograr êxito.

Em 4/7/2022, oportou nos autos petição da autora/reconvinda comunicando que tomou ciência “*do inteiro teor do termo de audiência exarado nos autos n. 5038894-07.2021.4.04.7200 – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA*”, no qual a União pleiteia a imissão de posse do edifício Célia Couto Daux (o mesmo objeto do presente feito), tendo esta, inclusive, já depositado a importância de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) em conta vinculada ao Juízo, para eventual indenização das benfeitorias constantes do imóvel (**evento 60, PET1**).

Já como relator dos autos, determinei a intimação da ré MR INVESTIMENTOS S/A. para se manifestar nos autos em relação à petição de evento 60, assim como ambas as partes “*para que, no prazo comum de 15 dias, querendo, manifestem-se circunstanciadamente sobre a existência de*

unidades imobiliárias locadas no empreendimento objeto da demanda para outro locatário que não a Advocacia Geral da União, inclusive juntando, se for o caso, cópia do contrato de locação e prestando informações sobre eventuais valores recebidos a esse título.” (evento 65, DESPADEC1). Sobrevieram as respostas das partes autora/reconvinda (evento 72, PET1) e ré/reconvinte (evento 73, PET1).

Desnecessário o envio à Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

1. Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos.

2. Recurso da ré/reconvinte

2.1. Alega a ré/reconvinte que a sentença seria nula ao reconhecer que seu direito indenizatório prescrevera, sem que a parte adversa tivesse levantado esse questionamento. Haveria afronta, com isso, à vedação do julgamento surpresa.

Não se acolhe a alegação, porque a decisão meritória sobre a prescrição favorecerá a requerida, situação em que “*o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*” (art. 282, § 2º, do CPC).

Efetivamente, na sentença, a Magistrada definiu estar prescrita a pretensão reparatória da reconvinte, inerente à indenização pelo atraso, pela reconvinda, na entrega do bem dado em pagamento, porquanto teriam transcorrido mais de três anos entre a data da violação do direito e o exercício do pedido, que estaria fundamentado na vedação do enriquecimento sem causa.

A pretensão, todavia, traz como fundamento a responsabilidade contratual, isto é, diz a reconvinte que a reconvinda lhe deveria valores, atinentes a encargos contratuais e locatícios, pela mora em entregar o imóvel dado como parte do pagamento.

Diante de situações assim, a prescrição não se revela, pois, de acordo com a jurisprudência da Corte Superior, “*nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/2002) que prevê 10 (dez) anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002, com prazo de 3 (três) anos*” (AgInt no AREsp n. 2.067.780/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/6/2022, DJe de 15/6/2022.).

Desta Câmara Julgadora, colaciono:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL C/CPERDASE DANOS. CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO RÉU.

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INACOLHIMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL QUE SE SUBMETE AO PRAZO DECENAL (ART. 205 DO CC). CONTAGEM QUE SE INICIA COM A INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL. LAPSO PRESCRICIONAL NÃO ESCOADO. II) CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO. AVENTADA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL A FIM DE COMPROVAR O ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. INSUBSISTÊNCIA. PARTE QUE, MESMO INTIMADA DUAS VEZES PARA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS, REITEROU O PEDIDO GENÉRICO VERTIDO NA PEÇA DE DEFESA. AVENTADA PREJUDICIALIDADE EXTERNA. INEXISTÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO APÓS A PROPOSITURA DA PRESENTE DEMANDA. SUSPENSÃO DO PROCESSO INAPLICÁVEL.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0010653-36.2013.8.24.0075, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 14-09-2021).

Destarte, não se acolhe a alegada nulidade, mas fica afastada a prescrição da pretensão da reconvincente, que será analisada mais à frente neste voto.

2.2. Segundo defende a ré/reconvincente, a pretensão da autora está prescrita.

Desprovê-se o ponto recursal, pois, tal qual se deu no tópico anterior, há de ser reconhecido que se está diante de responsabilidade contratual, que tem prazo prescricional decenal.

Afinal, na demanda, além dos pedidos condenatórios, a demandante busca o desfazimento do negócio jurídico, tendo os pedidos ressarcitórios e indenizatórios caráter consequencial.

Nesse contexto, a discussão proposta pela requerente é o rompimento de um vínculo contratual, razão pela qual o pedido secundário - reparatório - deve obedecer o mesmo prazo prescricional do pleito principal, qual seja, o de dez anos, haja vista a ausência de previsão legislativa específica para o tema (art. 205 do CC).

Em situação similar, firmou-se o seguinte entendimento na Corte da Cidadania:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DISSENSO CARACTERIZADO. PRAZO PRESCRICIONAL INCIDENTE SOBRE A PRETENSÃO DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. SUBSUNÇÃO À REGRA GERAL DO ART. 205, DO CÓDIGO CIVIL, SALVO EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA DE PRAZO DIFERENCIADO. CASO CONCRETO QUE SE SUJEITA AO DISPOSTO NO ART. 205 DO DIPLOMA CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

I - Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência tem como finalidade precípua a uniformização de teses jurídicas divergentes, o que, in casu, consiste em definir o prazo prescricional incidente sobre os casos de responsabilidade civil contratual.

II - A prescrição, enquanto corolário da segurança jurídica, constitui, de certo modo, regra restritiva de direitos, não podendo assim comportar interpretação ampliativa das balizas fixadas pelo legislador.

III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão 'reparação civil' empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual.

IV - Corrobora com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico.

V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento do pactuado.

VI - Versando o presente caso sobre responsabilidade civil decorrente de possível descumprimento de contrato de compra e venda e prestação de serviço entre empresas, está sujeito à prescrição decenal (art. 205, do Código Civil). Embargos de divergência providos” (EREsp 1281594/SP, Min. Felix Fischer) [sem grifo no original]. No julgamento do mencionado Embargo de Divergência em Recurso Especial, explicou o Min. relator do acórdão Felix Fischer:

“Sob outro enfoque, o contrato e seu cumprimento constituem regime principal, ao qual segue o dever de indenizar, de caráter nitidamente acessório. A obrigação de indenizar assume na hipótese caráter acessório, pois advém do descumprimento de uma obrigação principal anterior. Nesse raciocínio, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução específica da obrigação, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista outro prazo específico), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo às perdas e danos advindas do descumprimento de tal obrigação pactuada, sob pena de manifesta incongruência, reforçando assim a inaplicabilidade ao caso de responsabilidade contratual o art. 206, § 3º, V, do Código Civil” [sem grifo no original].

Corroborando o aludido entendimento, assim este Órgão Fracionário já enfrentou a questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PERMUTA DE TERRENO POR ÁREA A SER CONSTRUÍDA. INTERLOCUTÓRIO QUE, DENTRE OUTRAS PROVIDÊNCIAS, AFASTOU AS PREJUDICIAIS DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA, BEM ASSIM INDEFERIU O PEDIDO DE REMESSA DE OFÍCIO AO MUNICÍPIO. RECURSO DA RÉ. ALEGADO DESACERTO DA DECISÃO OBJURGADA. INSUBSISTÊNCIA. 1) PRETENSÃO QUE DIZ RESPEITO AO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E À RESCISÃO DO CONTRATO. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. EXEGESE DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. [...]. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5035385-80.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 20-04-2021).]

.....

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM EMPREENDIMENTO AINDA NÃO EDIFICADO. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL, EX VI DO ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL. CONTAGEM QUE SE INICIA A PARTIR DA INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL.

DEMANDA PROPOSTA ANTES DO TRANSCURSO DO PRAZO LEGAL. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. PRELIMINAR AFASTADA. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0311117-45.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 30-06-2020).

Destarte, não se acolhe o argumento de que teria decorrido a prescrição trienal, por enfrentar-se pretensão para evitar o enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inc. IV, do CC), já que o referido pedido decorre de relação contratual pré-existente, devendo ser aplicado ao caso o disposto no art. 205 do Código Civil.

Deste modo, tendo a presente demanda como origem suposto inadimplemento contratual, cuja violação ocorrera havia menos de 10 anos ao tempo do ajuizamento, inexistente prescrição, porquanto não decorrido o decênio legal.

2.3. A requerida sustenta que a avença comercial estabeleceu tão somente a entrega da *posse* do bem, não seu *domínio útil* (*aforamento*). Alega, ainda, a existência do adimplemento substancial ou a necessidade de converter a obrigação em perdas e danos a fim de impedir o rompimento do vínculo jurídico.

Sem razão a ré.

Inicialmente, por mais que a ré alegue que não se obrigara a entregar o domínio útil do empreendimento, não é isso o que a leitura das cláusulas contratuais permite inferir.

Destaca-se, de antemão, que a autora comprou da ré um imóvel em que edificado um centro comercial, no ano de 2009, por R\$ 18.400.000,00. Desta quantia, ela adimpliu R\$ 17.050.000,00, faltando uma única parcela de R\$ 1.350.000,00, que seria quitada após finalização do procedimento para regularizar o aforamento do bem, já que fica em terreno de marinha.

No que interessa ao deslinde do feito, assim dispôs a avença:

QUADRO VII - PREÇO E FORMA DE PAGAMENTO

[...]

2 - PARCELAS MENSAIS - APÓS A ASSINATURA DO CONTRATO

[...]

2.3 - Em data posterior, ainda não definida, quando da conclusão do processo de obtenção do aforamento do referido empreendimento, objeto deste instrumento, assim como o respectivo registro do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Florianópolis, a quantia de R\$ 1.350.000,00 [...].

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO TERRENO/DA PROPRIEDADE/DO EMPREENDIMENTO

A PROMITENTE VENDEDORA declara que é legítima e exclusiva possuidora do referido imóvel objeto do presente instrumento, constante de um terreno com área de 960,00m², situado na Av. Irineu Bornhausen, 5012, Florianópolis, matriculado no 1º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Florianópolis/SC . [...].

CLÁUSULA SEXTA - DA TRANSFERÊNCIA DEFINITIVA DO IMÓVEL

A escritura definitiva de compra e venda do imóvel aqui contratado será outorgada para o nome da PROMITENTE COMPRADORA no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da averbação da obra no respectivo Ofício de Registro de Imóveis desta capital e mediante quitação total do (quadro VI) preço e forma de pagamento, correndo por conta da PROMITENTE COMPRADORA todas as despesas necessárias à transferência e escrituração, exceto as despesas de aforamento, que têm regramento no parágrafo primeiro da cláusula sétima deste instrumento.

CLÁUSULA SÉTIMA - DAS DESPESAS PARA A TRANSMISSÃO DO IMÓVEL

Correrão por conta exclusiva da PROMITENTE COMPRADORA todas as despesas relativas à escritura pública do objeto deste contrato, tais como ITBI, Laudêmio, Fundo de Reaparelhamento do Judiciário, taxas e emolumentos, averbações, transcrição imobiliária, Escritura Pública de Confissão de Dívida, se for o caso, e outras custas que houver referentes à transmissão da(s) propriedade(s).

Parágrafo primeiro. As despesas de aforamento do imóvel junto aos órgãos públicos competentes serão suportadas inteiramente pela PROMITENTE COMPRADORA até o limite de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); a parte das despesas de aforamento que ultrapassar o referido valor será suportada inteiramente pela PROMITENTE VENDEDORA, a quem caberá também os encargos relativos às providências burocráticas necessárias à conclusão do processo de aforamento.

Parágrafo Segundo. O prazo para conclusão do processo de Aforamento juntos aos órgãos públicos competentes é de 24 (vinte e quatro) meses contados da data de assinatura do presente instrumento, sob pena de ultrapassado esse prazo, a PROMITENTE VENDEDORA ser penalizada com o pagamento de multa de 10% (dez por cento) do valor deste contrato.

Parágrafo Terceiro. (...)

É impossível fazer outra leitura dessas cláusulas contratuais senão a de que a obrigação da requerida era entregar a *posse* e o *domínio útil* do bem à requerente.

Essa compreensão já advém desde o quadro resumo, quando se estabeleceu que uma das parcelas do preço somente seria quitada quando da conclusão do processo para obtenção do *aforamento*. A redação dá a entender, sem dúvida, que a regularização do domínio útil era certa, somente demandaria tempo. Não à toa, no Parágrafo Primeiro da Cláusula Sétima, discorreu-se que existiriam apenas meras pendências burocráticas a serem resolvidas. Aliás, não fosse assim, poderia ser compreendido que os R\$ 1.350.000,00 a serem quitados após a regularização do aforamento não precisariam ser pagos, sem que tal interpretação adquira lógica frente ao conjunto de direitos e deveres estabelecidos pelas partes no instrumento contratual.

As Cláusulas Sexta e Sétima, por sua vez, ao tratarem da necessidade de lavratura de escritura pública, afastam qualquer possibilidade de que tenha sido negociada apenas a *posse* do bem. Primeiro porque, para a transmissão da mera *posse*, a escritura pública não seria necessária; segundo porquanto esses ajustes mencionam expressamente a transferência de propriedade; e, terceiro, uma vez que fizeram referência expressa ao *laudêmio* e *aforamento*. Não fosse de interesse dos contratantes negociar o domínio útil, certamente nada disso teria sido tratado no contrato.

Em publicação específica sobre o tema da enfiteuse (aforamento), o Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB) é claro ao dispor que “A enfiteuse, também denominada aforamento ou empraçamento, é o negócio jurídico pelo qual o proprietário (senhorio) transfere ao adquirente (enfiteuta), em caráter perpétuo, o domínio útil, a posse direta, o uso, o gozo e o direito de disposição sobre bem imóvel, mediante o pagamento de renda anual (foro).” (*Enfiteuse - Aforamento ou Empraçamento*. São Paulo: IRIB, 2012. p. 9).

Nesse contexto, a negociação de imóvel semelhante ao objeto do contrato ora em análise normalmente envolve a propriedade como um todo, ou, no caso dos terrenos de marinha, o *domínio útil* através do aforamento (*enfiteuse*). Se fosse para negociar somente a posse, os termos contratuais deveriam ser muito mais específicos, delimitando com exatidão que somente isso estava sendo negociado. Na espécie, todavia, a única passagem no contrato que poderia fundamentar o argumento da vendedora é a da Cláusula Primeira, em que ela se intitulou “*legítima possuidora*”. Todavia, todas as demais disposições convencionais demonstram que não foi a posse o único direito negociado, mas também o domínio útil.

Importa registrar, ainda, lição de Arnaldo Rizzardo no sentido de que “Ao direito do enfiteuta se empresta o nome de domínio útil, pelo que lhe é atribuído o direito de usufruir do bem do modo que mais lhe convier; quanto ao Domínio direto, que é comandado pelo senhorio, recai sobre a substância do imóvel, afastadas as utilidades, já que são objeto do direito do enfiteuta.” (*Direito das Coisas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 864). Daí que a simples posse, no caso da construção de edifício de grande porte no mencionado terreno, de pouco valeria à contratante, justamente frente à necessidade de estabelecer-se o direito ao domínio útil do bem, para usufruir do terreno e, principalmente, das suas benfeitorias (especialmente do potencial de auferir aluguéis pela locação das salas comerciais em área nobre da cidade - em região muito próxima à OAB, à Justiça Federal, ao Ministério Público Federal e à Polícia Federal).

Com isso, é justamente pela *pacta sunt servanda*, tão ferrenhamente brandida pela demandada, que há de se reconhecer que o objeto do contrato era a entrega da posse e do domínio útil do imóvel.

2.4. A ré sustenta, ainda, que em 2009, conforme provam os e-mails juntados aos autos, teria convocado a contratante para celebrar a escritura pública de transferência de direitos, essencial para a formalização do pedido de aforamento junto à Secretaria do Patrimônio da União (SPU), tendo inclusive quitado o valor de R\$ 1,56 milhões a título de laudêmio. Conclui, assim, que a inexistência do aforamento decorreu da inércia da parte contratante, pois teria providenciado todas as condições burocráticas para o andamento do processo de aforamento, dentro do prazo previsto pela Cláusula Sétima do contrato.

Com parcial razão a apelante MR INVESTIMENTOS S/A.

A controvérsia gira em torno do alegado inadimplemento contratual decorrente do descumprimento da previsão constante na Cláusula Sétima do contrato, que estabeleceu o prazo de 24 meses para a conclusão do aforamento do imóvel objeto do negócio jurídico. Cita-se, pela relevância, novamente o dispositivo contratual:

CLÁUSULA SÉTIMA - DAS DESPESAS PARA A TRANSMISSÃO DO IMÓVEL

Correrão por conta exclusiva da PROMITENTE COMPRADORA todas as despesas relativas à escritura pública do objeto deste contrato, tais como ITBI, Laudêmio, Fundo de Reaparelhamento do Judiciário, taxas e emolumentos, averbações, transcrição imobiliária, Escritura Pública de Confissão de Dívida, se for o caso, e outras custas que houver referentes à transmissão da(s) propriedade(s).

Parágrafo primeiro. As despesas de aforamento do imóvel junto aos órgãos públicos competentes serão suportadas inteiramente pela PROMITENTE COMPRADORA até o limite de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); a parte das despesas de aforamento que ultrapassar o referido valor será suportada inteiramente pela PROMITENTE VENDEDORA, a quem caberá também os encargos relativos às providências burocráticas necessárias à conclusão do processo de aforamento.

Parágrafo Segundo. O prazo para conclusão do processo de Aforamento juntos aos órgãos públicos competentes é de 24 (vinte e quatro) meses contados da data de assinatura do presente instrumento, sob pena de ultrapassado esse prazo, a PROMITENTE VENDEDORA ser penalizada com o pagamento de multa de 10% (dez por cento) do valor deste contrato.

Parágrafo Terceiro. (...)

Aduz a inicial que a contratada MR INVESTIMENTOS não deu cumprimento à referida obrigação e que tal bem é objeto de questionamento judicial pela União, diante de vícios nos documentos que deram origem ao título de ocupação do imóvel em nome da ré, situação que ensejou, inclusive, a afetação do bem pelo interesse de utilização pela Advocacia-Geral da União. Conclui a autora em sua peça vestibular (**evento 1, PET1**):

“40. O parágrafo segundo da cláusula sétima do pacto ora tratado traz em sua redação, de forma bastante clara, o prazo para cumprimento da obrigação de transferência do domínio útil da ré para a autora: 24 meses a contar da assinatura do contrato.

41. Esse prazo, destarte, transcorreu no dia 1º de junho de 2011, isto é, há mais de 04 (quatro) anos. A ré, apesar disso, não cumpriu sua obrigação.

42. Atualmente, contudo, a situação afigura-se bastante mais definida, e interessa à autora fazer uso de seu direito de resolução do contrato por inadimplemento, já que o prazo estabelecido na avença foi desrespeitado pela ré.

43. Vencido o prazo acordado, não subsiste controvérsia quanto ao inadimplemento perpetrado pela ré, posto que os direitos sobre o bem imóvel não foram corretamente transferidos.”

Por sua vez, a ré alegou em sede de contestação que deu cumprimento às suas obrigações contratuais, especialmente de providenciar toda a burocracia necessária à conclusão do processo de aforamento. Ainda, defende a ré que a autora impôs resistência indevida em 2009 e 2010 quando da existência das condições de formalização do aforamento em nome da FUNDAÇÃO CELOS, conforme provam os e-mails tratados entre os representantes das partes contratantes. Conclui a ré nos seguintes termos (**evento 32, PET43**):

“Se, até hoje, a escritura referente à transação imobiliária havida entre as partes não foi lavrada, culpa alguma cabe à Requerida.

As diversas trocas de e-mails realizadas entre a Requerida e a Autora, desde a data de assinatura do Contrato (em 01.06.2009), demonstram que a Requerida vem tentando chegar a consenso com a Requerente acerca do disposto na Escritura Pública em comento, contudo sem sucesso.

Aliás, oportuno esclarecer, que o real motivo para que a Autora ainda não tenha assinado o Termo de Transferência de Ocupação é a sua insistência em estipular, na Escritura Pública, assuntos que não foram, em momento algum, alvo de discussão ou estipulação contratual.

É que a Autora, em todas as tratativas, sempre insistiu em colocar na Escritura Pública a existência do “Processo nº 2002.72.0012535-3/SC, de autoria da UNIÃO FEDERAL, que tramita na Vara da Justiça Federal da 4ª Região - Florianópolis/SC.”.

Vê-se, assim, que uma parte imputa à outra responsabilidade pela não conclusão do processo de aforamento no prazo acordado na Cláusula Sétima do contrato.

Analisando com atenção o caderno processual e a cronologia dos fatos, parece-me que a solução dada pela Magistrada de origem não se mostra adequada e justa. Isso porque, de fato, a ré juntou à contestação elementos firmes no sentido da aparente existência de condições para a formalização do processo de aforamento em nome da contratante FUNDAÇÃO CELOS, iniciando-se com a lavratura da escritura pública de transmissão de direitos sobre o imóvel, nos moldes do próprio contrato celebrado.

No caso, é fato incontroverso que nos anos de 2009 e 2010, data em que a ré procurou a FUNDAÇÃO CELOS para proceder à formalização da escritura pública em questão, a MR INVESTIMENTOS detinha direito de ocupação sobre o terrenos de marinha, conforme documentos juntados aos autos (**evento 32, INF48**):



MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO
GERÊNCIA REGIONAL DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO EM SANTA CATARINA



PROCESSO Nº 04972-003262/09

ASSUNTO: Constituição de Aforamento.

1. Pelo presente às fls. 60 é requerida a Constituição do Aforamento do imóvel situado à Av. Governador Irineu Bornhausen, 5012, Agronômica, nesta Capital, sob RIP 8105.0103090-30.

2. Em análise ao pedido verifica-se que o imóvel em questão foi inscrito inicialmente em 07/04/2008, em nome de Fabiola Sbruzzi e outro, conforme consta às fls. 27/28 do presente. E, que por sua vez os antecessores do requerente vem **ocupando o imóvel desde 1970** conforme comprovado nos autos às fls. 03, 08/09, 14, 20 e 23.

3. Passamos a agora demonstrar a cadeia dominial do imóvel tratado pelo presente, conforme consta nos autos, comprovando a posse do imóvel:

área de 960,00m² – marinha e acrescidos

RI 40.388

Olivia Tomázia da Silva (RI matr. 1002 – fls. 03)

1976

↓
Nilo Sbruzzi

1978

↓
Fabiola Sbruzzi Miranda e Outro

2009

↓
MR Investimentos S/A

.....



MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO
GERÊNCIA REGIONAL DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO EM SANTA CATARINA

PROCESSO Nº 04972-003262/09



4. Assim dispõe o art. 13 da Lei 9.636/98:

Na concessão do aforamento será dada preferência a quem, comprovadamente, em 15 de fevereiro de 1997, já ocupava o imóvel há mais de um ano e esteja, até a data da formalização do contrato de alienação do domínio útil, regularmente inscrito como ocupante e em dia com suas obrigações junto à SPU. (grifo nosso)

5. Portanto, concluímos que o imóvel em questão, conforme análise acima, possui preferência ao aforamento na forma do disposto no art. 13 da Lei 9.636/98, mediante a compra do domínio útil do imóvel.

6. Mantido o entendimento, deverá o assunto retornar a este SEGEP para:

a) encaminhado quanto à audiência do art. 100 do D.L. Nº 9.760/46.

b) visto a ausência de engenheiro avaliador, nesta GRPU/SC, solicitar à parte interessada que providencie o laudo de avaliação de nível de rigor, para fins de locação, que poderá ser contratado pela CEF ou terceiros que atenda as exigências da NBR 14.653 e ON GEADE/SPU Nº 004/2003 (disponível no site www.planejamento.gov.br, no link legislação), acompanhado do ART – Anotação de Responsabilidade Técnica, devidamente assinado pelo responsável técnico pela emissão do mesmo, para que seja homologado pela SPU, de acordo com as normas técnicas.

c) bem como, solicitar ao interessado que informe a forma de pagamento do valor do domínio útil.

À consideração superior

Técnicamente

De acordo

Encaminhe-se conforme proposto acima

Isolde Espíndola
ISOLDE ESPÍNDOLA
Gerente Regional do Patrimônio da União

Destaca-se, ainda, outra importante informação constante dos autos, subscrita pelo Superintendente Estadual Substituto da Secretaria do Patrimônio da União em Santa Catarina, Sr. Marco Antônio Hernandes Pessoa de Almeida (**evento 32, INF48**):

Em resposta ao Ofício nº 3795/2009/AGU/PI/SC-GAB, datado de 03/11/2009, o qual solicita manifestação acerca da regularidade da ocupação do imóvel (aerescado de marinha) com Registro Imobiliário Patrimonial nº 8105.0103090-30 e que está em nome de FÁBIO LA SBRUZZI DE M. MESSMAR, haja vista a existência de processo pendente de julgamento perante a Vara Federal Ambiental de Florianópolis, processo nº 2002.72.00.012535-3, em que a União busca a nulidade do título, imissão, bem como a demolição de eventuais construções, a Superintendência Estadual do Patrimônio da União em Santa Catarina - SPU/SC informa:

De acordo com a Consulta de Todos os Dados do Imóvel, extraída do Sistema Integrado de Administração Patrimonial - SIAPA, o imóvel sob o RIP nº 8105.0103090-30, situado na Avenida Governador Irineu Bornhausen, 5012, Agronômica, no Município de Florianópolis, encontra-se inscrito em regime de ocupação em nome de MR INVESTIMENTOS S/A.

Cabe mencionar que a inscrição de ocupação foi respectada em 20/11/2007, por FÁBIO LA SBRUZZI DE MIRANDA MESSMAR. O imóvel foi inscrito em 06/03/2008 e sua utilização foi dada em 07/04/2008, em nome de FÁBIO LA SBRUZZI DE M. MESSMAR E OUTRO.

Informamos, ainda, que no terreno encontra-se construído o Edifício Comercial Celia Couto Daux.

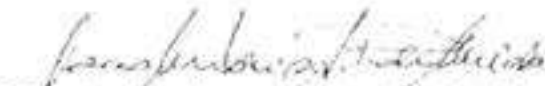
Na data de 18/08/2009, FÁBIO LA SBRUZZI DE M. MESSMAR E OUTRO ingressaram com pedido de aforamento, o qual, em virtude da existência da Ação

esse que
em nome
imobili
- 11

Declaratória de Nulidade de Registro Imobiliário cumulada com Reivindicatória nº 2002.72.00.012535-3, será sobrestado até que seja proferida decisão judicial.

Informamos, por fim, que em 25/08/2009 foi protocolizada solicitação de averbação de transferência, tendo o imóvel sido transferido ao atual ocupante, MR INVESTIMENTOS S/A.

Atenciosamente,


Marco Antônio Hernandes Pessoa de Almeida
 Superintendente Estadual Substituto

Pelo documento acima ilustrado, datado de 6/11/2009, verifica-se que ao tempo a MR INVESTIMENTOS S/A. era a detentora do título de ocupação do referido imóvel, conforme RIP nº 81050103090-30 (objeto da lide), assim como “*em 25/8/2009 foi protocolizada solicitação de averbação de transferência, tendo o imóvel sido transferido ao atual ocupante, MR INVESTIMENTOS S/A.*”. Tal documento demonstra que a ré detinha, em agosto de 2019, direitos sobre o referido terreno de marinha, a justificar a tentativa de regularização do aforamento junto à Secretaria do Patrimônio da União. Esse mesmo fato é comprovado pela certidão anexada pela própria autora à inicial (**evento 1, INF18**).

Tal situação também é corroborada pelo fato da Advocacia-Geral da União ter locado, em 2/6/2010, grande parcela do Edifício Empresarial Célia Couto Daux, pela importância de R\$ 60.000,00 mensais, local onde até hoje possui sua sede na cidade de Florianópolis. Veja-se o quão emblemático é este fato: após a celebração em 1º/6/2009 do contrato entre FUNDAÇÃO CELOS e MR INVESTIMENTOS S/A., a contratada loca em nome da contratante cinco andares do Edifício Empresarial Célia Couto Daux para a Advocacia-Geral da União, órgão de representação jurídica da própria União (senhora direta dos terrenos de marinha). Ora, evidentemente que à época dos fatos a MR INVESTIMENTOS detinha a regularidade de ocupação do imóvel junto à União, tanto é que a própria Advocacia-geral da União passa a locar parte significativa do mencionado edifício para instalação de sede da Procuradoria da União em Florianópolis (**evento 1, INF16**).

Ademais, consta dos autos comprovante de recolhimento da taxa de laudêmio na importância de R\$ 1,57 milhões (**evento 32, INF49**), datados de 2010 e em nome da MR INVESTIMENTOS S/A.

Pelo contexto probatório, possui verossimilhança a alegação de defesa no sentido de que entre 2009 e 2010, dentro do prazo de 24 meses, a ré tentou providenciar junto à FUNDAÇÃO CELOS e à Secretaria do Patrimônio da União o aforamento do imóvel em nome da contratante. O primeiro passo dar-se-ia com a lavratura da Escritura Pública de transferência dos direitos entre as partes contratantes, tal como consta dos e-mails tratados entre as partes, nos anos de 2009:

De: "CELOS - Marcos Alberto Dureux da Cunha" <marcos@celos.com.br>
Para: "RCD Empreendimentos" <rcd@matrix.com.br>
Enviada em: sexta-feira, 3 de setembro de 2010 17:42
Assunto: RES- RES- Minuta escritura MRI x Celos
 Vda encaminhar ao juridico e voltarmos a conversar

Marcos Alberto Dureux da Cunha
 Divisão de Gestão de Investimentos
 55 48 3221-9550

Fundação Celesc de Seguridade Social
 Av. Mercado Luz, 639 - 6º e 7º andar - Centro
 Florianópolis - SC - 88 020-000

Celos 37 anos - Sua confiança é o nosso plano

De: RCD Empreendimentos [mailto:rcd@matrix.com.br]
Enviada em: sexta-feira, 3 de setembro de 2010 17:32
Para: CELOS - Marcos Alberto Dureux da Cunha
Assunto: Re: RES: Minuta escritura MRI x Celos

Sr. Marcos

Deve estar havendo algum engano da parte do juridico da Celos, pois sobre o terreno objeto da transação não há quaisquer restrições judiciais ou extrajudiciais.

Referido terreno encontra-se inscrito na Delegacia do Patrimônio da União sob o R/P n. 8105.010.3090-30, devidamente legalizado.

O que havia anteriormente era um óbice na antiga matrícula do referido terreno, que caiu por terra com a sentença proferida no processo n. 20027200012535-3, que tramitou na Justiça Federal, a qual declarou a nulidade do registro imobiliário por ser tal imóvel da União e concedeu aos atuais ocupantes a preferência na ocupação e posterior aforamento (em anexo).

Permaneço no aguardo para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atc

Maria Lucia Lopes
 48 3224-5005
 48 9947-4200

----- Original Message -----

From:
To:
Sent: Friday, September 03, 2010 3:39 PM
Subject: ENC: RES: Minuta escritura MRI x Celos

Prezada Maria Lucia

Conforme análise do juridico da Celos, no item 3º da escritura deverá constar que o terreno e beneditórias não estão livres e desembaraçados de todos e quaisquer ônus judiciais.

Aguardo ajuste na escritura para darmos continuidade ao processo.

Obrigado

Em resposta à contestação, vê-se que a autora não impugna referidos documentos (e-mails juntados à contestação), sequer expondo as razões que a levaram a não buscar, em conjunto com a ré, ainda nos anos de 2009 e 2010, meios de formalizar o aforamento junto à Secretaria do Patrimônio da União, sendo o primeiro passo para tanto a celebração da Escritura Pública.

Em verdade, a FUNDAÇÃO CELOS mostrou-se inerte no seu direito de exigir o cumprimento da Cláusula Sétima entre 1º/6/2009 e 2/11/2014, quando promoveu a Notificação Extrajudicial em face da MR INVESTIMENTOS S/A., anunciando sua intenção de rescindir (imotivadamente) o contrato celebrado (**evento 1, INF7**). Em 29/5/2015, ou seja, após quase seis anos da vigência do contrato, a FUNDAÇÃO CELOS promove a notificação judicial (agora devidamente motivada) para fins de subsidiar seu pleito de rescisão do contrato em decorrência do inadimplemento na transferência do domínio do bem alienado (**evento 1, INF8**).

Essa inação por parte da autora convalida a tese de defesa no sentido de que, de fato, poder-se-ia ter promovido (em tese) o referido aforamento no imóvel nos anos de 2009 e 2010, caso a contratante tivesse agido no sentido de celebrar a Escritura Pública, para posterior ingresso do pedido de aforamento junto à Secretaria do Patrimônio da União.

De outra banda, não se descarta que a própria ré também não promoveu nenhum ato adicional na busca de regularizar o aforamento sob sua responsabilidade, a exemplo da promoção de notificação em face da contratante FUNDAÇÃO CELOS, para constituir a mesma em mora. Adicionalmente, como adiante será melhor abordado, também não é possível afirmar-se, categoricamente, que o aforamento teria sido concretizado (deferido) junto à Secretaria do Patrimônio da União após a celebração da Escritura Pública e entrada do processo, justamente pela discussão de fundo da legalidade dos títulos de ocupação que originaram o direito da MR INVESTIMENTOS S/A. (RIP nº 81050103090-30).

Enfim, ambas as partes mostraram-se inertes em relação aos seus deveres de agirem em conjunto para o cumprimento da Cláusula Sétima do contrato, na medida de cada responsabilidade.

Passados longos anos e estando a FUNDAÇÃO CELOS na posse do imóvel objeto da avença, a partir de 2014 a União promove atos e manifestações no sentido de derruir a legalidade do título de ocupação até então existente em nome da ré MR INVESTIMENTOS S/A., a partir de rediscussão dos efeitos da decisão judicial transitada em julgado em 2012 (Ação nº 2002.72.00.0012535-3).

Após inúmeras manifestões de órgãos vinculados à União, a Consultoria-Geral da União manifestou-se de forma muito clara e contundente em relação aos fatos (COTA CJU/SC/CGU/AGU nº 015/2014 - **evento 1, INF15**), inclusive fazendo um apanhado histórico dos direitos relativos ao terreno em questão, para ao finar concluir no seguinte sentido:


CONCLUSÃO

40. Ante o exposto, concluo:

a) Houve indução a erro nos deferimentos duplos de inscrição de ocupação. Os

Processo nº 04972.000476/2006-16 e apensos

.....


ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA NO ESTADO DE SANTA CATARINA
 Travessa Albertina Garzo nº 48 - Centro - telefone (048) 3901-1390 CEP 88015210, Florianópolis-SC

administrados não cumpriram com os deveres previstos o art. 4º da Lei 9.784/99. A inscrição de ocupação, seja ela qual for, somente encontra guarida a partir de 28/03/2012, quando transitaram em julgado as ações ingressadas pela União. Mas, nessa data, a inscrição já não mais poderia ser efetivada, tendo em vista a vedação contida no artigo 9º, I, da Lei 9.636/98, introduzida pela Lei nº 11.481/2007. As inscrições de ocupação deferidas estão viciadas, ensejando anulação. Não obstante, em face da detenção do imóvel, as receitas patrimoniais continuam legitimadas considerando a situação de fato.

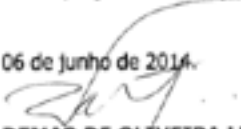
b) O interesse demonstrado pela AGU no uso do imóvel configura interesse do serviço público (artigo 5º, Parágrafo Único, do Decreto Lei 2.398/67), ensejando a afetação.

c) Quanto ao aforamento, o artigo 12 da Lei nº 9636/98 estabelece que os imóveis dominiais da União, situados em zonas sujeitas ao regime enfiteútico, poderão ser aforados. Logo, trata-se de uma faculdade, não constituindo direito subjetivo da parte que requer, com isso o pedido de fl. 60 pode ser **indeferido**.

d) Os Arts. 6º e 7º do Decreto Lei 2.490/1940 transcritos na sentença do Processo 2002.72.00.012535-3/SC não se aplicam aos ali Réus Fabíola e Nilo, isto porque não se foi aventada qualquer benfeitoria no imóvel a eles relacionado.

e) Tendo em vista que o prédio comercial construído no imóvel pode ser totalmente utilizado pela AGU, que inclusive tem créditos consignados no orçamento para o exercício de 2014 (Lei nº 12.952/2014), não seria razoável a respectiva demolição ou um enriquecimento sem causa por parte da União. Por outro lado, considerando a valorização imobiliária no local, não seria justo premiar quem agiu de forma temerária em prejuízo da União (artigo 4º da Lei 9.789/99), omitindo a realidade dos fatos, e sem o consentimento do legítimo proprietário para construir (Memorando nº 90/2009 -SPU). A indenização da benfeitoria poderá ser decidida pela SPU ao preço de construção, aplicando-se o art. 132 do Decreto Lei nº 9.760/46.

Florianópolis, 06 de junho de 2014.


VALDEMAR DE OLIVEIRA LEITE
 Advogado da União

Aliás, é o que ocorre no âmbito do Cumprimento de Sentença nº 5038894-07.2021.4.04.7200/SC, em que a União busca o direito de imissão de posse do terreno e do edifício nele construído pela MR INVESTIMENTO S/A., a partir de decisão transitada em julgado em que se compreendeu existirem vícios na constituição do título de ocupação por parte da ré/reconvinte (e das pessoas das quais adquiriu o direito de ocupação). Tanto é que restam consignados em Juízo naqueles autos a importância de mais de R\$ 13 milhões, para indenização das benfeitorias realizadas no terreno de marinha. Não se trata de deslocar aquela discussão, sob competência da Justiça Federal, para os presentes autos, mas somente de demonstrar que, a partir de 2014 tornou-se impossível, por força de fato de terceiro, o cumprimento da obrigação estabelecida na Cláusula Sétima do instrumento particular. Da petição inicial do Cumprimento de Sentença nº 5038894-07.2021.4.04.7200/SC, de simples acesso por quaisquer interessados, extrai-se:

“No caso do imóvel em apreço, é de se ver que a sua inscrição de ocupação foi CANCELADA, bem como indeferido o pedido de aforamento deduzido pelos interessados, os quais já foram formalmente cientificados, nos termos das notificações em anexo. A única medida cautelar deferida aos notificados, posteriormente, foi a suspensão da ordem de desocupação imediata do imóvel por conta do cancelamento da inscrição de ocupação informando-os de que estavam sendo tomadas medidas para a indenização das benfeitorias, que no presente momento se concretizam em decorrência da imissão de posse requerida.

Nesse sentido, a Administração já manifestou a inviabilidade de eventual regularização, razão pela qual se impõe a execução do comando sentencial.

Portanto, nos termos das decisões proferidas por este MM. Juízo e pelo TRF4, é cristalino o direito da União à imissão na posse do imóvel, dando-se concretude à coisa julgada.” (grifo em negrito no original)

Nesse cenário, é forçoso reconhecer que, ao menos entre 2009 e 2011, estavam aparentemente presentes as condições para realização do aforamento, que não se concretizou (ao menos não prosseguiu com seus trâmites legais) pela resistência injustificada da adquirente em celebrar a Escritura Pública.

É igualmente verdade que, por sua vez, a partir de 2011, a vendedora não adotou nenhuma providência concreta para afastamento da obrigação à qual se vinculara (por exemplo, bastaria notificar a adquirente da sua inércia).

Aliás, foi somente por conta do atraso no aforamento (imputável a ambas as partes, frisa-se) que, anos depois da celebração do contrato, já em 2014, a União manifestou interesse na área e trouxe discussão em relação ao vício na constituição do título de ocupação da ré MR INVESTIMENTOS S/A., impedindo a concretização (repita-se, ao menos a formalização do processo de aforamento junto à Superintendência do Patrimônio da União) do ato a tempo e modo.

Portanto, o comportamento desidioso dos contratantes, com inadimplemento recíproco e sucessivo das obrigações relativas ao aforamento, impede a aplicação da multa contratual, sob pena de enriquecimento sem causa e desvirtuamento das obrigações contratuais.

Ora, considerando a natureza punitiva da cláusula penal, bem assim que, na hipótese, as duas partes deram causa à inadimplência (da autora esperava-se não apenas o pagamento, mas também que, especialmente naquele período entre 2009 e 2011, cooperasse para a concretização do aforamento), inviável que a vendedora responda exclusivamente pela penalidade contratual.

E mais: mesmo que se considere que a apontada penalidade tem caráter compensatório por eventuais perdas e danos, tenho que, diante da concorrência de culpa, não há mesmo razão para aplicação da multa determinada pela origem.

Vale dizer que, nos termos do art. 476 do Código Civil, nenhuma das partes, antes de cumprida a obrigação, pode exigir implemento da do outro. Contudo, não é a hipótese de exceção do contrato não adimplido. É sabido: o mencionado enunciado de lei deve ser interpretado à luz da boa-fé objetiva, que impõe deveres aos contratantes (inclusive de cuidado, de agir conforme a confiança depositada, de colaboração, etc.), também no que diz respeito ao comportamento contratual por eles adotado e as expectativas decorrentes.

Tanto é assim que “*a relação obrigacional não se exaure na vontade expressamente manifestada pelas partes, porque, implicitamente, estão elas sujeitas ao cumprimento de outros deveres de conduta, que independem de suas vontades e que decorrem da função integrativa da boa-fé. Se à liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescentam-se ao contrato deveres anexos, que condicionam a atuação dos contratantes, a inobservância desses deveres pode implicar o inadimplemento contratual*” (STJ, Resp 1.655.139/DF, 3ª Turma, Rel. Min Nancy Andrichi, j. 05/12/2017, original sem destaques).

Para arrematar, *mutatis mutandis*, colho o excerto:

CIVIL - IMÓVEL - COMPRA E VENDA - EDIFICAÇÃO - INSUCESSO - CULPA CONCORRENTE - CONTRATO - RESCISÃO - RESPONSABILIDADE RECÍPROCA. Constatado que ambos os contratantes concorreram para o insucesso do negócio jurídico avençado, deve ser reconhecida responsabilidade recíproca das partes pelo ocorrido. Neste caso, havendo inadimplemento mútuo, não há falar em aplicação das cláusulas penais decorrentes da impontualidade, já que ambos não cumpriram tempestivamente as obrigações assumidas. (TJSC, Apelação n. 5001709-47.2021.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 07-06-2022, original sem destaques).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MATERIAL E MORAL. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. RECURSO DA RÉ. PRETENSO RECONHECIMENTO DA CULPA DO AUTOR PELA RESCISÃO DO CONTRATO. PARCIAL ACOLHIMENTO. SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS AJUSTADAS E ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. INADIMPLEMENTO DE AMBOS OS CONTRATANTES. CULPA CONCORRENTE. RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO ANTE (RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS), SEM DIREITO, A QUALQUER DAS PARTES, À

MULTA CONTRATUAL E À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. PRECEDENTES. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO (...) INSURGÊNCIA QUANTO AO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE OS VALORES A SEREM RESTITUÍDOS AO AUTOR. INSUBSISTÊNCIA. CULPA CONCORRENTE. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. PRECEDENTES (...) (TJSC, Apelação n. 0304978-93.2017.8.24.0005, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 11-11-2021, original sem destaques).

Destarte, impõe-se o afastamento das multas contratuais previstas no contrato.

Por fim, com base no que foi revelado nos autos, isto é, a resistência da União em reconhecer a alienante como titular de direitos aptos à constituição de aforamento em favor da FUNDAÇÃO CELOS, é de todo razoável que a adquirente não mais tenha interesse no negócio, diante das dificuldades inerentes à consecução do aforamento. Não há nada de errado ou abusivo, assim, no pleito resolutivo.

Reforma-se parcialmente a sentença, portanto, para reconhecer a culpa concorrente das partes contratantes no inadimplemento substancial do contrato, afastando-se, conseqüentemente, a penalidade prevista na Cláusula Décima Nona (multa de 12,5% sobre o valor do contrato).

2.5. A reconvinte pretende que a reconvinda seja condenada ao pagamento de encargos moratórios decorrentes do atraso na entrega do imóvel dado como parte do pagamento, já que deveria ser entregue com a assinatura do contrato, mas o foi quase um ano e meio depois.

Dá-se provimento ao apelo nesse ponto.

Conforme descrito no Quadro VII (Preço e Forma de Pagamento) do instrumento contratual, parte do preço, R\$ 3.550.000,00, seria quitada por meio da entrega de um imóvel, que deveria ser transmitido na data da assinatura da avença, em 1º/6/2009 (**evento 32, INF46**, p. 5, origem). O bem, todavia, somente foi disponibilizado à vendedora em 23/12/2010, data em que outorgada a escritura pública de transferência de direitos (**evento 32, INF52**, origem).

Sobre isso, a avença traz a seguinte disposição:

CLÁUSULA TERCEIRA - DO EVENTUAL INADIMPLEMENTO E MORA

Quando a PROMITENTE COMPRADORA efetuar o pagamento das prestações em atraso, as penalidades decorrentes da mora serão:

- a) Multa moratória de 2% (dois por cento) do valor da prestação em atraso (Art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor);*
- b) Juros moratórios de 1% (um por cento) do valor do débito por mês ou fração (art. 1º do Decreto 22.626/33);*
- c) Correção monetária pela variação percentual do índice de reajuste fixado neste contrato “pro-rata-die” entre a data do vencimento da obrigação e o dia do efetivo pagamento.*
- d) Honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor devido, no caso da utilização do mesmo profissional para o exercício da cobrança judicial.*

Houve mora, portanto, na quitação da parcela, dando ensejo à incidência da cláusula terceira, que prevê a incidência de multa de 2%, juros de 1% ao mês, correção monetária e multa de 10% para contratação de advogado, tudo sobre o valor atrasado e contado do inadimplemento. Trata-se da aplicação das regras livremente estabelecidas pelas partes no contrato celebrado.

Não há como ser acolhida a defesa de que esse tempo era necessário para os trâmites cartorários, como manifestou a reconvinda na contestação à reconvenção. Como consentiu em outorgar a escritura na data da assinatura da avença, deveria estar preparada para cumprir o ajuste.

Soma-se a isso o dever de arbitramento de perdas e danos, tal como requerida na reconvenção, porque a reconvinte deixou de auferir receitas pela posse e uso do bem imóvel entre 1º/6/2009 e 23/12/2010. Para tanto, arbitro como perdas e danos o valor de aluguel do referido imóvel pelo período do referido descumprimento contratual, cujo valor deverá ser apurado nos mesmos moldes estabelecidos pelas partes no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Nona do contrato. Dessa forma, restará devidamente indenizada a parte ré/reconvinte pela mora da autora/reconvinda no cumprimento da obrigação de dar coisa certa (*das áreas da loja localizada à Rua Nereu Ramos, objeto integrante das matrículas nº 53.777 e nº 53.778, ambas situadas no Edifício Centro Executivo Belo Empresarial*), como forma de pagamento da importância de R\$ 3.550.000,00 (Quadro VII - item 1.1).

Destarte, reforma-se a sentença para condenar a reconvinda ao pagamento de multa de 2%, juros de 1% e honorários contratuais de 10% sobre R\$ 3.550.000,00, tudo acrescido de correção monetária (IGP-M - índice definido no contrato), desde 1º/6/2009 até 23/12/2010, sem prejuízo da apuração de aluguéis pelo referido período de atraso no cumprimento da obrigação de dar coisa certa, nos termos da fundamentação.

Sobre a verba para remunerar profissional da advocacia, destaca-se que não se trata de reparação pelos honorários que a reconvinte pagou pela contratação dos advogados que a defendem. No caso específico, é um dos itens da cláusula penal que foi livremente ajustada. Por isso, aquele que está em mora tem o dever de fazer esse pagamento ao outro contratante, como adiante será melhor analisado quando do julgamento do tópico específico do recurso da parte autora/reconvinda.

2.6. Fica prejudicado o ponto recursal sobre a distribuição da sucumbência, pois, como se verá, a verba será redistribuída, como resultado do presente julgamento.

3. Recurso da autora/reconvinda

3.1. A autora alega que a ré deve ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios previsto na Cláusula Vigésima do contrato.

Com parcial razão a FUNDAÇÃO CELOS, apesar de isso não refletir no acatamento do pleito condenatório.

No que interessa ao ponto recursal, assim ajustaram os contratantes:

CLÁUSULA VIGÉSIMA - DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E OUTRAS DESPESAS DE COBRANÇA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

De acordo com o art. 51, XII, do Código de Defesa do Consumidor, se alguma das partes envolvidas neste contrato infringir qualquer de seus dispositivos que ensejem a rescisão contratual e havendo ainda a necessidade da contratação de advogado, a parte que der causa à interferência do mencionado profissional arcará com seus honorários, no percentual de 10% (dez por cento) do valor questionado. Eventual diferença no percentual será suportada por quem contratou o profissional. (evento 32, INF47, p. 4, origem)

Conforme estabelecido no contrato, portanto, foi pactuada pena convencional equivalente a 10% do montante perseguido em ação de resolução do contrato, pois para isso foi necessária a contratação de profissional da advocacia para proteger os direitos da parte decorrentes do inadimplemento contratual.

Assim, como já mencionado em tópico anterior, trata-se de uma multa contratual livremente acertada entre os contratantes, a fim de punir o inadimplente e indenizar o inocente, com fundamento na parte final do art. 395 do Código Civil.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhem-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DESPESAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXTRAJUDICIAIS. PACTUAÇÃO. LEGALIDADE. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTA CORTE.

1. Segundo a orientação jurisprudencial das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, é válida a cláusula contratual que prevê o pagamento das despesas decorrentes da cobrança extrajudicial da obrigação, suportadas pelo credor.

2. A previsão contratual de honorários advocatícios em caso de inadimplemento da obrigação decorre diretamente do art. 389 do CC, não guardando qualquer relação com os honorários de sucumbência.

3. Conclusões do acórdão recorrido no mesmo sentido da orientação desta Corte.

4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp n. 1.730.248/PE, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/5/2022, DJe de 19/5/2022)

.....

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. MORA. CONTRATO. PREVISÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE.

1. Possibilidade de cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais se expressamente prevista em contrato, ainda que de adesão, em caso de mora ou inadimplemento por parte do consumidor, não se confundindo com os honorários sucumbenciais que eventualmente advenham da cobrança judicial.

2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.813.017/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe de 24/10/2019)

E deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO EXECUTADO.

PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ARGUMENTOS QUE GUARDAM RELAÇÃO COM A SENTENÇA COMBATIDA. RAZÕES DO APELO. QUESTÃO PREFACIAL. SUSCITADA NULIDADE DA DECISÃO POR CERCEAMENTO DE DEFESA, EM FACE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INSUBSISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. MAGISTRADO QUE É O DESTINATÁRIO DA PROVA. DOCUMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS SUFICIENTES AO DESLINDE DO LITÍGIO. ADEMAIS, EXECUTADO QUE NÃO REQUEREU A PRODUÇÃO DA ALUDIDA PROVA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO.

MÉRITO. EXECUÇÃO LASTRADA EM INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. TESE REJEITADA. PROVA EXISTENTE NOS AUTOS SUFICIENTE AO AFASTAMENTO DO ALEGADO PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO. INADIMPLEMENTO MANIFESTO. CLÁUSULA PENAL. VALIDADE DA ESTIPULAÇÃO. PERCENTUAL DE 10% QUE NÃO REPRESENTA ONEROSIDADE EXCESSIVA. RELAÇÃO CONTRATUAL QUE NÃO SE SUBMETE AOS DITAMES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXTRAJUDICIAIS MANTIDOS NOS TERMOS PACTUADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA QUE DESAUTORIZA A SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE DOS CONTRATANTES. AJUSTE LIVRE DAS PARTES QUE DEVE SER PRESERVADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. TESE RECHAÇADA. DOLO ESPECÍFICO INEXISTENTE. SIMPLES EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA. PRECEDENTES. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA (ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0303741-71.2017.8.24.0054, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 28-07-2022).

.....

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO CUB NO CÁLCULO DA CORREÇÃO MONETÁRIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. INSURGÊNCIA COM RELAÇÃO AO VALOR DA CHAMADA PARCELA "B". EXISTÊNCIA DE DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO VALOR ORIGINALMENTE CONTRATADO QUE ADVÊM DOS ENCARGOS REMUNERATÓRIOS INCIDENTES QUANDO DA LIVRE CELEBRAÇÃO DE SEGUNDO CONTRATO PARA FINANCIAMENTO, JUNTO À CONSTRUTORA, DO SALDO DEVEDOR HAVIDO NA ENTREGA DAS CHAVES. CIRCUNSTÂNCIA QUE AUTORIZA A REMUNERAÇÃO DO CAPITAL MUTUADO. EXORBITÂNCIA DO ENCARGO TAMPOUCO VERIFICADA. INSURGÊNCIA INACOLHIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXTRAJUDICIAIS. EXIGÊNCIA PELA CONSTRUTORA. LEGALIDADE. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. EXEGESE DOS ARTS. 389, 395 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE DEVOLUÇÃO EM DOBRO. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 42 DO CDC. CONSTRUTORA QUE APENAS UTILIZA ÍNDICE DE CORREÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTO NA AVENÇA, EM QUE PESE REVISTO NA ESFERA JUDICIAL. PRESSUPOSTOS NÃO PREENCHIDOS. PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305403-46.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 03-11-2020).

Conforme vasto repertório jurisprudencial, os valores previstos em contrato a título de honorários advocatícios não se confundem com aqueles estabelecidos no art. 85 do Código de Processo Civil (honorários sucumbenciais), muito menos destinam-se, necessariamente, aos advogados contratados. Trata-se de cláusula, como já dito, compensatória pelos custos presumidos com a contratação de advogado para a defesa dos direitos violados pelo descumprimento de cláusula contratual, para fins de equacionar as perdas e danos advindos do inadimplemento contratual.

Portanto, sob esse aspecto, tem razão à autora em seu recurso de apelação, porque a sentença combatida valeu-se de fundamentos equivocados para afastar tal pretensão condenatória, equiparando “honorários contratuais” (art. 395 do CC) com “honorários sucumbenciais” (art. 85 do CPC), o que se mostra inadequado.

Entretanto, como acima já abordado, no caso está-se diante de culpa concorrente entre as partes contratantes quanto ao inadimplemento da Cláusula Sétima a tempo e modo, situação agravada, no ano de 2014, pelo interesse da União, através da Advocacia-Geral da União, em afetar o bem para seu próprio uso, mediante indenização das benfeitorias ali existentes (edifício Centro Empresarial Célia Couto Daux). Tal discussão está sendo travada no âmbito do Cumprimento de Sentença nº 5038894-07.2021.4.04.7200/SC, junto à Justiça Federal de Santa Catarina, onde a União pleiteia a plena posse e propriedade sobre todo o imóvel.

Ora, como há concorrência de culpa no inadimplemento substancial do contrato, compreendo como indevida a fixação de qualquer penalidade contratual a ambas as partes, tanto aquelas previstas nas Cláusulas Sétima e Décima Nona do contrato, como na Cláusula Vigéssima, justamente porque ambas as partes contratantes concorreram para o insucesso do cumprimento da obrigação principal do contrato, qual seja, a transferência do domínio útil do terreno e edifício Centro Empresarial Célia Couto Daux, mediante o aforamento.

Como conclusão, mantenho a sentença nesse ponto (não incidência de honorários contratuais, no percentual de 10% do valor questionado), mas por fundamento jurídico diverso.

3.2. Sustenta a requerente que a sentença foi *extra petita* ao fixar indenização equivalente ao valor da locação do imóvel objeto do contrato, pelo período em que ela o usufruiu. Salienta, ainda, que reparação seria indevida, já que não teria ocupado a coisa.

A pretensão recursal deve ser parcialmente provida.

A nulidade da sentença não se apresenta, pois, apesar de a pretensão reconvenicional ter sido redigida de modo um tanto confuso, foi feito pedido para que “*seja a Autora condenada a devolver à Requerida todo o valor ‘...correspondente à soma dos aluguéis mensais de imóveis [...]*”, na forma prevista no §1º da cláusula décima nona do contrato”.

Conquanto esse pleito conste do título que a reconvinte dedicou à cobrança de valores pelo atraso na entrega do imóvel dado como parte do pagamento, nota-se que a pretensão trata dos aluguéis decorrentes do uso do bem que foi objeto da compra e venda. Não à toa, o fundamento jurídico usado foi a Cláusula Décima Nona, que tem por objeto o imóvel adquirido, não aquele dado em pagamento. A decisão não foi *extra petita*, portanto.

Por outro lado, os contratantes estabeleceram o seguinte em relação à resolução contratual:

CLÁUSULA DÉCIMA NONA - DA EVENTUAL RESCISÃO DO PRESENTE CONTRATO

No caso de rescisão contratual motivada pelo inadimplemento da PROMITENTE COMPRADORA serão retidos pela PROMITENTE VENDEDORA 12,5% (doze vírgula cinco por cento) do valor do contrato (R\$ 18.400.000,00), tudo devidamente atualizado pelo IGP-M. No caso de rescisão contratual motivada pela PROMITENTE VENDEDORA, esta pagará a PROMITENTE COMPRADORA igual percentual, a título de multa compensatória, além da restituição dos valores, conforme Parágrafo terceiro. Em caso de descumprimento do prazo para imissão na posse, a PROMITENTE COMPRADORA terá a opção de exigir o cumprimento do presente contrato, com o pagamento da multa cominatória diária fixada na cláusula própria, ou sua rescisão, com a restituição dos valores pagos e o pagamento da multa penal compensatória.

Parágrafo primeiro - Se a PROMITENTE COMPRADORA estiver ocupando o imóvel, além dos valores antes fixados, será descontado do saldo a ser devolvido ao(s) mesmo(s) o valor correspondente à soma dos aluguéis mensais de imóveis com as mesmas características e padrão, de acordo com a média do mercado imobiliário da região, levantado por três imobiliárias no exercício regular das suas atividades e computados desde a imissão na posse do imóvel objeto desta transação, até a data da rescisão, todos atualizados monetariamente pelo mesmo índice eleito neste contrato. Ente a data da rescisão e a data da devolução dos valores à PROMITENTE VENDEDORA não será cobrado qualquer valor a título de aluguel.

Parágrafo segundo - Serão também deduzidos do valor a ser devolvido à PROMITENTE COMPRADORA valores relacionados à utilização do imóvel, tais como taxas de condomínio, energia elétrica, água, gás, IPTU e/ou outros sobre ele incidentes, que estiverem em atraso na data da devolução das chaves.

Parágrafo terceiro - A devolução dos valores pagos será efetuada pela PROMITENTE VENDEDORA, em parcela única, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a partir da rescisão contratual, simultânea e condicionalmente à entrega das chaves quando ocupado o imóvel, descontados os valores descritos no caput desta cláusula e nos parágrafos primeiro e segundo.

Percebe-se, portanto, da leitura do Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Nona, que houve acerto entre os contratantes para que, resolvida a avença e tendo a compradora usufruído do bem, esta indenizasse a vendedora em valor equivalente ao da locação do imóvel como um todo. Buscaram as partes, assim, impor dever da parte que esteja na posse do imóvel de restituir, sob pena de enriquecimento sem causa, valores de aluguéis equivalentes à integralidade do imóvel transacionado, calculados “de acordo com a média do mercado imobiliário da região, levantado por três imobiliárias no exercício regular das suas atividades e computados desde a imissão na posse do imóvel objeto desta transação, até a data da rescisão”. Tal valor deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença.

Assim, dada a autonomia das vontades e a força obrigatória dos contratos, não há como aplicar solução diversa daquela pré-definida pelos próprios contratantes, isto é, resolvido o contrato e tendo a adquirente recebido a posse do imóvel objeto da compra e venda, deve indenizar a alienante pelo tempo que dele fruiu.

Ademais, conforme informações e documentos acostados pela parte autora (evento 72, PET1),

ela de fato deteve integralmente a posse do imóvel nos termos da Cláusula Quinta do contrato. Tanto é que celebrou, na qualidade de locatária, inúmeros contratos de locação desde a celebração do negócio jurídico com a MR INVESTIMENTOS S/A., inclusive após o ajuizamento da presente ação, como consta dos autos (**evento 72, PET1 e evento 72, ANEXO9**).

Entretanto, pertinente dar-se parcial provimento ao recurso da autora tão somente para que se faça um pequeno ajuste ao comando sentencial, no sentido de serem glosados desse montante a ser apurado em favor da ré/reconvinte eventuais aluguéis efetivamente auferidos por esta ao longo do contrato, como poderá ter ocorrido em relação aos aluguéis adimplidos pela Advocacia-Geral da União (locatária de parcela do edifício Centro Empresarial Célia Couto Daux), sob pena de enriquecimento sem causa da reconvinte MR INVESTIMENTOS S/A (art. 884 do CC). Tal apuração, da mesma forma, deve dar-se em fase de liquidação de sentença.

4. Diante da alteração do sentido do julgado, redistribuo o ônus da sucumbência para condenar a autora e reconvinda ao pagamento de 50% das custas processuais e a ré e reconvinte ao pagamento dos restantes 50%. Nessa distribuição, observou-se primordialmente a existência de culpa concorrente no inadimplemento substancial do contrato celebrado, bem como o fato de ambos os litigantes terem pedidos exitosos e inexitosos, de maneira que a distribuição recíproca e igualitária se justifica.

Em complemento, fixo honorários aos advogados de ambas as partes, diante da existência de sucumbência de parcela dos pedidos iniciais.

Na ação principal, estabeleço em favor dos advogados da autora honorários de sucumbência de 15% sobre o total da condenação imposta em desfavor da parte ré, cujo percentual justifica-se frente ao reconhecimento do labor realizado pelos causídicos em demanda de natureza complexa e em trâmite há aproximadamente sete anos, incluído o período neste grau de jurisdição. Por sua vez, estabeleço honorários de 15% aos advogados da parte ré, calculados sobre a diferença entre a pretensão condenatória da petição inicial e a efetivamente auferida pelo presente comando judicial, valendo-se dos mesmos critérios acima anunciados para fins de observância do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Já no que se refere à reconvenção, percebe-se que a reconvinte decaiu minimamente dos pedidos realizados, motivando o arbitramento de honorários sucumbenciais unicamente contra a reconvinda, em valor equivalente a 15% do total da condenação por esta sofrida, considerando-se iguais parâmetros aos antes mencionados (natureza complexa da causa, tempo de tramitação do processo e zelo dos advogados na defesa dos interesses do cliente).

Providos em parte os recursos, inviável a fixação de honorários recursais. No caso, observo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO A QUE SE DÁ

PROVIMENTO.

1. Nos termos do Enunciado Administrativo 7/STJ, somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que apenas 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, momento em que 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.

3. Na hipótese, apesar de satisfeitos os requisitos para fixação dos honorários recursais, esses não foram arbitrados na decisão monocrática que não conheceu do agravo em recurso especial da parte contrária em razão da incidência da Súmula 182/STJ.

4. Agravo interno a que se dá provimento. (AgInt no AREsp n. 1.885.652/RS, relator Ministro Manoel Erhardt (desembargador Convocado do Trf5), Primeira Turma, DJe de 25/5/2022.)

5. Ante o exposto, voto no sentido de **conhecer ambos os recursos de apelação, dando-lhes parcial provimento**, para **(i)** na ação principal, declarar rescindido o contrato por culpa concorrente das partes contratantes, devendo a ré restituir os valores recebidos da parte autora (R\$ 17.050.000,00), acrescido de correção monetária (IGP-M) desde 1º/6/2009 até 17/12/2015, resultado sobre o qual, a partir de então, passará a incidir o INPC e juros de 1% ao mês a partir da citação; **(ii)** na reconvenção, afastar a prescrição do direito da reconvincente e condenar a autora/reconvinda ao pagamento de multa de 2%, juros de 1% ao mês e honorários de 10% sobre R\$ 3.550.000,00, tudo acrescido de correção monetária (IGP-M), desde 1º/6/2009 até 23/12/2010, resultado sobre o qual, a partir da reconvenção, passará a incidir o INPC e juros de mora de 1% ao mês, sem prejuízo da fixação de aluguéis pelo período de atraso no cumprimento da referida obrigação (*obrigação de transferência da posse e propriedade das áreas da loja localizada à Rua Nereu Ramos, objeto integrante das matrículas nº 53.777 e nº 53.778, ambas situadas no Edifício Centro Executivo Belo Empresarial*), nos termos da fundamentação e com incidência dos mesmos consectários legais; **(iii)** na reconvenção, manter a condenação da parte reconvinda ao pagamento de aluguéis, conforme estabelecido em contrato e na sentença, descontando-se os valores já efetivamente percebidos pela parte reconvincente; **(iv)** autorizar a compensação de valores entre as condenações; **(v)** redistribuir a sucumbência, condenando cada parte ao pagamento de 50% das custas processuais; **(vi)** condenar, na ação principal, a ré em honorários de 15% devidos aos advogados da parte autora, calculados sobre o total da condenação imposta em desfavor da parte ré, bem como condenar a parte autora em honorários de 15% devidos aos advogados da parte ré, calculados sobre a diferença entre o pleito condenatório inicial e aquele efetivamente auferido pelo presente comando judicial; e **(vii)** condenar, na reconvenção, a parte reconvinda ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor dos advogados da parte reconvincente no valor de 15% da condenação imposta.

Documento eletrônico assinado por **MARCOS FEY PROBST, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2703263v157** e do código CRC **8b6a45c3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARCOS FEY PROBST

Data e Hora: 7/12/2022, às 17:59:41

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO Nº 5016553-58.2020.8.24.0045/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

APELANTE: GUSTAVO BRANDAO AIGNER (AUTOR)

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL (RÉU)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. SERVIÇOS EDUCACIONAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

SUSTENTADA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DIFERENCIADA DE MENSALIDADE, CONFORME SE TRATE DE ALUNO VETERANO OU RECÉM-INGRESSO. SUBSISTÊNCIA. MODELO DE EXIGÊNCIA ADOTADO PELA DEMANDADA QUE REVELA MANIFESTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E À LEI 9.870/1999. AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES QUE NÃO É ABSOLUTA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIBERDADE DE CONTRATAR QUE NÃO SE SOBREPÕE À OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS DE REGÊNCIA. ADEMAIS, HIPÓTESE EM QUE A PROVA AMEALHADA NÃO DÁ SUPORTE À TESE DE AUMENTO DE CUSTOS DEFENDIDA PELA PARTE RÉ. IMPOSITIVA PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. DEVOLUÇÃO DO INDÉBITO DE MODO SIMPLES. SENTENÇA REFORMADA, COM CONSEQUENTE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. TUTELA DE URGÊNCIA. PRETENSÃO DA AUTORA ACOLHIDA.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO EXPLÍCITO DE DISPOSITIVOS LEGAIS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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 provimento, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 07 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na “*ação de revisão contratual*” deflagrada por Gustavo Brandão Aigner em face de Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul.

Adota-se o relatório da sentença recorrida (Evento 19 - autos de origem):

“Gustavo Brandão Aigner, qualificado nos autos, propôs a presente ação de revisão contratual contra Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, igualmente qualificada, alegando, em síntese, que firmou com a ré contrato de prestação de serviços educacionais. Asseverou ter ingressado na instituição universitária Unisul, Campus Pedra Branca, curso de Medicina, turma 2020/1, por classificação no edital de transferência de outras universidades. Referiu, entretanto, que, ao analisar o contrato disponibilizado apenas no sítio cibernético “MINHA.UNISUL”, percebeu que a universidade ré fixou valores diferenciados entre os créditos cobrados dos alunos ditos veteranos e daqueles que, como a parte autora, ingressaram no curso de medicina da UNISUL no ano de 2020 por transferência externa.

Diante disso, apresentando os argumentos de Direito que entende aplicáveis, deflagrou a presente demanda com o intuito de revisar a avença firmada, declarando-se ilegal a cláusula que cria a mencionada distinção entre os valores de mensalidades cobrados.

Pugnou também pela concessão de tutela de urgência “para que a ré já emita, desde logo, boletos mensais do curso de medicina com observância dos valores fixados para os estudantes ingressantes anteriormente a 2020” (Evento 1, INIC1, pág. 13, item “b”).

O pleito de tutela de urgência restou indeferido (Evento 8).

Citada, a requerida apresentou contestação (Evento 13), por meio da qual suscitou que possui autonomia didático-científica, administrativa, de gestão financeira e patrimonial. Alegou que o ato jurídico foi perfectibilizado com a assinatura do contrato e que a pretensão da parte autora vulnera o equilíbrio econômico-financeiro constitucionalmente previsto. Invocou, ainda, a livre concorrência e a função social da fundação demandada, requerendo, ao final, a improcedência do pedido formulado na peça vestibular.

A parte autora, então, apresentou réplica (Evento 17), pela qual rebateu os argumentos do litigante adverso e requereu o julgamento antecipado.

Vieram conclusos os autos”.

Acrescenta-se que a sentença foi publicada na data de 2-3-2021, de cujo dispositivo extrai-se:

*“Ante todo o exposto, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados nestes autos por Gustavo Brandão Aigner contra Fundação Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, qualificados nos autos.*

Condeno a parte autora, por conseguinte, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, do CPC).

— *Em sendo apurada a existência de valores a restituir a título de taxa de serviços judiciais e/ou despesas processuais, a parte interessada assim poderá postular na via administrativa, consoante Resolução CM n. 10/2019 do TJSC, ficando indeferido eventual requerimento formulado diretamente nos presentes autos*1.

P. R. I.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos”.

Inconformado, o autor apelou (Evento 26 - autos de origem), alegando, em linhas gerais, que o disposto no art. 1º da Lei n. 9.870/1999 não permite a cobrança diferenciada de mensalidades entre acadêmicos no mesmo curso, pois a lei não faz qualquer distinção entre novos e antigos alunos. Sustenta também que a planilha de custos anexada pela apelada não cumpre as exigências legais, pois há apenas menções genéricas de investimentos, sem comprovação do efetivo aumento de despesas. Destaca que o princípio da autonomia universitária não é irrestrito, pois não autoriza o afastamento das normas que vedam o tratamento discriminatório. Defende a possibilidade de repetição de indébito, pois houve recebimento indevido. Pleiteia prequestionamento dos dispositivos invocados. Postula, também, pela concessão da tutela de urgência, a fim de compelir a apelada a emitir, desde logo, os boletos de cobrança das mensalidades nos mesmos valores exigidos dos alunos do curso de medicina que ingressaram anteriormente ao ano de 2020, independentemente do trânsito em julgado. Ao fim, requer a reforma da sentença, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Houve contrarrazões (Evento 32 - autos de origem).

É o suficiente relatório.

VOTO

A publicação da decisão combatida é ulterior ao início de vigência da Lei 13.105/2015, ocorrida em 17-8-2021 (art. 1.045), razão pela qual os requisitos de admissibilidade seguem a novel regulamentação, em conformidade com o Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça: “*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC*”.

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do objeto recursal.

Adianta-se que assiste razão ao apelante.

De pronto, registre-se que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento assente no sentido de que a autonomia das universidades não é absoluta, estando tais instituições submetidas a limitações constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido: “***A jurisprudência desta Suprema Corte tem afirmado que a autonomia deve ser balizada pela regulação estatal. Há limitações constitucionais e infraconstitucionais à autonomia universitárias. Precedentes***”. (ADI 4406 / DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 18/10/2019. Publicação: 04/11/2019). (grifos nossos)

A propósito, em análise a recurso da ora apelada/ré, a Suprema Corte firmou:

“[...] Ressalte-se, ainda, que esta Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que a autonomia administrativa universitária não se confunde com soberania, devendo as universidades se submeterem às leis e demais atos normativos. Sobre o tema, transcrevo o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento da ADI 1.599-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 18/5/01, que bem aborda a questão: “[...] 3. O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição [...]”. Nesse mesmo sentido, destaco o seguinte precedente: “AGRAVO REGIMENTAL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. COBRANÇA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 207 E 209 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da autonomia universitária não significa soberania das universidades, devendo estas se submeter às leis e demais atos normativos. Controvérsia decidida à luz da legislação infraconstitucional. A alegada ofensa à Constituição, se existente, seria indireta ou reflexa, o que enseja o descabimento do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI nº 647.482/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 31/3/11). Anotem-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas, de igual teor: AI nº 694.907/BA, de minha relatoria, DJe de 29/8/11; RE nº 566.583/RJ, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 6/9/11; AI nº 724.178/MA, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º/8/11; AI nº 700.211/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/7/08; RE nº 487.215/PR, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 16/8/06.” (ARE 921123 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Decisão monocrática. Julgamento: 08/10/2015. Publicação: 09/11/2015) (grifos nossos)

Assim, em que pese se reconheça a autonomia das universidades, isso não significa que tais instituições possam agir em contrariedade às leis e demais atos normativos. Dito de outro modo: mesmo em se tratando de uma instituição universitária de ensino, a liberdade de fixar o preço do serviço contratado não é absoluta e irrestrita.

Noutra vertente, as garantias da liberdade de contratar e da livre iniciativa não impedem que se afastem eventuais ilegalidades praticadas pelas universidades. Tanto é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça dá respaldo à pretensão deduzida pelo autor:

Recurso especial. Mensalidades escolares. Lei n.º 9.870/99. Forma de cálculo. Distinção entre valor cobrado de calouros e veteranos de um mesmo curso. Impossibilidade. Medida Provisória n.º 2.173-24 (MP n.º 1.930/99). Possibilidade. Requisito. Planilha de custos nos termos do Decreto n.º 3.274/99.

Conforme o parágrafo 1.º, do art. 1.º, da Lei n.º 9.870/99 (Lei das mensalidades escolares), o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar deve ter por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior.

Por força da Medida Provisória n.º 2.173-24, 23.8.2001 (Medida Provisória n.º 1.930, 29.11.1999) era possível que o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar tivesse por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior, acrescida do valor proporcional da variação de custos a título de pessoal e de custeio, desde que o estabelecimento de ensino comprovasse tal variação mediante apresentação de planilha de custo, nos moldes do Decreto n.º 3.274, 6.12.1999.

De acordo com o art. 1.º, da Lei n.º 9.870/99, não é possível a distinção entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos do mesmo curso, mas em períodos distintos, isto é, não é possível a cobrança de mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso. Recurso especial conhecido e provido. (STJ: REsp n. 674.571/SC, rel.ª Min.ª Nancy Andriighi, DJ 12-2-2007).

RECURSO ESPECIAL. MENSALIDADES ESCOLARES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR. LEI N.º 9.870/99. DISTINÇÃO ENTRE O VALOR DAS MENSALIDADES COBRADAS ENTRE ALUNOS DO MESMO CURSO, PORÉM DE PERÍODOS DIFERENTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em que se discute acerca da possibilidade de distinção entre o valor das mensalidades cobradas pelo estabelecimento de ensino superior entre alunos do mesmo curso, porém de períodos diferentes. 2. O art. 1º, §1º, da Lei nº 9870/99 (Lei das mensalidades escolares) não permite a diferenciação entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos do mesmo curso, porém de períodos distintos. 3. Por outro lado, o §3º do art. 1º da Lei nº 9870/99 afirma que “poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico”. Ocorre que não há notícia nos autos acerca da existência de comprovação pela recorrida da variação de custos a título de pessoal e de custeio mediante apresentação de planilha de custo que autorize a cobrança de mensalidades em valores distintos para calouros e veteranos de um mesmo curso, merecendo reforma o acórdão recorrido. 4. Precedente: REsp 674571/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2006, DJ 12/02/2007. 5. Recurso especial provido. (STJ: REsp 1316858 / RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 25/02/2014, DJe 19/03/2014) (grifos nossos)

Lado outro, a despeito das alegações da recorrida, não se discute nestes autos a qualidade dos seus serviços.

A celeuma aqui debatida refere-se à existência de amparo (ou não) à distinção nos valores das mensalidades cobradas dos alunos novos (calouros) e dos alunos ingressos anteriormente (não necessariamente “antigos”, bastando que tenham ingressado um semestre antes dos novatos).

A Lei n. 9.870/1999 estabelece que:

Art. 1º O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável.

§ 1º O valor anual ou semestral referido no caput deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo.

§ 2º (VETADO)

§ 3º **Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.**

§ 4º *A planilha de que trata o § 3º será editada em ato do Poder Executivo. (grifos nossos)*

Portanto, obedecidas as exigências legais, é indiscutível que a instituição de ensino pode acrescer a variação inerente ao aumento de custos que suportou às parcelas cobradas pelos serviços prestados.

No entanto, se demonstrados os requisitos legais necessários a amparar o acréscimo, os ônus decorrentes da variação dos custos não podem ser impostos somente aos novos alunos, como defendido pela demandada/recorrida.

O acréscimo, se autorizado, há de ser suportado por todos os discentes em situações equivalentes, mormente se forem do mesmo curso. Não há fundamento legal para se exigir a mais pelos créditos cobrados do aluno com base somente no ano de ingresso na universidade.

Logo, a cobrança na forma proposta pela apelada não encontra amparo na lei.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ALEGADO ABUSO DE COBRANÇA DAS MENSALIDADES DO CURSO DE MEDICINA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA RÉ. PLEITO DE CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO AO RECLAMO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDAS. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VALIDADE DO AJUSTE DAS MENSALIDADES. DESCABIMENTO. **LEI N. 9.870/1999 QUE NÃO PERMITE DIFERENCIAÇÃO ENTRE O VALOR DAS MENSALIDADES COBRADAS ENTRE ALUNOS DO MESMO CURSO, AINDA QUE EM PERÍODOS DISTINTOS (CALOUROS E VETERANOS). PRECEDENTES.** SENTENÇA MANTIDA. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE TODAS AS TESES VENTILADAS PELA PARTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5002957-14.2020.8.24.0075, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 23-02-2021).(grifos nossos)*

*APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. (1) COMPETÊNCIA INTERNA. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE PRIVADA. DISCUSSÃO RESTRITA A ASPECTOS DE AUMENTO DE MENSALIDADES. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. - A prestação do serviço de educação por uma instituição privada não é realizada em razão de delegação do Estado, o qual não detém exclusividade desse serviço. Precedente do Órgão Especial. (...) (2) **MENSALIDADES ESCOLARES. CURSO SUPERIOR. ISONOMIA. DISTINÇÃO INJUSTIFICADA ENTRE O VALOR COBRADO DE CALOUROS E VETERANOS. “BENEFÍCIO” GERAL AOS ALUNOS NOVOS. INVIABILIDADE.** - Na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, à luz do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9870/99*

(Lei das mensalidades escolares), não é possível a diferenciação entre o valor das mensalidades cobradas de alunos do mesmo curso, que estejam em períodos distintos, sem justificativa, inclusive na forma de “benefício” concedido pela universidade genericamente a todos os calouros. - Incumbe à universidade comprovar variação de custos a título de pessoal e de custeio, mediante apresentação de planilha de custo, que autorize a cobrança de mensalidades em valores distintos para calouros e veteranos de um mesmo curso, nos termos do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9870/99, o que não ficou demonstrado no caso. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.087720-8, de Joinville, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-05-2015). (grifos nossos)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. MENSALIDADES DEVIDAS POR ESTUDANTES A INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. (...) DIFERENCIAÇÃO ESTABELECIDADA ENTRE O VALOR DAS MENSALIDADES COBRADAS DOS ALUNOS NOVOS E DOS VETERANOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A COBRANÇA DIFERENCIADA DE ANUIDADES REFERENTES ÀS MESMAS DISCIPLINAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRETENSÃO CONSIGNATÓRIA ACOLHIDA. «De acordo com o art. 1.º da Lei n.º 9.870/99, não é possível a distinção entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos do mesmo curso, mas em períodos distintos, isto é, não é possível a cobrança de mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso. Recurso especial conhecido e provido» (REsp n. 674.571/SC, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, DJ 12-2-2007)» (TJSC, Apelação Cível n. 2011.077842-0, de Joinville, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 12-3-2013). RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROVEITO ECONÔMICO DISCUTIDO EM OUTRA DEMANDA. ARBITRAMENTO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA (NCPC, ART. 85, §§ 2º E 8º). (TJSC, Apelação n. 0004483-72.2007.8.24.0038, de Joinville, rel. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 28-06-2016). (grifos nossos)

Para além da ofensa ao princípio da isonomia, a prova amealhada também não ampara a tese de necessidade/possibilidade da cobrança com a distinção propugnada.

A planilha de custos apresentada com a contestação (Evento 13 - PLAN11 - autos de origem) somente informa os gastos previstos para o ano de 2020 e os de 2019. Destaca-se: dados e informações referentes a gastos e custos gerais, sem qualquer particularidade atinente ao curso de medicina, muito menos quanto a investimentos e gastos específicos com os novos alunos. Aliás, à míngua de outras informações e provas, sequer se tem como saber a qual *campus* se refere, nem se realmente houve tais despesas e investimentos. A prova apresentada não comprova, em absoluto, que os custos com os alunos que ingressaram a partir de 2020 são superiores aos que ingressaram anteriormente na instituição.

Nessa ordem de ideias, reprisa-se: o reajuste das mensalidades, se houvesse amparo/ justificativa para tal, haveria de atingir a todos os discentes que frequentassem o mesmo curso, independentemente do ano de ingresso na universidade.

De outro visio, não há lógica na tese de que a cobrança diferenciada se justificaria porque os ingressantes usufruirão das melhorias educacionais por mais tempo do que os veteranos. Isso porque cada aluno pagará as mensalidades pelo tempo em que usufruir dos serviços. Ou seja, haverá equivalência entre o tempo de fruição, conforme permanência na universidade, e o respectivo (tempo de) pagamento. Quem usufruir por menos tempo, pagará menos.

Nesse cenário, a distinção entre os valores das mensalidades cobradas dos veteranos e a dos

ingressantes, tal qual prevista na cláusula 7ª do contrato de prestação de serviços firmado entre as partes (Evento 1 - OUT4 - pp. 3-4 - autos de origem), não encontra suporte legal e probatório, ferindo, claramente, o princípio da isonomia e os ditames da Lei n. 9.870/99.

Desse modo, no caso em exame, é manifesta a ilegalidade na cobrança das mensalidades da parte autora em valor superior às cobradas dos alunos que ingressaram na instituição antes do ano de 2020, comportando amparo a insurgência, a fim de reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos formulados na inicial.

A devolução do que foi pago indevidamente é consequência lógica da procedência dos pedidos da parte autora.

A repetição deverá ocorrer de forma simples, porquanto não evidenciada a má-fé da universidade demandada a justificar a devolução em dobro (Nessa diretriz: STJ: AgRg no REsp. Nº 1.498.617. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18-8-2016; TJSC: Apelação Cível n. 0321855-25.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 26-09-2019). O *quantum* deverá ser apurado em fase de cumprimento de sentença.

No mais, com a reforma da sentença, opera-se a inversão dos ônus da sucumbência, de modo que caberá à apelada arcar com as custas e honorários advocatícios da parte adversa em sua integralidade, nos termos fixados em primeiro grau.

Tocante ao prequestionamento, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça “*admite o prequestionamento implícito, não exigindo a menção expressa do dispositivo de lei federal pela Corte de origem, para fins de admissibilidade do recurso na instância excepcional, bastando que o acórdão impugnado tenha se manifestado sobre a tese jurídica apontada pelo recorrente.*” (AgInt no AgInt no AREsp n. 470684/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 8/6/2017).

Por fim, acolhe-se também o pleito de tutela de urgência formulado pelo insurgente, para determinar que a apelada passe a cobrar as mensalidades da autora nos moldes delineados neste acórdão, ou seja, nos mesmos valores cobrados dos alunos que ingressaram na universidade anteriormente ao ano de 2020 (curso de medicina), independentemente do trânsito em julgado da presente decisão.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2158434v13** e do código CRC **1be0f395**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE**

Data e Hora: 18/7/2022, às 14:54:36

APELAÇÃO Nº 5022546-66.2021.8.24.0039/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

APELANTE: MARCIO ISAC PEREIRA (RÉU)

APELADO: IBELMAR BRASCHER (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO COM USUFRUTO VITALÍCIO. BEM IMÓVEL. INGRATIDÃO. IDOSO QUE DOA SEU ÚNICO BEM A TERCEIRO QUE COM ELE RESIDIA. EVIDÊNCIAS QUE RETRATAM A OCORRÊNCIA DE DESAMPARO MATERIAL E EMOCIONAL APÓS A DOAÇÃO. PESSOA IDOSA COM 100 (CEM) ANOS DE IDADE, QUE DEPENDIA DOS CUIDADOS DO DEMANDADO PARA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES RELATIVAS À SUA MANUTENÇÃO BÁSICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DO DONATÁRIO, ALEGANDO A INEXISTÊNCIA DE INGRATIDÃO. TESE RECHAÇADA. CONDUTA GRAVE POR PARTE DO DEMANDADO CAPAZ DE CARACTERIZAR INGRATIDÃO PUNÍVEL COM REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO FORTE NO ART. 555 DO CÓDIGO CIVIL. HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO PREVISTAS NO ART. 557 DO CÓDIGO CIVIL. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO.

O rol estipulado pelo artigo 557 do Código Civil é meramente exemplificativo, de modo que, cabível a revogação por outras condutas ingratas, desde que notadas de significativa gravidade, a teor do Enunciado 33 da I Jornada de Direito Civil [...]. (Apelação Cível n. 0011583-27.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-03-2017).

DOAÇÃO UNIVERSAL. ÚNICO BEM DO DOADOR. PREJUÍZO À DIGNIDADE E À ORDEM SOCIAL. ART. 548 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença proferida pelo Juízo de origem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação por meio do qual insurge-se a parte requerida contra a sentença de total procedência dos pedidos formulados na presente ação de revogação de doação.

Adota-se o relatório do r. Juízo de primeiro grau (Evento 66, 1G):

IBELMAR BRASCHER, devidamente qualificado, ingressou com a presente Ação de Revogação de Doação c/c Pedido de Tutela de Urgência contra MARCIO ISAC PEREIRA, também qualificado, alegando que é pessoa idosa, com 100 (cem) anos de idade, e que recentemente teria decidido realizar doação do imóvel em que morava com cláusula de usufruto vitalício em favor do réu, como forma de reconhecimento por sua companhia durante cerca de mais de vinte anos em que o requerido morou com o autor. Porém, relata que, para sua surpresa, o requerido teria desocupado o imóvel pouco tempo após a doação, deixando o autor em situação de abandono. Entende que a postura do réu configura ingratidão. Destaca que o imóvel em questão seria seu único bem.

Ao final, requereu a concessão de tutela de urgência consistente em vedação de alienação do imóvel até o julgamento final da lide, e o julgamento de procedência, para o fim de se decretar a nulidade do negócio jurídico entabulado entre as partes por ausência de outros bens do doador ou, alternativamente, a sua revogação por ingratidão do donatário.

Indeferida a liminar.

Citado, o réu apresentou contestação, na qual rechaçou o pedido autoral. Defendeu que a existência de cláusula de usufruto vitalício em favor do requerente impediria o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico por ausência de outros bens, e negou a imputação de ingratidão, apontando que teria desocupado o imóvel antes mesmo da celebração do negócio jurídico e que o autor possuiria condições financeiras favoráveis, bem como estaria morando com pessoa diversa desde a saída do réu do local, não havendo falar, com isso, em abandono. Ao final, requereu o julgamento de improcedência.

Houve réplica.

O Ministério Público, na condição de custos iuris, opinou pela produção de prova oral.

Deferida a produção de prova testemunhal, foram ouvidas testemunhas arroladas por ambas as partes, seguindo-se a apresentação de alegações finais por memoriais.

O Órgão Ministerial exarou parecer pelo julgamento de procedência.

A parte dispositiva da sentença apresenta a seguinte redação:

Isto posto, nos autos de Doação/Procedimento Comum Cível nº 50225466620218240039, em que é AUTOR IBELMAR BRASCHER, e RÉU MARCIO ISAC PEREIRA, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, no que REVOGO o negócio jurídico de doação com reserva de usufruto vitalício tendo por objeto o imóvel matrícula n. 41.955 do 4º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Lages/SC, entabulado pelo autor em favor do réu e instrumentalizado pela escritura pública de protocolo n. 117.121 (ev. 1/4), averbada

na matrícula do imóvel nos registros R-4/41.955 e R-5/41.955.

CONDENO o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados na forma do art. 85, §2º, do CPC, em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Irresignada, a parte requerida interpôs recurso de apelação, sob o argumento de inexistência de ingratidão do donatário/recorrente (Evento 77, 1G).

Contrarrazões apresentadas ao Evento 84, 1G.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, merece conhecimento o recurso.

Apela a parte requerida buscando a edição de provimento recursal que lhe garanta a revisão da sentença prolatada, com a conseqüente improcedência da ação. Nesse sentido, afirmou que não abandonou o apelado, não estando configurada a nulidade da doação por ingratidão, pois todos os elementos constantes nos autos demonstram que eventuais atos por ele praticados não estão revestidos de gravidade.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Inicialmente, cumpre registrar que se mostra viável não somente a revogação da doação por ingratidão (art. 555 do Código Civil), conforme fundamentado pelo Juízo de origem, mas também a decretação da sua nulidade por ausência de outros bens do doador (art. 548 do Código Civil), conforme se verá a seguir:

INGRATIDÃO

No que concerne à primeira hipótese, as provas produzidas nos autos são suficientes a demonstrar que o réu efetivamente deixou o autor em situação de abandono pouco tempo após a doação do imóvel.

Da análise dos autos, observa-se que o relacionamento entre as partes assemelhava-se ao de pai e filho. Entretanto, após a doação do imóvel, a situação modificou-se, tendo em vista que o requerido deixou de frequentar a casa do autor, deixando, inclusive, de atender aos seus telefonemas, conforme se confirmou nos depoimentos das testemunhas (Evento 52, 1G).

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da assertiva sentença atacada (Evento 66, 1G):

[...]

Com efeito, todas as testemunhas arroladas pela parte autora confirmaram que o réu morava na residência do autor havia anos ao tempo da doação, e desocupou o imóvel subitamente logo tempo após a doação do imóvel.

O testigo Luiz Marcon afirmou que o autor considerava o réu como um filho, e que, após a doação do imóvel, teria perdido completamente o contato com o réu.

A testemunha Diogenes Marcon também confirmou que o réu teria deixado a residência do autor e abandonado qualquer contato com ele logo após a doação, inicialmente justificando que não poderia visitá-lo porque estaria com Covid-19 e, posteriormente, simplesmente desaparecido da vida do autor.

A testemunha ainda acrescentou que, embora as partes não houvessem firmado propriamente um contrato escrito à época da doação do imóvel, a intenção do autor no momento da celebração do negócio jurídico era que o donatário cuidasse “do Seu Ibelmar pelo resto da vida”, e que o requerente teria ficado muito magoado com o réu ao constatar o seu desaparecimento logo após a doação do imóvel.

Além disso, tanto Luiz Marcon quanto Diogenes Marcon confirmaram que, após a saída do réu da residência, as condições de higiene do local se tornaram precárias. Segundo Luiz, “dava até um desânimo, tudo mofado, com vazamento, com telha quebrada”.

Complementou Diogenes: “realmente estava complicada a coisa”, “não tinha nem como morar”, “paredes com mofo, goteira, comida estragada, tudo complicadíssimo”, “comida estragada na geladeira”, “copo d’água com mofo”, “limpeza zero”.

[...]

Sabe-se que a doação é “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (art. 538 do Código Civil) e que pode ser revogada “por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo” (art. 555 do CC).

Sobre o tema, salienta-se que, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência (Enunciado n. 33 da 1ª Jornada de Direito Civil), as hipóteses de ingratidão listadas no art. 557 do Código Civil não constituem um rol taxativo, sendo perfeitamente possível a revogação da doação por ingratidão tendo por fundamento causa diversa daquelas ali elencadas.

No presente caso, a prova testemunhal acostada ao feito não deixa dúvidas de que, após a doação do imóvel, o apelante abandonou o idoso, contrariando seu comportamento anterior e a legítima expectativa que este possuía em relação à sua pessoa ao tempo da celebração do negócio jurídico.

As fotos acostadas na peça exordial demonstram a situação de abandono a que o idoso fora submetido (Evento 01, INIC1, fls. 7/8, 1G).

Frisa-se que o autor da ação não tinha qualquer familiar ou herdeiro, de modo que, em decorrência de sua avançada idade (100 anos de idade) dependia do auxílio do recorrente, que com ele convivia, para sua manutenção básica (saúde, limpeza, alimentação, etc). Evidente, portanto, a ingratidão decorrente do abandono material e emocional.

DOAÇÃO UNIVERSAL

Ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para fins de argumentação, o fato de o autor ter doado o seu único bem coloca-o em situação de vulnerabilidade, especialmente em decorrência de sua idade avançada - mais de 100 (cem) anos de idade - , causando prejuízo à sua dignidade e sobrevivência.

Importante salientar, ainda, que embora na escritura pública de doação de imóvel conste que o idoso possuía “outros bens e rendimentos que suprem a sua manutenção” (Evento 01, ESCRITURA4, fl. 03), inexistente qualquer especificação de quais seriam os outros bens que o idoso supostamente possuiria (ex: carro, casa, aplicações financeiras, etc).

Pelo contrário, as certidões negativas acostadas ao Evento 1, CERTNEG6, 1G, dão conta de que o imóvel objeto da doação era seu único patrimônio, restando configurada a doação universal.

Conforme destacado pelo representante do Ministério Público em manifestação exarada no primeiro grau, “as testemunhas alegam que o imóvel doado é o único bem do autor” (Evento 64, 1G):

Testemunha Luiz Marcon:

Esse imóvel que teria sido doado pelo professor para o Márcio, seria um dos poucos bens ou o único bem que o professor possuía?

R: Sim, ele só tem este bem.

Testemunha Diogenes Marcon:

Você saberia explicar se o Sr. Ibelmar ele tem vários imóveis ou apenas um imóvel registrado no nome dele?

R: Que eu saiba ele tem apenas a casa, que agora está no nome do Márcio.

Este imóvel, que aqui se discute, que foi doado pelo professor ao Márcio é o imóvel onde o professor Ibelmar mora?

R: Isso mesmo.

Seguindo, observa-se que a doação foi formalizada por documento público, perante autoridade que goza de fé pública, logo, seu teor tem presunção relativa de veracidade.

No entanto, da análise da documentação e do depoimento das testemunhas, é possível verificar que o autor possuía, ao tempo da doação, apenas o imóvel objeto da doação.

Ressalta-se que, em que pese o autor receba aposentadoria, nada obsta que eventos futuros modifiquem suas condições financeiras, sobretudo, por conta da avançada idade, de modo que necessite de outras fontes financeiras para manter sua existência digna.

Sobre esta hipótese, dispõe o art. 548 do Código Civil que “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

Nesse sentido, esta Corte de Justiça já decidiu que “A nulidade da doação, prevista no art. 548 do CC/2002, pressupõe a coexistência de dois pressupostos: (1) doação da integralidade do

patrimônio do doador e (2) ausência de reserva de parte ou renda suficiente para sua subsistência. (...)” [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2007.028737-3, de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 26-02-2008). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.064376-3, de Joinville, rel. Saul Steil, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 31-10-2013).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. COMPRA E VENDA SIMULADA. PAIS E FILHO. [...] DOAÇÃO UNIVERSAL. ÚNICO BEM DO DOADOR. PREJUÍZO À DIGNIDADE E À ORDEM SOCIAL. DOAÇÃO INOFICIOSA. [...] Nada obstante consagrada a liberdade de doar, enquanto manifestação máxima, como nos lega o Direito Italiano, do “espírito humano de liberalidade” - beneficente, generoso e expressador de estima ou apreço -, a lei optou, com prudência, por impor-lhe limitações, visando à preservação ora do interesse social, ora do das partes e ora do de terceiros. Assim, a vedação busca, de um lado, resguardar a dignidade do doador (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil), notadamente sua sobrevivência e seus direitos básicos (arts. 5º e 6º da Constituição da República Federativa do Brasil), e, por outro, a ordem social, com a facilitação da promoção, pelo Estado, do bem-estar e da justiça sociais (art. 193 da Constituição da República Federativa do Brasil). A natureza da invalidade, por sua vez, é absoluta, ou seja, nulidade, conforme melhor leitura do art. 166, inc. VII, do Código Civil, pois a lei lhe declara nulo, mas não lhe comina sanção. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.026529-0, de Timbó, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 04-02-2016).

Logo, ao doar o seu único patrimônio, o autor fica privado de, futuramente, dispor do bem como melhor lhe aprouver, o que coloca o requerente em uma situação de extrema vulnerabilidade, especialmente, em decorrência da sua avançada idade.

Por fim, a majoração dos honorários advocatícios na etapa recursal é cabível, a teor do art. 85, § 11, do CPC (vide Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça):

O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

O percentual de 10 % (dez por cento) estabelecido deve ser aumentado então para 15 % (quinze por cento), forte no art. 85, §§ 2º e 11 do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença proferida pelo Juízo de origem.

Documento eletrônico assinado por **ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2744096v9** e do código CRC **430c9974**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE**

Data e Hora: 7/10/2022, às 16:5:45

APELAÇÃO Nº 5000788-28.2022.8.24.0061/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR OSMAR NUNES JÚNIOR

APELANTE: SERGIO DOS SANTOS (AUTOR)

ADVOGADO: LAIS BENITO CORTES DA SILVA (OAB SP415467)

APELADO: FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITARIOS NAO PADRONIZADOS NPL II (RÉU)

ADVOGADO: CARLOS EDUARDO COIMBRA DONEGATTI (OAB SP290089)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRESCRIÇÃO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. **RECURSO DA PARTE AUTORA.**

PRETENDIDA DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE VALORES PELA VIA EXTRAJUDICIAL, POR MEIO DO SISTEMA “SERASA LIMPA NOME”. PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO QUE NÃO É CAPAZ DE ATINGIR O DIREITO SUBJETIVO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CONDUTA DA RÉ. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS ARBITRADOS.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, 15 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Sérgio dos Santos ajuizou ação declaratória de prescrição de débito c/c obrigação de fazer em face de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPL II.

A parte autora aduziu que passou a ser cobrada por dívida inexigível, tendo seu nome inscrito em órgão de proteção ao crédito. Arguiu que os débitos remontam a faturas vencidas há mais de cinco anos e, portanto, atingidas pela prescrição.

Em sede liminar, postulou pela exclusão de inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito, denominado SERASA LIMPA NOME, o que foi indeferido na decisão de evento 14.

Citada, a ré apresentou contestação, na qual aduziu a prática de advocacia predatória. No mérito, disse que não se trata de negativação indevida, tampouco conduta capaz de prejudicar o *score* do autor. Defendeu a legalidade da medida e requereu a improcedência da demanda.

Houve réplica (evento 25).

Instruídos os autos, sobreveio sentença de improcedência do pedido conforme o dispositivo a seguir transcrito (evento 27):

*Ante ao exposto, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado por SERGIO DOS SANTOS na presente ação ajuizada em desfavor de FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL II, extinguindo o feito com resolução do mérito.*

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), na forma do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, uma vez que o valor da causa é baixo e não pode servir como parâmetro.

A exigibilidade da verba sucumbencial devida pela parte autora ficará suspensa pelo prazo de 05 (cinco) anos, diante da gratuidade judicial concedida (CPC, art. 98, § 3º) (Evento 14).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Caso haja a apresentação de apelação por qualquer uma das partes e considerando que não há exame de admissibilidade de recurso pelo Juízo de Primeiro Grau, desde já determino a intimação do recorrido para contrarrazoar, em 15 (quinze) dias úteis. Após, encaminhem-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina (CPC, art. 1.013).

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Irresignada, a parte autora recorreu e postulou pelo julgamento de procedência total do pedido, com a declaração de impossibilidade de cobrança da dívida prescrita por meio da plataforma SERASA LIMPA NOME (Evento 32).

Com apresentação de contrarrazões (Evento 37), os autos ascenderam a esta instância.

Distribuídos, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

2. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de analisar o mérito, consigna-se a necessidade de análise do caso vertente sob a égide das determinações legais constantes no Código de Defesa do Consumidor, pois a relação jurídica existente entre as partes é tipicamente de consumo, já que ambas se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pelos artigos 2º e 3º do Diploma consumerista.

3. MÉRITO

Almeja a parte autora a declaração de inexigibilidade do débito, uma vez que atingidos pela prescrição. Requer, assim, a determinação de exclusão de seu nome da plataforma Serasa Limpa Nome.

Sem razão, contudo.

Como sabido, esta Corte estadual adota o entendimento de que a dívida, ainda que atingida pelo prazo prescricional, pode ser cobrada pela via extrajudicial, uma vez que a prescrição não é instituto capaz de atingir o direito subjetivo à satisfação do crédito, mas apenas à pretensão de cobrança pela via judicial.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE COBRANÇA DE DÍVIDA PRESCRITA NO CADASTRO “LIMPA NOME” DO SERASA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. ALEGADO DESACERTO DA DECISÃO OBJURGADA. AVENTADA COBRANÇA DE DÍVIDA PRESCRITA NA PLATAFORMA SERASA LIMPA NOME. COBRANÇA QUE SERIA ILÍCITA E COERCITIVA, POIS FAZ O CONSUMIDOR ACREDITAR QUE ESTÁ NEGATIVADO. INSUBSISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUE INVIABILIZA A COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA, TODAVIA NÃO OBSTA A POSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO DA MONTA VIA EXTRAJUDICIAL, TENDO EM VISTA A SUBSISTÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. SENTENÇA MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação n. 5009522-64.2021.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Marcos Fey Probst, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 23-08-2022).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGADA INSCRIÇÃO NA PLATAFORMA “LIMPA NOME SERASA” POR DÍVIDA PRESCRITA. SUPOSTOS PREJUÍZOS CREDITÍCIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. PRETENSO RECONHECIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO, NOTADAMENTE

EXTRAJUDICIAL, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO. DESCABIMENTO. TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL QUE APENAS FULMINA A PRETENSÃO POSTULATÓRIA, E NÃO O DIREITO SUBJETIVO EM SI. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR E DESTE TRIBUNAL.

A prescrição do crédito não inviabiliza a utilização da plataforma “Limpa Nome”, disponibilizada pela Serasa (Centralização de Serviços dos Bancos S/A), porquanto o débito, propriamente dito, não deixou de existir, restando pendente de pagamento. Ademais, a adoção da referida ferramenta, “indisponível a terceiros e consultada exclusivamente pelo consumidor, mediante acesso pessoal, constitui forma legítima de registro do valor inadimplido, inclusive há mais de cinco anos, porque estimula o pagamento de dívidas mediante a aproximação dos envolvidos e a facilitação da composição de interesses” (TJSC, Apelação n. 5016207-87.2021.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 05-07-2022).

SENTENÇA MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS (ARTIGO 85, §11, DO CPC). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação n. 5000620-52.2022.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 18-08-2022).

Ademais, a anotação não se encontra em cadastro restritivo de crédito e não é capaz de afetar a pontuação do consumidor perante o mercado de consumo.

Por esse motivo, a manutenção da sentença de improcedência do pedido é medida que se impõe.

4. HONORÁRIOS RECURSAIS

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu os seguintes critérios para o arbitramento da verba:

Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;

o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente; a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;

não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo; não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (AgInt nos EDcl no REsp 1357561/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 4-4-2017).

Assim, preenchidos os requisitos para tanto, majorar os honorários advocatícios devidos ao patrono da ré em R\$ 600,00, suspensa a exigibilidade da verba em razão da concessão do benefício da Justiça Gratuita à parte autora.

RESULTADO

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **OSMAR NUNES JUNIOR, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2934338v6** e do código CRC **fc6de2d6**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): OSMAR NUNES JUNIOR

Data e Hora: 15/12/2022, às 15:29:37

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 4016807-28.2016.8.24.0000/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0060485-39.2009.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBSON LUZ VARELLA

AUTOR: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO: BRUNA BRUNO PROCESSI (OAB SP324099)

ADVOGADO: GRAZIELA SANTOS DA CUNHA (OAB SP178520)

ADVOGADO: MAYARA TRASSI VILLA (OAB SP409937)

RÉU: INSTITUTO DE DEFESA DOS CONSUMIDORES DE CREDITO - IDCC

ADVOGADO: NILO JOSÉ PEDROSO (OAB RS015903)

ADVOGADO: MIGUEL ÂNGELO ETES MARTINS (OAB RS034891)

ADVOGADO: FERNANDO SCHIAFINO SOUTO (OAB RS034738)

ADVOGADO: TATIANE GERMANN MARTINS (OAB RS043338)

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA - REEXAME DO JULGADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.040, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 5º, § 2º, DA RESOLUÇÃO N. 42/08-TJSC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA, TENDO EM VISTA A EXORBITÂNCIA DO MONTANTE SE FIXADO EM PERCENTUAL - CONTUDO, INAPLICABILIDADE, A TAL HIPÓTESE, DA REGRA PREVISTA NO ART. 85, § 8º, DO DIPLOMA PROCESSUAL, CONFORME DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO APRECIAR OS RECURSOS ESPECIAIS NS. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP E 1.906.618/SP (TEMA 1076) - ESTABELECIMENTO DO ESTIPÊNDIO PATRONAL EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, EM FAVOR DO PROCURADOR DA PARTE VENCEDORA (CPC, ART. 85, § 2º) - EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ALTERAÇÃO DO "DECISUM".

ACÓRDÃO

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, exercer o juízo de retratação para modificar o aresto a fim de arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez 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, 14 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial em ação rescisória julgada por este Grupo de Câmaras de Direito Comercial, cuja matéria (fixação de honorários advocatícios sucumbenciais por equidade) encontra-se submetida ao regramento estatuído pelo art. 1.040, II, do Código de Processo Civil.

Quando da deliberação da “actio” (eventos 128 e 129), inalterada apesar da oposição de embargos declaratórios (eventos 134, 153, 154 e 156), decidiu-se pelo arbitramento do estipêndio patronal em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Consignando que o “decisum” recorrido mostra-se divergente do pronunciamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais ns. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, o Desembargador 3º Vice-Presidente, nos termos do art. 5º, § 2º, da Resolução n. 42/2008 deste Tribunal, determinou a remessa dos autos a este Colegiado para o reexame da questão (evento 200).

Este é o relatório.

VOTO

O acórdão objeto de reapreciação por este Fracionário fixou a verba honorária em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sob argumento de que a aplicação da regra geral contida no § 2º do art. 85 do Diploma Processual implicaria em cifra exorbitante e desproporcional, considerando o labor desenvolvido pelo profissional no caso concreto.

Tal desfecho, contudo, esbarra no posicionamento consolidado pela Corte da Cidadania, a qual, para os efeitos do art. 1.040, II, da Lei Adjetiva Civil, apreciou os Recursos Especiais ns. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP (Tema 1076), em julgados assim ementados:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º E 8º, DO CPC. **HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. VALORES DA CONDENAÇÃO, DA CAUSA OU PROVEITO ECONÔMICO DA DEMANDA ELEVADOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA.** RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015, C/C OS ARTS. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir o alcance da norma inserta no § 8º do art. 85 do CPC, a fim de compreender as suas hipóteses de incidência, bem como se é permitida a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

2. O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do art. 85 - isto é, de acordo com a apreciação equitativa do juiz - em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos: 1) proveito econômico irrisório ou inestimável, ou 2) valor da causa muito baixo. Precedentes.

3. A propósito, quando o § 8º do art. 85 menciona proveito econômico “inestimável”, claramente se refere àquelas causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo). **Não se deve confundir “valor inestimável” com “valor elevado”.**

4. Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, **não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento**, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

5. Percebe-se que o legislador tencionou, no novo diploma processual, superar jurisprudência firmada pelo STJ no que tange à fixação de honorários por equidade quando a Fazenda Pública fosse vencida, o que se fazia com base no art. 20, § 4º, do CPC revogado. O fato de a nova legislação ter surgido como uma reação capitaneada pelas associações de advogados à postura dos tribunais de fixar honorários em valores irrisórios, quando a demanda tinha a Fazenda Pública como parte, não torna a norma inconstitucional nem autoriza o seu descarte.

6. A atuação de categorias profissionais em defesa de seus membros no Congresso Nacional faz parte do jogo democrático e deve ser aceita como funcionamento normal das instituições. Foi marcante, na elaboração do próprio CPC/2015, a participação de associações para a promoção dos interesses por elas defendidos. Exemplo disso foi a promulgação da Lei n.º 13.256/2016, com notória gestão do STF e do STJ pela sua aprovação. Apenas a título ilustrativo, modificou-se o regime dos recursos extraordinário e especial, com o retorno do juízo de admissibilidade na segunda instância (o que se fez por meio da alteração da redação do art. 1.030 do CPC).

7. Além disso, há que se ter em mente que o entendimento do STJ fora firmado sob a égide do CPC revogado. Entende-se como perfeitamente legítimo ao Poder Legislativo editar nova regulamentação legal em sentido diverso do que vinham decidindo os tribunais. Cabe aos tribunais interpretar e observar a lei, não podendo, entretanto, descartar o texto legal por preferir a redação dos dispositivos decaídos. A atuação do legislador que acarreta a alteração de entendimento firmado na jurisprudência não é fenômeno característico do Brasil, sendo conhecido nos sistemas de Common Law como overriding.

8. Sobre a matéria discutida, o Enunciado n. 6 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF afirma que: **“A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC.”**

9. **Não se pode alegar que o art. 8º do CPC permite que o juiz afaste o art. 85, §§ 2º e 3º, com base na razoabilidade e proporcionalidade, quando os honorários resultantes da aplicação dos referidos dispositivos forem elevados.**

10. O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência dos honorários, menor o percentual aplicável. **O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do art. 85, mesmo porque só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC.**

11. **O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do causídico vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa - como defendido pelo amicus curiae COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - CONPEG - deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo.**

12. Na maioria das vezes, a preocupação com a fixação de honorários elevados ocorre quando a Fazenda Pública é derrotada, diante da louvável consideração com o dinheiro público, conforme se verifica nas divergências entre os membros da Primeira Seção. É por isso que a matéria já se encontra pacificada há bastante tempo na Segunda Seção (nos moldes do REsp n. 1.746.072/PR, relator para acórdão Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019), no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%, conforme previsto no art. 85, § 2º, inexistindo espaço para apreciação equitativa nos casos de valor da causa ou proveito econômico elevados.

13. O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for parte. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se elevar o proveito econômico. Impedisse, assim, que haja enriquecimento sem causa do advogado da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei.

14. **A suposta baixa complexidade do caso sob julgamento não pode ser considerada como elemento para afastar os percentuais previstos na lei.** No ponto, assiste razão ao amicus curiae Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, quando afirma que «esse dado já foi levado em consideração pelo legislador, que previu «a natureza e a importância da causa» como um dos critérios para a determinação do valor dos honorários (art. 85, § 2º, III, do CPC), limitando, porém, a **discrecionabilidade judicial a limites percentuais.** Assim, se tal elemento já é considerado pelo suporte fático abstrato da norma, não é possível utilizá-lo como se fosse uma condição extraordinária, a fim de afastar a incidência da regra”. Idêntico raciocínio se aplica à hipótese de **trabalho reduzido do advogado vencedor**, uma vez que tal fator **é considerado no suporte fático abstrato do art. 85, § 2º, IV, do CPC** («o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço»).

15. Cabe ao autor - quer se trate do Estado, das empresas, ou dos cidadãos - ponderar bem a probabilidade de ganhos e prejuízos antes de ajuizar uma demanda, sabendo que terá que arcar com os honorários de acordo com o proveito econômico ou valor da causa, caso vencido. O valor dos honorários sucumbenciais, portanto, é um dos fatores que deve ser levado em consideração no momento da propositura da ação.

16. É muito comum ver no STJ a alegação de honorários excessivos em execuções fiscais de altíssimo valor posteriormente extintas. Ocorre que tais execuções, muitas vezes, são propostas sem maior escrutínio,

dando-se a extinção por motivos previsíveis, como a flagrante ilegitimidade passiva, o cancelamento da certidão de dívida ativa, ou por estar o crédito prescrito. Ou seja, o ente público aduz em seu favor a simplicidade da causa e a pouca atuação do causídico da parte contrária, mas olvida o fato de que foi a sua falta de diligência no momento do ajuizamento de um processo natimorto que gerou a condenação em honorários. Com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode premiar tal postura.

17. A fixação de honorários por equidade nessas situações - muitas vezes aquilatando-os de forma irrisória - apenas contribui para que demandas frívolas e sem possibilidade de êxito continuem a ser propostas diante do baixo custo em caso de derrota.

18. Tal situação não passou despercebida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, os quais afirmam, com segurança, que os honorários sucumbenciais desempenham também um papel sancionador e entram no cálculo realizado pelas partes para chegar à decisão - sob o ponto de vista econômico - em torno da racionalidade de iniciar um litígio.

19. Os advogados devem lançar, em primeira mão, um olhar crítico sobre a viabilidade e probabilidade de êxito da demanda antes de iniciá-la. Em seguida, devem informar seus clientes com o máximo de transparência, para que juntos possam tomar a decisão mais racional considerando os custos de uma possível sucumbência. Promove-se, desta forma, uma litigância mais responsável, em benefício dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência da prestação jurisdicional.

20. O art. 20 da “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (Decreto-Lei n. 4.657/1942), incluído pela Lei n. 13.655/2018, prescreve que, “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Como visto, a consequência prática do descarte do texto legal do art. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º, do CPC, sob a justificativa de dar guarida a valores abstratos como a razoabilidade e a proporcionalidade, será um poderoso estímulo comportamental e econômico à propositura de demandas frívolas e de caráter predatório.

21. Acrescente-se que a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do § 8º do art. 85 do CPC/2015, pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante n. 10 da Súmula do STF.

22. Embora não tenha sido suscitado pelas partes ou amigos da Corte, não há que se falar em modulação dos efeitos do julgado, uma vez que não se encontra presente o requisito do art. 927, § 3º, do CPC. Isso porque, no caso sob exame, não houve alteração de jurisprudência dominante do STJ, a qual ainda se encontra em vias de consolidação.

23. Assim, não se configura a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto.

24. Teses jurídicas firmadas: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

25. Recurso especial conhecido e provido, **devolvendo-se o processo ao Tribunal de origem a fim de que arbitre os honorários observando os limites contidos no art. 85, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, do CPC, nos termos da fundamentação.**

26. Recurso julgado sob a sistemática dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e arts. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ. (rel. Min. Og Fernandes, publ. em 31/5/2022) (sem grifos no original)

Na situação “sub examine”, como mencionado, foram os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência arbitrados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), restando assentado na fundamentação do aresto:

Relativamente aos honorários advocatícios, observa-se que, apesar do trâmite da demanda por aproximadamente 3 (três) anos e meio (propositura em 5/12/2016), a temática nela discutida não apresenta complexidade, cabendo ao procurador da parte vencedora tão somente o oferecimento da peça de defesa.

Dessarte, ainda que se reconheça o labor exercido pelo advogado, entende-se pela necessidade de relativização da regra do § 2º do art. 85 do Código Fux, uma vez que o arbitramento dos estipêndios patronais sobre o valor atualizado da causa consubstanciaria quantia exorbitante e desproporcional se comparado ao trabalho exercido no caso concreto. (evento 129, fls. 19/20)

Entretanto, o julgado impugnado encontra-se em divergência com o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, de sorte que se torna imperiosa a retratação.

A propósito, colhe-se dos membros deste Grupo de Câmaras de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO E EXTINGUIU A EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PELO CRITÉRIO DE EQUIDADE. PLEITO RECURSAL DE MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA COM ESPEQUE NO VALOR DA CAUSA. RECURSO NÃO PROVIDO, NO PONTO. DECISÃO EM DESCOMPASSO COM O TEMA 1076 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPERIOSA NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 5000198-18.2017.8.24.0064, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 6/10/2022)

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DECORRENTE DE AÇÃO DE COBRANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO. APELO DA EXEQUENTE PROVIDO PARA REDUZIR A VERBA HONORÁRIA POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR PARA EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ART. 1.040, II, DO CPC EM RELAÇÃO AO TEMA 1076. IMPERIOSA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE FIXOU OS HONORÁRIOS NO PERCENTUAL DE 10% SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 85, § 2, DO CPC/15. Dada a expressa na codificação processual civil, a Corte Especial do STJ firmou entendimento no sentido de que a fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa do julgador somente é cabível, havendo ou não condenação, nas hipóteses previstas no § 2º, do art. 85, do CPC/15: (a) quando for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido pelo vencedor ou (b) quando o valor da causa for muito baixo; sendo incabível tal critério quando o valor da causa ou da condenação for elevado. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO PARA NEGAR PROVIMENTO AO APELO. (TJSC, Apelação Cível n. 5002266-13.2020.8.24.0103, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 11/8/2022)

Passa-se, portanto, à nova apreciação da temática.

Prevê a regra disposta no art. 85 do Código de Processo Civil que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado vencedor”.

O § 2º do referido preceito legal estabelece os percentuais mínimo de 10 (dez) e máximo de 20 (vinte) por cento sobre os seguintes critérios subsidiários: valor da condenação, proveito econômico obtido ou valor atualizado da causa.

Já para fins de quantificação, deve-se considerar as circunstâncias dispostas nos incisos I a IV, “in verbis”: 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.

Na espécie, revendo a decisão preteritamente proferida, estipula-se a verba honorária, com lastro no citado art. 85, § 2º, do Código de Ritos, no patamar de 10% (dez por cento) sobre o montante corrigido atribuído ao litígio, o qual remontava a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) em 5/12/2016, data de ingresso da peça póstica.

Destaca-se, nessa toada, que a fixação no percentual mínimo justifica-se pelos motivos outrora expostos no acórdão, quais sejam, tempo de tramitação do feito, parca complexidade do assunto debatido e labor do causídico da vencedora restrito à apresentação da contestação.

Diante do exposto, voto no sentido de exercer o juízo de retratação para modificar o aresto a fim de arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Documento eletrônico assinado por **ROBSON LUZ VARELLA, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2980325v13** e do código CRC **ed6fb907**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROBSON LUZ VARELLA

Data e Hora: 15/12/2022, às 23:7:56

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 5040370-24.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MARIANO DO NASCIMENTO

SUSCITANTE: 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

EMENTA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC). INVALIDADE DA CONTRATAÇÃO E DETERMINAÇÃO DE RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. DANO MORAL. DEBATE QUANTO À CONFIGURAÇÃO **IN RE IPSA** OU MEDIANTE PROVA DE EFETIVO ABALO EXTRAPATRIMONIAL. QUESTÃO JURÍDICA OBJETO DE MÚLTIPLAS (MILHARES) AÇÕES E DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE. EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. QUESTÃO DE DIREITO. REQUISITOS PARA PROCESSAMENTO ATENDIDOS. INCIDENTE ADMITIDO.

DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Definir se há dano moral presumido (ou não) na hipótese de invalidação da contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável em benefício previdenciário.

DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS: Mesmo que o art. 982, I, do CPC registre que a suspensão dos processos decorrerá da admissão do IRDR, existem posicionamentos na direção de que a suspensão não é automática (Enunciado n. 140 da II Jornada de Direito Processual Civil do CJF). A fim de se buscar concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes e da segurança jurídica, afigura-se razoável a interpretação provisória sobre a questão.

“Cogitamos, em outro estudo, a possibilidade de os tribunais conferirem, quando da admissão do incidente, uma interpretação provisória acerca da questão a ser solucionada, de modo a evitar a suspensão total dos processos (...) Afinal, há casos em que a paralisação de todos os processos em trâmite no tribunal provocaria o efeito inverso à celeridade e à segurança jurídica pretendidos com o incidente (...) A proposta de fixação de interpretação provisória permitiria que não houvesse a suspensão de milhares de processos para tratar de questões pontuais. Ao final, sendo confirmada a interpretação provisória, não haveria nenhum prejuízo; modificada, o tribunal faria modulação de efeitos para preservar os atos praticados (...). SOFIA TEMER (Incidente de resolução de demandas repetitivas – 5ª. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, pág. 145).

INTERPRETAÇÃO PROVISÓRIA DA QUESTÃO – TESE FIRMADA: “A invalidação do contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável em benefício previdenciário (RMC) não caracteriza, por si só, dano moral **in re ipsa**”.

IRDR ADMITIDO, COM FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO PROVISÓRIA DA QUESTÃO.

ACÓRDÃO

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, determinar a não suspensão dos processos individuais ou coletivos que tramitam no Estado e tratam de idêntica questão jurídica, na forma da fundamentação, fixar a tese provisória no sentido de que a invalidação do contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável em benefício previdenciário não caracteriza por si só o dano moral *in re ipsa* e ordenar a comunicação da Presidência deste Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, com cópia desta decisão, para fins de cumprimento do art. 979, § 1º, do Código de Processo Civil, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Cuida-se de INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR suscitado pela Terceira Câmara de Direito Comercial, em relatoria do Desembargador Rodolfo Tridapalli, nos autos de apelação cível interposta pelo BANCO BMG S/A contra decisão proferida no âmbito da “ação de restituição de valores c/c indenização por dano moral” (autos 5000297-59.2021.8.24.0092). movida por MARLENE PERSCH.

O acórdão vem assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNADA (RMC). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DECLARA A NULIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA EM RELAÇÃO AO CARTÃO DE CRÉDITO E DETERMINA O RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO. CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA À RESTITUIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA. CAPÍTULO ESPECÍFICO DA IRRESIGNAÇÃO DO BANCO QUE SUSCITA A INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL PRESUMIDO (IN RE IPSA) EM DECORRÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO, ADUZINDO A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS MORAIS SOFRIDOS, COM A INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL ESPECÍFICA QUE TENHA CAUSADO ABALO ANÍMICO À DEMANDANTE.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE O CABIMENTO OU NÃO DO PLEITO INDENIZATÓRIO (DANO IN RE IPSA). NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO. AFETAÇÃO AO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL PARA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (ART. 976 DO CPC/2015).

Do corpo do acórdão, colhem-se os seguintes fundamentos:

*Da análise da demanda proposta na origem, verifico que, **in status assertionis**, a Autora da demanda e a Instituição Financeira discutem, objetivamente, a (in)validade ou nulidade da adesão da consumidora ao produto “cartão de crédito consignado”, não se discutindo a existência da relação jurídica em si, mas os seus efeitos jurídicos, em decorrência de possível falha ou má-prestação dos serviços.*

A respeito dos serviços financeiros relacionados ao produto “cartão de crédito consignado”, inegável que, no âmbito do colendo Grupo de Câmaras de Direito Comercial, é expressivo o número de ações judiciais que tratam sobre o tema.

(...) Em levantamento realizado neste mês de maio de 2022 pela Diretoria de Cadastro e Distribuição, verificou-se, no segundo grau de jurisdição, a existência de 21.671 recursos e incidentes envolvendo o tema “cartão de crédito consignado”. Por sua vez, o NUMOPEDE realizou a mesma pesquisa de dados no primeiro grau, e apurou o número de 47.813 ações em tramitação sobre o referido assunto. De fato, a magnitude dos números impressionam.

(...) Pela análise dos julgados proferidos pelos Órgãos Fracionários que integram o Grupo de Câmaras de Direito Comercial, confere-se que, na quase totalidade – senão na totalidade – há pedido de condenação das instituições financeiras ao pagamento de indenização por danos morais.

(...) O panorama apresentado evidencia que o produto “cartão de crédito consignado” se tornou em tema objeto de ações reproduzidas em profusão repetitiva no Poder Judiciário, em âmbito nacional, tomando boa parcela das pautas de julgamento das Câmaras especializadas em Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

(...) Remanesce, assim, a competência das Câmaras de Direito Comercial para processar e julgar os recursos envolvendo as ações judiciais que tenham por objeto a discussão da validade de cláusulas de contrato, envolvendo estritamente atos ilícitos contratuais.

Nessas situações, o consumidor, de fato, possui relação contratual estabelecida com a instituição financeira. A divergência levada à esfera judicial refere-se, comumente, à insuficiência ou falta de clareza das informações prestadas ao consumidor no momento da contratação do produto ou serviço. Há, porém, certeza da existência da relação jurídica, ainda que diversa.

*(...) E, nessas circunstâncias, há um campo delimitado de **divergência que, em tese, permite a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas**: trata-se da caracterização dos **danos morais in re ipsa** ou dependentes da **comprovação dos prejuízos** no caso concreto.*

*(...) No âmbito de competência do **Grupo de Câmaras de Direito Comercial**, o exame do cabimento de indenização por danos morais relacionados aos produtos e serviços da modalidade de cartão de crédito consignado, possui **divergência de orientação** sobre a caracterização do pleito indenizatório como **dano in re ipsa** ou não.*

(...) Em assim sendo, concluo pela afetação do julgamento ao Grupo de Câmaras de Direito Comercial, para instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 do CPC/2015) a fim de compor divergência jurisprudencial desta Corte acerca da seguinte tese: Configuração (ou não) de dano moral presumido na hipótese de declaração judicial da invalidade ou nulidade da contratação de cartão de crédito consignado.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Trata-se do juízo de admissibilidade em IRDR, previsto no art. 976 do Código de Processo Civil, o qual dispõe, verbis, que: *“É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”*.

Primeiramente, imperioso registrar o posicionamento da doutrina de que não há questão unicamente de direito - nos termos postos no inciso I do art. 976 do CPC -, como ressalta o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva no seu voto-vista no Resp. n. 1.631.846, citando EDUARDO TALAMINI:

“Por outro lado, cabe registrar que não existe questão unicamente de direito, como referido no inciso I do art. 976 do CPC/2015, pois, conforme adverte Eduardo Talamini, “(...) o caráter repetitivo da demanda, justificador do incidente, é determinado pela reiteração de uma questão essencialmente jurídica. Nenhuma questão, a rigor é ‘unicamente de direito’ ou unicamente de fato. Ao valer-se da expressão a lei quer referir-se aos casos em que, na hipótese de serem os aspectos fáticos incontroversos (o que vai ter de se aferir em cada processo), tem-se basicamente uma mesma questão jurídica a se resolver – e essa situação repete-se em inúmeros processos. Embora a questão jurídica é que vá ser objeto de resolução no incidente, note-se que é imprescindível que exista um certo padrão fático repetitivo. Caso contrário jamais se teria a questão jurídica repetitiva (p ex., é preciso que milhares de pessoas tenham realizado o mesmo tipo de atividade comercial e agora discutam com o Fisco, em processos próprios, se incide tributo sobre aquela atividade). Ou seja, a questão jurídica repetitiva pressupõe, por igual, aspectos fáticos repetitivos nos diversos processos. Esses, contudo, são alheios ao IRDR, que se concentra sobre aquela”. (In TALAMINI, Eduardo. Incidente de resolução de demandas repetitivas [IRDR]: pressupostos.”

Assim, lançada a colocação supra, registre-se que a questão jurídica colocada pelo Órgão suscitante objetiva indagar acerca da hipótese em que, reconhecida previamente a invalidade/nulidade da contratação de cartão de crédito consignado, incidir, ou não, o denominado dano moral in re ipsa, presumido.

Feita a digressão, vejamos os requisitos para admissão do IRDR, haja vista referido procedimento observar duas fases distintas, quais sejam: a) fase do juízo de admissibilidade; b) fase destinada à instauração do contraditório e à fixação da tese jurídica.

O primeiro requisito da fase inicial (art. 976 do CPC) encontra-se atendido porque, como cediço dos órgãos fracionários que compõem este Colegiado, são milhares os processos - e, por conseguinte, os recursos - versando sobre contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável (RMC), nos quais o dano moral é diuturnamente postulado pela parte autora, inclusive sob a tese jurídica de que se configura **in re ipsa**. A repetição de processos, a propósito, consta esmiuçada no acórdão da Câmara suscitante.

Em realidade, como já salientado, o que justificaria a suscitação do presente IRDR seria a necessidade de fixar tese sobre a questão da incidência – ou não - de dano moral *in re ipsa*, quando reconhecida a invalidade do contrato que tem por objeto o denominado Cartão de Crédito Consignado, já que ao apreciarem a mesma questão de direito, as Câmaras Comerciais não exteriorizam entendimento harmônico

Imperioso, pois, reconhecer a presença do segundo requisito para o incidente (“*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”), em face dos entendimentos divergentes.

Confira-se:

- Primeira Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. CRÉDITO OBTIDO POR MEIO DE SAQUE EM CARTÃO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNADA. AUTORA QUE PRETENDE A DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DA OPERAÇÃO COM BASE EM VÍCIO NA AUTONOMIA DA VONTADE, SUSTENTANDO, PARA TANTO, TER SIDO LUDIBRIADA COM A PACTUAÇÃO DE CARTÃO, QUANDO, NA VERDADE, PRETENDIA APENAS A CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL CONSIGNADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE DECLARA A INEXISTÊNCIA DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES E DETERMINA A RESTITUIÇÃO, POR PARTE DA AUTORA, DOS VALORES RECEBIDOS E, POR PARTE DO RÉU, DAS QUANTIAS DESCONTADAS.

RECURSO DA AUTORA.

[...] CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES QUE, TENDO OBSERVADO OS DITAMES DA LEI N. 10.820/03 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES N. 28/08, E SE MOSTRANDO, PORTANTO, REGULAR, SOBRETUDO PORQUE ACOMPANHADO DE TERMO DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO QUE EXPÕE FOTO DE UM CARTÃO DE CRÉDITO E CONTÉM “SELFIE” DA AUTORA NO ATO DA CONTRATAÇÃO. SENTENÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES QUE, CONTUDO, DEVE SER MANTIDA, PORQUANTO VEDADA A “REFORMATIO IN PEJUS”.

[...] DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE QUE OS DESCONTOS PROCEDIDOS ENSEJAM O DEVER DE INDENIZAR DE FORMA “IN RE IPSA”. SIMPLES DESCONTO INDEVIDO NÃO GERA A PRESUNÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO, NA PETIÇÃO INICIAL, DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL ESPECÍFICA QUE TENHA CAUSADO ABALO ANÍMICO À DEMANDANTE. NECESSIDADE DA PRESENÇA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E DO NEXO DE CAUSALIDADE COM A CONDUTA IMPUTADA AO RÉU. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE DA AUTORA QUE JUSTIFIQUE O DEVER DE INDENIZAR. MERO DESCONTENTAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE FATO QUE TENHA REPERCUTIDO DE MANEIRA GRAVE E LESIVA À DIGNIDADE DA AUTORA, CAPAZ DE CONFIGURAR ABALO MORAL. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5000532-19.2021.8.24.0159, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 02-06-2022).

- Segunda Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO DE CARTÃO DE

CRÉDITO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECLAMO DA AUTORA.

DEMANDA OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC) - HIPÓTESE NA QUAL A CASA BANCÁRIA EFETUOU DESCONTOS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA ACIONANTE A TÍTULO DE CONSIGNAÇÃO VIA CARTÃO SEQUER UTILIZADO PELA PARTE HIPOSSUFICIENTE - ADEMAIS, EXTRATOS COLACIONADOS NA PEÇA CONTESTATÓRIA EVIDENCIANDO AUSÊNCIA DE EFETIVO ABATIMENTO DO MONTANTE DESTINADO AO PAGAMENTO DO MÚTUO - PRÁTICA ABUSIVA DE VENDA CASADA - ATO ILÍCITO CONFIGURADO - INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, III, E 39, I, III E V, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INEQUÍVOCA NULIDADE DO PACTO - IMPERIOSO RETORNO DAS PARTES AO "STATUS QUO ANTE" - MONTANTE DO REEMBOLSO PELA RÉ A SER CORRIGIDO MONETARIAMENTE E ACRESCIDO DE JUROS MORATÓRIOS DESDE A DATA DE CADA PAGAMENTO INDEVIDO - POR SUA VEZ, IMPORTÂNCIA CORRESPONDENTE AO SAQUE REALIZADO PELA AUTORA CUJA DEVOLUÇÃO DEVE SER ATUALIZADA DESDE A TRANSFERÊNCIA - COMPENSAÇÃO ADMITIDA NOS TERMOS DO ART. 368 DO CÓDIGO CIVIL - REFORMA DO "DECISUM" NESTE ASPECTO.

[...] DANO MORAL - ATO ILÍCITO - RELAÇÃO DE CONSUMO - INCIDÊNCIA DO ART. 14 DA LEI N. 8.078/1990 - ABALO ANÍMICO EVIDENCIADO - DESCONTOS INDEVIDOS EFETUADOS NOS PROVENTOS PREVIDENCIÁRIOS DA RECORRENTE QUE COLOCARAM EM RISCO SUA SUBSISTÊNCIA PESSOAL - IRRESIGNAÇÃO PROVIDA NO CAPÍTULO.

Segundo entendimento deste Órgão Fracionário, embora se trate de típica relação de consumo, a incidir a responsabilidade civil objetiva da casa bancária pelos danos ocasionados no desempenho de sua atividade, materializa-se na falha da prestação de serviços (art. 14 do Código do Consumidor), para a configuração do dever de indenizar, faz-se necessária a prova do ato ilícito, do dano e nexa causal entre os prejuízos absorvidos pela requerente e a conduta dita ilícita (arts. 186 e 927 do Código Civil).

"In casu", mostra-se incontestado o ato ilícito e o dever de indenizar pois, nada obstante o valor descontado da autora, que percebe benefício previdenciário (R\$ 1.461,37), possa sugerir quantia ínfima se considerada isoladamente, afigura-se significativa quando suprimida por período duradouro, a estampar inequívoco abalo anímico, sobretudo quando neste montante se agregam valores não entabulados.

[...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - PARCIAL PROVIMENTO DO RECLAMO - ESTIPÊNDIO PATRONAL DEVIDO AO PROCURADOR DA PARTE VENCEDORA QUE DECORRE DA REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA - DESCABIMENTO DE MAJORAÇÃO - ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS EDCL. NO AGINT NO RESP. 1573573/RJ.

Em caso de parcial provimento da insurgência, o estipêndio patronal devido ao causídico da parte vencedora decorre da redistribuição da sucumbência promovida pelo julgado, não havendo falar no estabelecimento de honorários recursais. (TJSC, Apelação n. 5003141-18.2022.8.24.0004, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 06-09-2022).

- Terceira Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC). AUTORIZAÇÃO PARA DESCONTO NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO CONSUMIDOR PARA PAGAMENTO MÍNIMO DE FATURA DO CARTÃO DE CRÉDITO. SENTENÇA DE

PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. PRELIMINAR SUSCITADA PELO BANCO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE DA TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO. GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL QUE NÃO ADMITIU INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS RELATIVO À MATÉRIA TRATADA NESTES AUTOS. PROEMIAL AFASTADA. JULGAMENTO EM CONJUNTO DOS RECURSOS. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE LEGALIDADE DO CONTRATO E DE AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. CONTRATAÇÃO DIVERSA DA PRETENDIDA (EMPRÉSTIMO CONSIGNADO). OFENSA ÀS REGRAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO ADEQUADA E CLARA SOBRE OS DIFERENTES PRODUTOS E SERVIÇOS. ABUSIVIDADE CONTRATUAL EXISTENTE. EXEGESE DOS ARTS. 39, I, III E IV, E 51, IV, DO CDC. NULIDADE DO CONTRATO E O RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR À CONTRATAÇÃO (STATUS QUO ANTE). NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELA PARTE AUTORA E DE REPETIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES DESCONTADOS A TÍTULO DE RMC PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, NOS TERMOS DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. **PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACOLHIMENTO. ATO ILÍCITO DEVIDAMENTE CONFIGURADO. DANO MORAL IN RE IPSA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DEVER DE INDENIZAR INCONTESTE. VERBA INDENIZATÓRIA ARBITRADA CONFORME OS PRECEDENTES ADOTADOS PELA CÂMARA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PROVIDO. APELO DO BANCO DESPROVIDO. (TJSC, *Apelação n. 5005603-13.2021.8.24.0026, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rodolfo Tridapalli, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 22-09-2022*).**

- Quarta Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL”. - RMC. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS REQUERIMENTOS DEDUZIDOS NA PEÇA PORTAL. INCONFORMISMO DA AUTORA.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM JUNHO DE 2022. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX.

ALMEJADA REFORMA DA SENTENÇA. CHANCELA. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC). DESCONTOS REALIZADOS DIRETAMENTE NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA REQUERENTE, PESSOA IDOSA, HIPOSSUFICIENTE E COM PARCOS RECURSOS. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE INDICA QUE A AUTORA PRETENDIA FORMALIZAR APENAS AVENÇA DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PACTO NÃO EXIBIDO NO FEITO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VONTADE QUANTO À CELEBRAÇÃO DE AJUSTE DE CARTÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO E TAMPOUCO DO SEU ENVIO PARA O ENDEREÇO DA CONSUMIDORA. PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 39, INCISOS I, III E IV DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DESTES AREÓPAGO.

COGENTE RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. CONJECTÁRIO LÓGICO DO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO PACTO SUB EXAMINE. RECORRENTE QUE DEVE DEVOLVER O MONTANTE QUE RECEBEU, SOB PENA DE ENRIQUECER-SE INDEVIDAMENTE. FINANCEIRA QUE DEVE RESSARCIR OS DESCONTOS PROMOVIDOS INDEVIDAMENTE NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA CONTRATANTE. REPETIÇÃO DOBRADA. VALORES A SEREM REEMBOLSADOS PELO BANCO QUE DEVEM SER ADITADOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DESDE A DATA DE CADA DESEMBOLSO INDEVIDO, POR FORÇA DO ART. 398, DO CÓDIGO CIVIL. MONTANTE RECEBIDO PELA CONSUMIDORA QUE DEVERÁ SER DEVOLVIDO

DEVIDAMENTE CORRIGIDO, DESDE A DATA DE CADA SAQUE, SEM A INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. ADMITIDA A COMPENSAÇÃO, NA FORMA DO ART. 368, DO CC/2002.

DANO MORAL. CABAL MATERIALIZAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO E INOBSERVÂNCIA À BOA-FÉ CONTRATUAL. AFERIÇÃO DO ABALO ANÍMICO EXPERIMENTADO PELA PARTE CONSUMIDORA PELA ANÁLISE CONJUNTA DOS SEGUINTE ASPECTOS: (A) EMPRÉSTIMO BANCÁRIO REALIZADO EM MODALIDADE DIVERSA DAQUELA ALMEJADA, OCACIONANDO DESVANTAGEM EXAGERADA E CONSEQUÊNCIAS FINANCEIRAS INESPERADAS; (B) DESCONTOS INDEVIDOS SOBRE VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR E DIMINUIÇÃO DA MARGEM DE CRÉDITO CONSIGNADO DISPONÍVEL À PARTE REQUERENTE; (C) IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE PRÉVIO DA COMPOSIÇÃO DO SALDO DEVEDOR, BEM COMO A COMPREENSÃO DA EVOLUÇÃO DA DÍVIDA; E (D) IMPOSIÇÃO DA QUITAÇÃO POR MEIO DE PARCELA MÍNIMA DO CARTÃO DE CRÉDITO, REDUNDANDO NA OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO DE CRÉDITO ROTATIVO QUANTO A PARCELA REMANESCENTE, COM CONSEQUÊNCIAS FINANCEIRAS DÍSPARES E MAIS GRAVOSAS EM RELAÇÃO ÀQUELA QUE INICIALMENTE INTENCIONAVA A PARTE INSURGENTE. CONTEXTO FÁTICO QUE AUTORIZA A CONDENAÇÃO DA PARTE REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

VALOR INDENIZATÓRIO. QUANTUM ARBITRADO DE ACORDO COM AS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO, POR SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL (SÚMULA N. 54 DO TRIBUNAL DA CIDADANIA). CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO PRESENTE JULGAMENTO (SÚMULA N. 362 DO STJ).

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECALIBRAGEM NECESSÁRIA FACE A MODIFICAÇÃO DO DECISÓRIO. DEMANDANTE QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DOS PEDIDOS. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA INTEGRALMENTE AO BANCO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO SEGUNDO OS CRITÉRIOS DO ART. 85, § 2º, INCISOS I, II, III E IV DO NCPC E DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DECISÓRIO MODIFICADO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5000527-66.2022.8.24.0060, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 27-09-2022).

- Quinta Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TERMO DE ADESÃO A CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO COM AUTORIZAÇÃO PARA DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC) DESCONTADA DIRETAMENTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA.

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO. CONTRATO COM PREVISÃO DE ENCARGOS SUPERIORES AO ADMITIDO PELO BANCO CENTRAL PARA CRÉDITO CONSIGNADO A APOSENTADOS E PENSIONISTAS DO INSS. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRÁTICAS ABUSIVAS. APLICABILIDADE DO ART. 39, I, III E IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO CONTRATUAL, CONTUDO, EXISTENTE. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE CONTRATUAL PARA CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO DOS DESCONTOS, EM CASO DE EVENTUAL SALDO DEVEDOR, JUNTO À MARGEM PREEXISTENTE PARA CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES EM DOBRO. MONTANTE DESCONTADO A TÍTULO DE RMC QUE DEVE SER ABATIDO DO SALDO DEVEDOR. RECONHECIMENTO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. RESTITUIÇÃO SIMPLES.

DANO MORAL. CONDUTA ILÍCITA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO. DANO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. ARBITRAMENTO DE VALOR. VEDAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DA VERBA FIXADA, A TÍTULO DE DANO MORAL, COM EVENTUAL SALDO DEVEDOR. PRECEDENTES.

REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. VERBAS SUCUMBENCIAIS QUE DEVEM SER SUPOSTADAS EXCLUSIVAMENTE PELA PARTE RÉ. PARTE AUTORA QUE SUCUMBIU EM PARCELA MÍNIMA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5005100-64.2020.8.24.0175, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Roberto Lucas Pacheco, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 22-09-2022).

Além de cumpridos os dois requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil, legitimada está a Terceira Câmara de Direito Comercial para postular a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, interpretando-se o art. 977 do mesmo diploma, conforme se extrai de abalizada doutrina:

“O art. 977 do CPC menciona o juiz ou o relator. Nada impede, porém, que o próprio colegiado suscite o IRDR, a ser encaminhado ao órgão competente para admiti-lo. Se o relator pode suscitar, o colegiado, com muito mais razão, também pode.” (DIDIER Jr., Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querella nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 15ª ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. v. 3. p. 743)

Dessarte, o incidente é de ser admitido a fim de que este colendo Grupo de Câmaras de Direito Comercial resolva controvérsia entre os órgãos fracionários que o compõem quanto à tese atinente ao “dano moral presumido (ou não) na hipótese de invalidade da contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável em benefício previdenciário”, com a consequente determinação de retorno das partes ao status quo ante.

Por fim, surge a questão quanto à suspensão das demandas repetitivas. Mesmo que o art. 982, I, do CPC registre que a suspensão dos processos decorrerá da admissão do IRDR, existem posicionamentos na direção de que a suspensão não é automática.

Veja-se a manifestação exteriorizada no Enunciado n. 140 da II Jornada de Direito Processual Civil do CJP: “A suspensão de processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região prevista no art. 982, I, do CPC não é decorrência automática e necessária da admissão do IRDR, competindo ao relator ou ao colegiado decidir acerca de sua conveniência”.

Sob esse olhar, consideramos não aconselhável a suspensão pura e simples das demandas, ainda que verificada a cumulação sucessiva dos pedidos, com a possibilidade de análise parcial do mérito (invalidação do contrato) e suspensão da análise sobre o pedido de dano moral, se for o caso; só traria transtornos maiores de ordem processual, com consequente tumulto na administração dos processos.

Também não verificamos conveniência na decretação, pura e simples, da não suspensão das demandas. Atente-se: permaneceria a “*ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”, ainda mais agravada pelo fato de que, a princípio, o incidente IRDR terá prazo de 1 (um ano) para julgamento (art. 980, caput, do CPC) – podendo ser ampliado (parágrafo único do mesmo artigo), bem como, julgado o mérito do incidente, caberá recurso “*extraordinário ou especial*” com efeito suspensivo (art. 987 do CPC).

Parece-nos mais razoável, a interpretação provisória como opção às posições anotadas acima, proposta pela doutrina na figura da pessoa de SOFIA TEMER (Incidente de resolução de demandas repetitivas – 5ª. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, pág. 145), que, com muita propriedade e erudição, consigna:

“Cogitamos, em outro estudo, a possibilidade de os tribunais conferirem, quando da admissão do incidente, uma interpretação provisória acerca da questão a ser solucionada, de modo a evitar a suspensão total dos processos (...) Afinal, há casos em que a paralisação de todos os processos em trâmite no tribunal provocaria o efeito inverso à celeridade e à segurança jurídica pretendidos com o incidente (...) A proposta de fixação de interpretação provisória permitiria que não houvesse a suspensão de milhares de processos para tratar de questões pontuais. Ao final, sendo confirmada a interpretação provisória, não haveria nenhum prejuízo; modificada, o tribunal faria modulação de efeitos para preservar os atos praticados (...).”

Assim, com a interpretação provisória, preservaríamos a celeridade e a segurança jurídica.

Fixada essa possibilidade, passemos à interpretação, repita-se, ainda que provisória, da questão colocada no presente incidente.

Assinala YUSSEF SAID CAHALI (in Dano Moral, 4ª. Ed. Revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, p. 19) parecer “*mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’*”.

À f. 51 da obra supracitada, o erudito doutrinador registra fragmento extraído do mundo jurisprudencial: “*Vivemos período marcado por aquilo que se pode denominar banalização do dano moral. Notícias divulgadas pela mídia, muitas vezes com estardalhaço, a respeito de ressarcimentos milionários por alegado dano moral, concedidos por juízes no país e no exterior, acabam por influenciar as pessoas, que acabam por crer na possibilidade de virem a receber polpudas indenizações por aquilo que, a rigor, menos que dano moral, não constitui mais que simples aborrecimento’; advertindo-se que ‘somente fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para a indenização por dano moral, sob pena de banalizar o instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano’*”.

Com efeito, regra geral, no campo do dano moral não é suficiente o fato em si do acontecimento,

mas, sim, a comprovação de sua repercussão, “*prejudicialmente moral*”. Imperioso observar, contudo, que em determinadas situações o dano moral é inato à própria ofensa – **in re ipsa** -.

O dano moral presumido – **in re ipsa** – decorre da mera comprovação da prática da conduta ilícita, com a abstração de comprovação probatória do efetivo abalo moral. O STJ considera incidente essa hipótese, entre outros, em casos como: inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito (AgInt no Resp. 1828271/RS); protesto indevido de título (AgInt no AREsp 1457019/PB); uso indevido da marca (AgInt no AREsp 1427621); importação de produtos falsificados, ainda que não exibidos no mercado consumidor (AgInt no REsp 1652576/RJ); acidente de trabalho resultante na perda, pelo empregado, de dois dedos (REsp 260792/SP); devolução indevida de cheque (Súmula 388); apresentação antecipada de cheque pós-datado (Súmula 370); publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos (Súmula 403); violência doméstica contra a mulher (REsp 1819504/MS); óbito de integrante de núcleo familiar (AgInt no REsp 1165102/RJ); agressão física e verbal a criança (REsp 1642318/MS); inscrição indevida no SISBACEN (REsp 1811531/RS); recusa indevida ou injustificada, por operadora de plano de saúde, à cobertura de tratamento médico emergencial ou de urgência (AgInt no AREsp 1553980/MS).

Portanto, para o STJ, como se vê dos exemplos acima, não é aceitável, em casos excepcionais, exigir instrução probatória acerca do dano psíquico quando esse é perfeitamente presumido: no caso de agressão à criança ou adolescente, “*A sensibilidade ético-social do homem comum na hipótese, permite concluir que os sentimentos de inferioridade, dor e submissão, sofridos por quem é agredido injustamente, verbal ou fisicamente, são elementos caracterizadores da espécie do dano moral in re ipsa*” (Resp 1.642.318-MS); de violência à mulher, “*A atitude de violência doméstica e familiar contra a mulher está naturalmente imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa*” (Resp 1.819.504 MS), etc.

Mas, no direito brasileiro, regra geral é que os danos sejam comprovados pelo maltratado para que se revele o arbitramento judicial da compensação.

Ao analisarmos a questão posta neste incidente – contrato envolvendo instituição financeira e relação de consumo -, percebe-se que o entendimento jurisprudencial exteriorizado pelo STJ, é no sentido de que, mesmo reconhecendo “*grave defeito na publicidade e nas informações relacionadas aos riscos dos investimentos, induzindo os investidores em erro, o que impõe a responsabilidade civil da instituição financeira (...) O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de um plus, uma consequência fática capaz, essa sim, de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade*” (STJ, REsp 656932/SP, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 2.6.2014).

Mais:

“*O dano moral tem sido definido como a lesão a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social, dos quais se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto; o atentado à parte afetiva e/ou à parte social da personalidade, que, sob o prisma constitucional, encontra sua fundamentação no princípio da*

*dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF. 7. Considerada essa dimensão do **dano moral** - e para frear a atual tendência de vulgarização e banalização desse instituto, com as quais rotineiramente se depara o Poder Judiciário -, ele não pode ser confundido com a mera contrariedade, desconforto, mágoa ou frustração de expectativas, cada vez mais comuns na vida cotidiana, mas deve se identificar, em cada hipótese concreta, com uma verdadeira agressão ou atentado à dignidade da pessoa humana, capaz de ensejar sofrimentos e humilhações intensos, descompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado” REsp 1660152 SP*

Ainda:

*RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL COMPACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATOS COLIGADOS, COM INTERDEPENDÊNCIA DOS NEGÓCIOS DISTINTOS FIRMADOS. SOLIDARIEDADE OBRIGACIONAL ENTRE A REVENDA E O BANCO QUE FINANCIAM A COMPRA E VENDA PARA REPARAÇÃO DE EVENTUAIS DANOS. INEXISTÊNCIA. DISSABORES E/OU TEMPO DESPENDIDO, COM O CONDÃO DE ENSEJAR RECONHECIMENTO DE DANO MORAL. INVIABILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DE EFETIVA LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. FATO CONTRA LEGEM OU CONTRA JUS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. CONDENAÇÃO POR DANO MORAL EM CASOS QUE NÃO AFETEM INTERESSES EXISTENCIAIS. INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO E COM A TRIPARTIÇÃO DE PODERES. CONSEQUÊNCIAS DELETÉRIAS IMPREVISÍVEIS NO ÂMBITO DO MERCADO, EM PREJUÍZO DA PRÓPRIA GENERALIDADE DOS CONSUMIDORES. [...] 4. O direito à compensação de dano moral, conforme a expressa disposição do art. 12 do CC, exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade (como os que se extraem, em numerus apertus, dos arts. 11 a 21 do CC), bens tutelados que não têm, per se, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico, quais sejam: higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual. Nessa linha de intelecção, como pondera a abalizada doutrina especializada, mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. 5. Os “danos morais”, reconhecidos pelo Tribunal de origem, limitam-se a “dissabores por não ter havido pronta resolução satisfatória, na esfera extrajudicial, obrigando o consumidor a lavrar boletim de ocorrência em repartição policial”. **Certamente, não se pode tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer prejuízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao aborrecimento, sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias todas não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um.** 6. É o legislador que está devidamente aparelhado para a apreciação e efetivação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais. A condenação por dano moral, em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela, sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância. [...] 7. Recurso especial provido para restabelecimento do decidido na sentença. (STJ), REsp 1406245/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10.2.2021) (grifei).*

Emblemática, ainda, a manifestação recente:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CONDENATÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE DEMANDADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano moral indenizável, devendo haver consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico.

1.1. No caso concreto, o Tribunal de origem fundamentou a ocorrência do dano moral apenas no mero atraso na entrega da obra, aduzindo de forma genérica a ofensa à dignidade dos consumidores, sem demonstrar, de forma clara e específica, a ocorrência de sofrimento, angústia ou abalo psicológico ocasionado aos recorridos.

1.2. A inexistência de circunstância especial que extrapole o mero aborrecimento, decorrente do atraso na entrega do imóvel, enseja a manutenção da decisão agravada que determinou o afastamento da indenização por danos morais. Precedentes.

2. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 2.005.466/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 3/10/2022, DJe de 6/10/2022.)

Como se vê dos precedentes citados, mudando o que deve ser mudado, a sinalização da Corte da Cidadania é clara no sentido de exigir, de comum, a comprovação do dano, e só excepcionalmente de admitir a incidência *in re ipsa*.

Se esse, efetivamente, é o posicionamento mais lógico, há que se responder negativamente sobre a possibilidade da incidência do dano moral **in re ipsa** na hipótese de reconhecimento da invalidade da contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável em benefício previdenciário. Em outros termos, não há como afirmar bastar a invalidade contratual para concluirmos que esse fato em si já traria nas suas entranhas uma demonstração de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade do consumidor. Nesses casos, a comprovação do dano é de rigor, fato impeditivo da incidência do dano **in re ipsa**, porquanto não há como falar, a priori, ofensa aos direitos da personalidade do consumidor. É dizer: no caso há de se exigir a materialização do prejuízo anímico suficiente para responsabilizar o autor do ato ofensivo, já que a exteriorização do prejuízo não ocorre do simples fato da violação.

Em resumo, sou pela fixação da tese, em caráter provisório, da não incidência de dano moral **in re ipsa** na hipótese de invalidade da contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável em benefício previdenciário.

Voto, pois, por admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos da fundamentação, com fixação de interpretação provisória da questão.

Proceda-se às comunicações e intimações pertinentes.

Dê-se ciência, facultando-lhes manifestação no prazo de quinze dias, à Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN e ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC.

Após, sejam os autos remetidos a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Ante o exposto, voto por admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos da fundamentação, com fixação de interpretação provisória da questão.

Documento eletrônico assinado por **ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2659857v36** e do código CRC **5d5e9a2b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO**

Data e Hora: 8/12/2022, às 10:4:13

AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 5009075-66.2022.8.24.0000/

RELATOR: DESEMBARGADOR JÂNIO MACHADO

AUTOR: ANGELA MARIA DE SOUSA DA SILVA

AUTOR: ROGERIO JOAO DA SILVA

RÉU: BANCO DO BRASIL S.A.

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA DA AÇÃO QUE É AFASTADA PORQUE O AJUIZAMENTO OBSERVOU O PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 975, "CAPUT", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO QUE HOMOLOGOU O CÁLCULO PERICIAL E REJEITOU A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA POR OFENSA À COISA JULGADA (ART. 966, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). INTERESSE PROCESSUAL DOS AUTORES BEM EVIDENCIADO PELO ACOLHIMENTO DO INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. EXAURIMENTO DAS VIAS RECURSAIS QUE AFASTA A ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DA PRESENTE AÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. TÍTULO EXECUTIVO QUE PREVIU EXPRESSAMENTE A ATUALIZAÇÃO DOS VALORES A REPETIR PELOS MESMOS ENCARGOS EXIGIDOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE FEZ PREVALECER A ORIENTAÇÃO QUE VEM DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO SENTIDO DE NÃO ADMITIR TAL CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO, EM DETRIMENTO DA COISA JULGADA. VIOLAÇÃO MANIFESTA QUE JUSTIFICA O DECRETO RESCISÓRIO. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE É DESPROVIDO SE A ARGUIÇÃO DO EXCESSO DE EXECUÇÃO, NO PONTO, CONSTITUÍA O SEU ÚNICO FUNDAMENTO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

ACÓRDÃO

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, julgar procedente o pedido inicial (art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015) para rescindir o acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Comercial no julgamento do agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000 na sessão de 14.3.2019 e, por consequência, negar provimento àquele recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Roger's Lanchonete Ltda. ME ajuizou ação rescisória contra Banco do Brasil S/A, com fundamento no art. 966, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, objetivando a desconstituição do acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Comercial no agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000, sob o argumento de que a determinação para “a readequação dos cálculos apresentados levando-se em consideração a repetição do indébito na sua forma simples, com o acréscimo de juros de mora à taxa legal”, violou a coisa julgada, uma vez que o título executivo assegurou o direito à compensação dos valores pagos a maior “atualizados de acordo com os mesmos critérios utilizados na sua formação”, a razão de ter pleiteado a: a) concessão do benefício da justiça gratuita; b) a rescisão do acórdão e; c) realização de novo julgamento do agravo de instrumento.

O benefício da justiça gratuita foi indeferido (evento 7), assim como o pedido de reconsideração (evento 14).

O pedido da autora, de retificação do cadastro processual para constar no polo ativo as pessoas físicas Rogério João da Silva e Ângela Maria de Souza, em vez da pessoa jurídica (evento 20), foi deferido (evento 22).

O requerido apresentou contestação (evento 50) com alegações de: a) prescrição; b) ausência de interesse processual, levando-se em consideração que não foi demonstrada a “necessidade ou utilidade do processo” e, tampouco, a via eleita se presta “como sucedâneo recursal”; c) ausência de pressuposto da ação rescisória, no caso, a presença de uma das situações previstas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015; d) impugnação à concessão do benefício da justiça gratuita e; e) inexistência de violação à coisa julgada.

A contestação foi impugnada (evento 58), a douta Procuradoria de Justiça afirmou a inexistência “de interesse público ou social apto a justificar a” sua participação (evento 64) e os autos vieram conclusos.

VOTO

Os autores pretendem desconstituir o acórdão proferido no agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000, que determinou “a readequação dos cálculos apresentados levando-se em consideração a repetição do indébito na sua forma simples, com o acréscimo dos juros de mora à taxa legal” (fl. 12 de “Documentação 8”, evento 1).

A rescisória é uma ação que “visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença como ato jurídico viciado” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. III, p. 745). É medida excepcional, que se restringe às hipóteses taxativas previstas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015.

O fundamento da ação é a ofensa à coisa julgada (art. 966, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015).

O art. 975, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

O trânsito em julgado do acórdão rescindendo ocorreu no dia 3.3.2020 (“Decisão 1002”, evento 308 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC) e a ação rescisória foi ajuizada em 23.2.2022, ou seja, menos de 2 (dois) anos depois, não se encontrando a presente ação atingida pela decadência, como arguido pelo requerido.

O ajuizamento desta ação deu-se após o exaurimento das vias recursais disponíveis, em se considerando que o acórdão rescindendo foi combatido por meio de recurso especial não admitido pela 3ª vice-presidência desta Corte, sendo também desprovido o recurso de agravo interposto no Superior Tribunal de Justiça (“Decisão 998” a 999, evento 308 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC), a razão de não estar caracterizada a utilização da via processual eleita como sucedâneo de recurso.

O interesse processual dos autores, por sua vez, reside na necessidade e na utilidade do procedimento eleito para afastar a alegada ofensa à coisa julgada, o que, efetivamente, trouxe prejuízo, uma vez que a alteração do critério de atualização dos valores a repetir levou ao acolhimento da impugnação ao cumprimento da sentença para o fim de reconhecer a ocorrência do excesso de execução (evento 407 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC).

O pedido de cumprimento da sentença proferida nos autos da ação de revisão n. 023.00.015383-7 apresentado no dia 4.12.2008 apontou o saldo credor no valor de R\$309.988,02 (trezentos e nove mil, novecentos e oitenta e oito reais e dois centavos) (evento 79 dos autos n. 5000036-51.2008.8.24.0092/SC).

O requerido apresentou impugnação ao cumprimento da sentença em 27.8.2009 afirmando ser devedor apenas da quantia de R\$95.773,16 (noventa e cinco mil setecentos e setenta e três reais e dezesseis centavos) (evento 112 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC).

A perita nomeada encontrou no dia 3.3.2017 o saldo credor a favor dos autores no importe de R\$547.828,08 (quinhentos e quarenta e sete mil, oitocentos e vinte e oito reais e oito centavos) (“Laudo/perícia 870”, evento 272 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC), isso após a expressa determinação pelo magistrado para que refizesse os cálculos apresentados anteriormente, devendo

“observar o limite de crédito concedido, aplicar os encargos permitidos, extirpando aqueles expressamente vedados e, após, eventual saldo a maior promover a atualização pelos mesmos índices da sua formação;” (evento 236 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC).

O cálculo da perita foi homologado pelo juízo, o que levou a rejeição do incidente de impugnação

ao cumprimento da sentença (evento 288 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC), sendo esta a decisão agravada nos autos do agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000.

No acórdão rescindendo, a Primeira Câmara de Direito Comercial, ao julgar o recurso de agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000, na sessão de 14.3.2019, reconheceu o excesso de execução sob o argumento de que a perita, no seu cálculo do evento 272 dos autos de origem,

“(…) passou a atualizar o saldo credor em favor do autor pelos mesmos critérios de sua formação contratual, ou seja, fez incidir as mesmas taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras, o que é vedado, segundo entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça” (“Decisão 982”, evento 307 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC).

Mais: afirmou-se naquele julgamento

“que o magistrado singular, nas razões de decidir, permitiu a repetição do indébito, mas na sua forma simples, ao fundamento de que ‘o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, [...] acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável’ (fl. 206)” (“Decisão 981” e 982, evento 307 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC).

Ora, a auxiliar do juízo, no cálculo elaborado em 3.3.2017, tão somente cumpriu a determinação de refazimento dos cálculos conforme o disposto no título executivo (evento 236 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC), e nele se lê com clareza na parte dispositiva:

“(v) determinar que os valores eventualmente pagos pela parte autora em razão dos encargos contratuais extirpados nesta sentença deverão ser compensados do novo saldo devedor e atualizados de acordo com os mesmos critérios utilizados na sua formação” (o grifo não consta do original) (fl. 8 de “Documentação 7”, evento 1).

Os fundamentos daquela decisão, ao contrário do que foi afirmado no acórdão rescindendo, não corroboram a compreensão de que a atualização do valor a ser restituído ficaria limitada ao acréscimo “de correção monetária e juros legais” se nada foi ressalvado neste sentido, a não ser pela transcrição do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor de onde foi extraída a referência a estes encargos. Mas, no título executivo, por óbvio que assim se fez somente à guisa de fundamentos, até porque, do contrário, outro seria o teor do dispositivo.

A alegada ofensa à coisa julgada pelo acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Comercial por ocasião do julgamento do agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000, na sessão de 14.3.2019, portanto, está caracterizada, o que justifica o acolhimento do pedido inicial aqui formulado (art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015) para rescindir aquele acórdão.

A propósito, no Grupo de Câmaras de Direito Comercial, assim já se decidiu:

“AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO UNIPessoal EXARADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE ACOLHEU EM PARTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA OPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, AQUI AUTORA. ALEGADA VIOLAÇÃO À COISA JULGADA E À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, V E IV, DO CPC/73). (...) DECISÃO RESCINDENDA EXARADA EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, QUE AUTORIZOU A REPETIÇÃO DO INDÉBITO UTILIZANDO OS MESMOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO ESTABELECIDOS NOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AS PARTES E PRATICADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGADA VIOLAÇÃO À COISA JULGADA E À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (ART. 1º, 4º E 5º DO DECRETO 22.626/33). *DECISUM* RESCINDENDO QUE OLVIDOU OS TERMOS DAS DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO EXARADAS NOS AUTOS DA AÇÃO REVISIONAL E EMBARGOS À EXECUÇÃO, AMBOS OBJETOS DO REFERIDO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PLEITO RESCISÓRIO PROCEDENTE. ADEMAIS, MESMO QUE ULTRAPASSADA FOSSE A OFENSA À COISA JULGADA, INCIDIRIA VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (DECRETO N. 22.626/33) EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE JUROS CAPITALIZADOS NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRERROGATIVA EXCLUSIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. PRECEDENTES DO STJ. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, IV E V, DO CPC/73, VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. *JUDICIUM RESCINDENS* PROCEDENTE DIANTE DA CONSTATADA VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. DECISÃO RESCINDIDA NO PONTO. PEDIDO CUMULADO DE NOVO JULGAMENTO. *JUDICIUM RESCISORIUM*. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA DETERMINAR QUE NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO OCORRA A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC A CONTAR DE CADA DESEMBOLSO INDEVIDO E JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. PLEITO RESCISÓRIO PARCIALMENTE ACOLHIDO.” (ação rescisória n. 0155339-84.2015.8.24.0000, de Canoinhas, relator o desembargador Mariano do Nascimento, j. 13.12.2017).

E porque, no agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000, o excesso de execução invocado consistiu unicamente no critério adotado pela auxiliar do juízo para o cálculo do valor da execução, que partiu da premissa de que o valor a repetir observará os mesmos encargos exigidos pela instituição financeira, o recurso é desprovido por decorrência lógica deste julgamento, impondo-se a manutenção da decisão do evento 288 dos autos n. 5000057-90.2009.8.24.0092/SC.

Com essas considerações, voto no sentido de julgar procedente o pedido inicial (art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015) para rescindir o acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Comercial no julgamento do agravo de instrumento n. 4005478-48.2018.8.24.0000 na sessão de 14.3.2019 e, por consequência, negar provimento àquele recurso.

Documento eletrônico assinado por **JANIO DE SOUZA MACHADO**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2661698v27** e do código CRC **e96ac438**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JANIO DE SOUZA MACHADO

Data e Hora: 27/10/2022, às 19:15:7

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO Nº 0308715-25.2014.8.24.0033/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR GUILHERME NUNES BORN

APELANTE: IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CREDITOS FINANCEIROS S.A. (EXEQUENTE)

APELADO: ANA PAULA LOPES PINHEIRO (EXECUTADO)

APELADO: OFICINA D'ARTE COMERCIO DE ARTESANATO LTDA (EXECUTADO)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE.

EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA. DISPENSABILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE EXECUTADA A RESPEITO DO SEU INTERESSE NA EXTINÇÃO PELO ABANDONO DO EXEQUENTE. PRECEDENTES DO STJ.

EXEQUENTE QUE FOI INTIMADO PELO CAUSÍDICO E PESSOALMENTE PARA DAR ANDAMENTO AO PROCESSO COM A OBSERVAÇÃO DE QUE A INÉRCIA LEVARIA À EXTINÇÃO DO FEITO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. DESÍDIA VERIFICADA. ABANDONO DA CAUSA CARACTERIZADO. EXEGESE DO ARTIGO 485, III E § 1º, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC E OBSERVÂNCIA ÀS ORIENTAÇÕES CONSTANTES NO ED NO AI NO RESP. 1.573.573/RJ DO STJ. SEM MAJORAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de julho de 2022.

RELATÓRIO

1.1) Da inicial

IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CREDITOS FINANCEIROS S.A. ajuizou ação de execução em face do OFICINA D'ARTE COMERCIO DE ARTESANATO LTDA. e ANA PAULA LOPES PINHEIRO.

Busca a satisfação de R\$39.908,71 (evento 1).

1.2) Do encadernamento processual

Citação (eventos 24 e 25).

Decurso do prazo para manifestação dos executados (evento 30).

1.3) Da sentença

Prestando a tutela jurisdicional (evento 116), o Juiz de Direito Stephan Klaus Radloff prolatou sentença nos seguintes termos:

Isso posto, ante o abandono da causa pelo autor e ausência de promoção dos atos que lhe competia, JULGO EXTINTO o presente processo, sem resolução de mérito, o que faço com fulcro no art. 485, III, do CPC.

Custas processuais pelo exequente (CPC, art. 485, § 2.º).

Embargos de declaração (evento 120) rejeitado (evento 122).

1.4) Do recurso

Inconformada, a parte exequente apelou argumentando que: I) não houve pedido de extinção por parte dos executados, conforme orientação da Súmula n. 240 do STJ; II) nunca teria abandonado o feito (evento 128).

1.5) Das contrarrazões

Ausente (evento 152).

Este é o relatório.

VOTO

2.1) Do juízo de admissibilidade

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, pois ofertado a tempo, modo, recolhido o preparo e evidenciado o objeto e a legitimação.

2.2) Do mérito

Sem razão.

Primeiro.

No que se refere à ausência de requerimento por parte dos executados quanto à extinção do feito por abandono, tem-se que eles não embargaram a execução ou sequer opuseram exceção de pré-executividade, permanecendo em completa inércia, o que leva a dispensabilidade da necessidade de requererem a extinção por abandono.

Vide precedentes recentes do STJ:

Contudo, esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada de que é desnecessário o requerimento do executado para reconhecimento do abandono da causa pelo exequente quando inexistirem embargos à execução pendentes de julgamento, visto que não haveria, nesse caso, defesa de mérito a ser examinada, a justificar eventual desinteresse do executado na extinção do processo executivo.

[...]

2. Inocorrente o malferimento ao artigo 485, § 6º, do CPC. Em execução não embargada, é dispensável à extinção do processo de execução pelo abandono o requerimento da parte executada. Incidência da Súmula 83 do STJ. (REsp n. 1.886.955, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 30-6-2022)

Ainda:

2. “A extinção do processo por abandono da causa pelo autor, necessita de requerimento do réu apenas nos casos em que o réu passou a integrar a lide, justificando, assim, sua manifestação acerca da extinção” (AgInt no AREsp 989.329/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe de 24/02/2017). (AgInt no AREsp n. 1.534.585/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 10-3-2020)

Deste Tribunal:

Por outro lado, o enunciado pela Súmula 240 da Corte Superior apenas tem incidência quando, perfectibilizada a citação, haja oposição de embargos à execução.

Na hipótese “sub judicie”, tendo a parte exequente sido cientificada para dar andamento ao feito, sob pena de extinção, tanto na pessoa de seu procurador, quanto pessoalmente, por meio de carta com aviso de recebimento dirigida ao endereço constante da peça portal, e, sendo o caso de execução não embargada, impõe-se a manutenção do pronunciamento judicial fundamentado no abandono da causa. (AC n. 0600218-22.2014.8.24.0041, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 25-4-2017)

Logo, por não existir qualquer manifestação por parte dos executados nos autos, torna-se dispensável a ouvida deles a respeito do abandono da parte exequente.

Segundo.

A parte exequente, de fato, abandonou a causa.

Da análise do feito, tem-se que a parte foi intimada para dar andamento processual em 21-1-2021 (evento 107), com término para 5-3-2021 (evento 107).

Porém, a parte exequente permaneceu inerte (evento 109), o que levou à intimação pessoa da parte exequente (eventos 110/111), sem que, novamente, nada acontecesse (evento 112), configurando, assim, a regra do art. 485, III, do CPC.

Ressalte-se que entre o prazo final para manifestação, em 24-6-2021 (evento 111) e a prolação da sentença, em 10-9-2021, decorreu mais dois meses e meio, mais uma vez, sem que a parte interessada se manifestasse.

Portanto, diante do descumprimento das intimações, impõe-se a preservação da decisão que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, pois evidente a inércia da parte exequente, não merecendo reforma a sentença combatida.

Por fim, quanto aos honorários recursais, com base na regra do art. 85, §11, do CPC, bem como em observância aos parâmetros delineados no ED no AI no REsp n. 1.573.573/RJ do STJ, deixa-se de majorar pois inexistente a fixação na origem.

Diante da fundamentação acima exarada: conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

3.0) Conclusão

Voto por conhecer e negar provimento ao recurso.

Documento eletrônico assinado por **GUILHERME NUNES BORN, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2467279v9** e do código CRC **6f97e398**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): GUILHERME NUNES BORN

Data e Hora: 29/7/2022, às 13:11:4

APELAÇÃO Nº 0303998-63.2015.8.24.0023/SC

RELATORA: JUÍZA ANDREA CRISTINA RODRIGUES STUDER

APELANTE: JOHN ROBERT AFINOWICZ (EMBARGADO)

APELANTE: ROBERT ALLEN MILLER (EMBARGADO)

APELADO: AYRTON ROBERTO BRANCO RAMOS (EMBARGANTE)

APELADO: NELIO PESTANA DA CORTE (EMBARGANTE)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. AVENTADA NECESSIDADE DE REJEIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PROVIMENTO QUE SE IMPÕE. PRETENSÃO AUTORAL QUE ENVOLVE A RESPONSABILIDADE PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. FUNDAMENTO QUE DÁ ENSEJO AO DEBATE SOBRE O EXCESSO DE EXECUÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE APRESENTAR DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO COM A INDICAÇÃO DO VALOR DA DÍVIDA REPUTADO CORRETO. PEDIDO DE NATUREZA MISTA. PRETENSÃO DE REVISÃO CONTRATUAL ACOPLADA AO PLEITO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 739-A, 5º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. INOBSERVÂNCIA NA ESPÉCIE, A INVIABILIZAR O RECONHECIMENTO DE EVENTUAL EXCESSO DE EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS QUE SE IMPÕE. READEQUAÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL.

ACÓRDÃO

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 lhe dar provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Inicialmente, adoto o relatório da sentença proferida (evento 55), *in verbis*:

Ayrton Roberto Branco Ramos e Nélio Pestana da Corte apresentaram Embargos à Execução em face de **John Robert Afinowicz e Robert Allen Miller**, impugnando a execução instaurada pelos embargados (autos n. 0334747-97.2014.8.24.0023), a qual visa à cobrança de R\$ 2.193.122,96 em decorrência da falta de entrega de imóveis na data prevista em Contrato Particular de Cessão de Quotas de Sociedade firmado entre as partes.

Os embargantes sustentam, em síntese, a inexigibilidade integral da multa compensatória, a impossibilidade de cumulação entre a multa penal compensatória e a moratória, a necessidade de aplicação de proporcionalidade e razoabilidade e a nulidade parcial da cláusula penal compensatória.

Os Embargos foram recebidos com efeito suspensivo (Evento 7), tendo o Tribunal de Justiça, contudo, afastado-o em sede de Agravo de Instrumento (Evento 29 - Decisão 88).

John Robert Afinowicz e Robert Allen Miller apresentaram resposta requerendo a improcedência dos pedidos.

Houve manifestações das partes.

O feito foi suspenso por conta da instauração de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, tendo os embargantes pleiteado o imediato julgamento da lide (Evento 49).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Na continuidade, resultou a parte dispositiva da sentença, que assim dispõe:

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos dos Embargos à Execução apresentados por **Ayrton Roberto Branco Ramos e Nélio Pestana da Corte** em face de **John Robert Afinowicz e Robert Allen Miller**, para excluir da quantia executada nos autos n. 0334747-97.2014.8.24.0023 a multa de 10% sobre o valor do negócio e para limitar a cláusula penal executada à quantia da obrigação principal do contrato de R\$ 1.160.000,00.

Em consequência, diante da sucumbência recíproca, **CONDENO** as partes ao pagamento das custas processuais pro rata e aos honorários advocatícios, estes que **FIXO** em 10% (dez por cento) sobre a redução da quantia executada em favor do causídico dos embargantes, e 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, subtraída a redução da quantia executada, em favor do procurador dos embargados, ex vi do art. 85, § 2º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Translade-se cópia desta sentença aos autos da execução.

Transitado em julgado, arquivem-se.

Irresignados, os embargados ingressaram com recurso de apelação cível (evento 64), em que aduziram, em síntese: a) em preliminar, que o art. 739-A, § 5º do CPC foi violado, uma vez que a petição inicial não declarou claramente o valor correto, nem apresentou memória de cálculo; e b) que a cláusula 12 do contrato de cessão de quotas foi interpretado indevidamente, de modo que esta não possui natureza de cláusula penal. Ao final requereu o provimento do recurso, com os efeitos do ônus sucumbencial.

Em contrarrazões, os apelados requereram a manutenção da sentença em seus fundamentos (evento 70).

Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça e vieram-me, então, conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por John Robertt Afinowicz e Robert Allen Miller contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de embargos à execução movida por Ayrton Roberto Branco Ramos e Nélio Pestana da Corte contra os apelantes.

Em análise aos argumentos da peça recursal, tem-se que:

1. Da preliminar de violação do art. 739-A, § 5º do CPC/1973

De início, argumentam os embargados que é cabível, à luz do disposto pelo art. 739-A, § 5º, do CPC/1973 a rejeição liminar dos embargos à execução, haja vista que autores/embargantes não declararam na petição inicial claramente o valor que entendem correto, bem como não apresentaram memória de cálculo.

O art. 739-A do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da oposição dos embargos à execução, em 09/03/2015, e correspondente ao previsto na redação do atual art. 919 do CPC/2015, estabelecia:

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na

petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Sobre o tema, destaca-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Caso o embargante pretenda alegar excesso de execução, deverá de imediato indicar o valor que entende efetivamente devido, apresentando a discriminação do cálculo procedido, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou do não conhecimento deste fundamento, se estiver cumulado com outro (art. 739-A, §5º, do CPC). De acordo com o art. 743, caracteriza-se o excesso de execução: “I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título; II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título; III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença; IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582); se o credor não provar que a condição se realizou” (Curso de processo civil, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449).

Com efeito, na hipótese, o pedido apresentado pelos embargantes envolvem o debate pela culpa do inadimplemento contratual, com fundamento no suposto atraso do Habite-se, o pedido de revisão das multas, o que caracteriza evidente excesso de execução, pois não há dúvidas que o acolhimento dos pedidos fundados na revisão daquelas cláusulas conduziria ao reconhecimento de tal excesso e, por corolário, a redução do *quantum debeatur*.

Ao alegarem a ocorrência do excesso de execução, os embargantes não apontaram o débito que entendiam devido, sequer apresentaram memória de cálculo, de modo que sua omissão implica a rejeição liminar do argumento, consoante se extrai do art. 739-A, § 5º, do CPC/1973 vigente à época da oposição da peça defensiva. Assim, a sentença recorrida merece reforma, em consonância ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TÍTULO. LIQUIDEZ. REEXAME. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. EXECUÇÃO. EXCESSO. CÁLCULO. MEMÓRIA. REJEIÇÃO. ART. 739-A, § 5º, DO CPC/1973. IMPUGNAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULAS N. 83/STJ E 283/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A alegada violação ao art. 535 do CPC/1973 não ficou configurada, pois o Tribunal de origem examinou, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que tenha decidido de modo contrário à pretensão do recorrente.

2. A revisão da conclusão alcançada (quanto à presença dos requisitos de exigibilidade e liquidez do título executivo) demandaria o imprescindível reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pelos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.

3. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a alegação de excesso de execução deve vir acompanhada do valor que a parte insurgente entende ser devido, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. É inadmissível o recurso especial na hipótese em que o acórdão recorrido assenta-se em mais de um fundamento suficiente (obrigação de o executado discriminar em planilha os valores que entende devidos e indicar o excesso) e o recurso não abrange todos eles. Aplicação do enunciado n. 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 679.903/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2021, DJe 06/10/2021). Grifei

E ainda, colhe-se desta Câmara de Direito Comercial:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA QUE REJEITOU LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL COM BASE NOS ARTIGOS 917, § 4º, INCISO II, E 918, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. RECURSO DOS EMBARGANTES/EXECUTADOS. ALMEJADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DETERMINAÇÃO, AO EXEQUENTE, DE EXIBIÇÃO DE TODOS OS CONTRATOS OS QUAIS ORIGINARAM O TÍTULO EXEQUENDO PARA, ENTÃO, APONTAREM OS ENCARGOS QUE ENTENDEM ABUSIVOS. INSUBSISTÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO QUE, EM RELAÇÃO AO PEDIDO REVISIONAL POSSUI NATUREZA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL DE QUE, JÁ NA PETIÇÃO INICIAL, A PARTE EMBARGANTE ESPECIFIQUE AS ABUSIVIDADES CONTRATUAIS E QUANTIFIQUE O SUPOSTO EXCESSO DE EXECUÇÃO, DECLARANDO A QUANTIA QUE ENTENDE EFETIVAMENTE DEVIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 330, § 2º, E 917, §§ 3º E 4º, AMBOS DO DIPLOMA PROCESSUAL. VIABILIDADE E NECESSIDADE DE PRÉVIA APURAÇÃO E INDICAÇÃO DA QUANTIA INCONTROVERSA EM SEDE DA PETIÇÃO INICIAL DOS EMBARGOS QUE IMPLICA NA REJEIÇÃO LIMINAR DA PEÇA QUE NÃO CUMPRE TAL REQUISITO. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE REVISÃO DE ENCARGOS E CLÁUSULAS CONTRATUAIS IMPUGNADOS APENAS GENERICAMENTE E NÃO DE FORMA ESPECÍFICA EM RELAÇÃO AO CONTRATO EXEQUENDO, SOB PENA DE SE PROMOVER REVISÃO “EX OFFICIO”, VEDADA PELO ORDENAMENTO, NOS TERMOS DA SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. “O pedido de revisão contratual, deduzido em sede de embargos do devedor, tem natureza mista de matéria ampla de defesa (art. 745, V, CPC) e de excesso de execução (art. 745, III, CPC), com preponderância, entretanto, desta última, dada sua inevitável repercussão no valor do débito. Assim, incumbe ao devedor declarar na petição inicial o valor que entende correto e apresentar a respectiva memória de cálculo, por imposição do art. 739-A, § 5º, CPC” (STJ, REsp 1365596/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10/9/2013). [...] (TJSC, Apelação n. 0302342-95.2018.8.24.0175, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 28-04-2022). Grifei

Registre-se, igualmente, que embora a parte embargante tenha questionado a integralidade do débito, a satisfação do requisito em comento não é dispensável, porquanto houve cumulação de pedidos, sendo que nem todos eram pertinentes à totalidade do débito exequendo.

Portanto, tratando-se de pedido de natureza mista, com pretensão de revisão contratual e pleito de excesso de execução, verifica-se a imprescindibilidade da declaração do valor que se entende correto e apresentação da respectiva memória de cálculo na exordial dos embargos, sob pena de rejeição dos embargos. Neste sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO, NOVAÇÃO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA ASSINADO POR TESTEMUNHAS. SENTENÇA DE REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. RECURSO DOS EMBARGANTES. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ DO TÍTULO DE CRÉDITO. TESE ARREDADA. REQUISITOS LEGAIS EVIDENCIADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 585, II, E 586 DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CORRESPONDENTES AOS ARTS. 784, III, E 783 DO CPC/2015). RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. MÉRITO DO APELO. SUSTENTADA A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INACOLHIMENTO. FORNECIMENTO DE PRODUTOS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. EMPREGO DOS PRODUTOS ADQUIRIDOS NO FOMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DESEMPENHADA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADA. TESE ARREDADA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO PROEMIAL DE COBRANÇAS INDEVIDAS EM RAZÃO DE ENCARGOS ABUSIVOS PRESENTES NO CONTRATO OBJETO DA AÇÃO EXECUTÓRIA. PEDIDO DE NATUREZA MISTA. PRETENSÃO DE REVISÃO CONTRATUAL INCLUSIVE DE AVENÇAS ANTERIORES ACOPLADA AO PLEITO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO (ART. 745, III E V, DO CPC/1973 CORRESPONDENTES AO ART. 917, III E VI DO CPC/2015). PREPONDERÂNCIA DESTE ÚLTIMO. IMPRESCINDIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DO VALOR QUE SE ENTENDE CORRETO E APRESENTAÇÃO DA RESPECTIVA MEMÓRIA DE CÁLCULO NA EXORDIAL DOS EMBARGOS. ÔNUS DO DEVEDOR. FALTA DE INDICAÇÃO QUE ACARRETA REJEIÇÃO OU NÃO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. EXEGESE DO ART. 739-A, §5º, DO ANTIGO DIPLOMA INSTRUMENTAL (CORRELATO AO ART. 525, §§ 1º, 4º E 5º, DO CPC/2015). AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO. NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS NO TOCANTE AO ALEGADO EXCESSO DE EXECUÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, IV DO CPC/2015 (ART. 267, IV, DO CPC/1973). PRECEDENTES DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE AREÓPAGO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO, PORÉM, COM FUNDAMENTO DIVERSO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0005067-60.2011.8.24.0019, de Concórdia, rel. Luiz Felipe Schuch, Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 05-09-2018).

Destarte, o apelo deve ser provido para o fim de se rejeitar os embargos e readequar os honorários advocatícios, condenando o executado/apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor executado.

Voto por conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Documento eletrônico assinado por **ANDREA CRISTINA RODRIGUES STUDER, Juíza de Direito Convocada**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **1536443v54** e do código CRC **f62710a5**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ANDREA CRISTINA RODRIGUES STUDER

Data e Hora: 29/8/2022, às 15:5:35

APELAÇÃO Nº 5003833-70.2021.8.24.0030/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ZANELATO

APELANTE: BANCO DO BRASIL S.A. (EMBARGADO)

APELADO: M S SUL AGENCIA MARITIMA LTDA (EMBARGANTE)

APELADO: MARCELO ADAM BORBA (EMBARGANTE)

APELADO: GUILHERME ADAM BORBA (EMBARGANTE)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA RECONHECER A IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL CONSTRITO. RECURSO DO BANCO EMBARGADO.

BEM DE FAMÍLIA (ARTIGO 1º DA LEI Nº 8.009/90). INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA PROTETIVA. RECONHECIDA A IMPENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL ONDE RESIDE A PARTE EXECUTADA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS IMÓVEIS PARA RECONHECIMENTO DO BEM DE FAMÍLIA. PROVA EM CONTRÁRIO NÃO PRODUZIDA PELO CREDOR. ÔNUS DE SUA INCUMBÊNCIA. ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE O DEVEDOR SER PROPRIETÁRIO DE OUTROS IMÓVEIS RESIDENCIAIS, HIPÓTESE EM QUE A PROTEÇÃO LEGAL PREVALECE SOBRE O DE MENOR VALOR OU NAQUELE GRAVADO COM ESTA CONDIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO COMPETENTE. PROVA NESSE SENTIDO TAMBÉM DE ATRIBUIÇÃO DO EXEQUENTE, TODAVIA NÃO FORNECIDA AOS AUTOS. BEM CARACTERIZADO COMO IMPENHORÁVEL. CONSEQUENTE NULIDADE DA CONSTRICÇÃO JUDICIAL REALIZADA NA ORIGEM. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA, “NÃO É NECESSÁRIA A PROVA DE QUE O IMÓVEL ONDE RESIDE O DEVEDOR SEJA O ÚNICO DE SUA PROPRIEDADE, PARA O RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA, COM BASE NA LEI 8.009/90. PRECEDENTES.” (RESP 1014698/MT, REL. MINISTRO RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 06/10/2016, DJE 17/10/2016)

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 de apelação e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

BANCO DO BRASIL S.A. interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau Antônio Carlos Ângelo, nos autos da ação de embargos à execução proposta por M S SUL AGENCIA MARITIMA LTDA, MARCELO ADAM BORBA e GUILHERME ADAM BORBA, em curso perante o juízo da 1ª Vara da Comarca de Imbituba, que julgou procedentes os pedidos formulados na petição inicial, nestes termos:

MARCELO ADAM BORBA, GUILHERME ADAM BORBA e M S SUL AGENCIA MARITIMA LTDA - ME, opuseram EMBARGOS À EXECUÇÃO contra eles proposta por BANCO DO BRASIL S.A., objetivando a extinção da expropriatória e declaração de impenhorabilidade do bem de família lá indicado à penhora.

A certidão acostada no Evento 5 consignou que “os presentes embargos são intempestivos, tendo em vista que o curador nomeado aos executados/embargantes citados por edital, foi intimado da decisão acerca da sua nomeação, bem como para apresentar embargos com início do prazo em 25/05/2021 e término em 15/06/2021 (eventos 223 e 231/234 da execução), sendo protocolado em 18/08/2021”.

Apesar disso, a decisão lançada no Evento 7 consignou que os presentes embargos seriam processados, apesar da intempestividade, porque “além da contestação por negativa geral (prerrogativa do curador especial nomeado), foi invocada questão de ordem pública, consistente na alegada impenhorabilidade do imóvel referido”

Assim, com a impugnação da parte exequente/embargada (Evento 10), vieram os autos conclusos.

É O BREVE RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Como é sabido, o prazo para oferecimento de embargos à execução de título extrajudicial é de 15 (quinze) dias, a contar da juntada aos autos do mandado de citação, consoante arts. 213 e 915 do CPC.

Ocorre que, no presente caso, os embargos foram manejados por intermédio de curador especial nomeado especificamente para tal finalidade, porquanto foram os executados/embargantes citados por edital na execução/processo de origem.

Dessa feita, possível a contestação por negativa geral - prerrogativa essa do curador especial (art. 341, inc. III, CPC).

E, nesse ponto, reputo que não há qualquer indicativo que acene para eventual nulidade a ser conhecida na execução de origem (autos n. 0003419-32.1999.8.24.0030).

Os títulos extrajudiciais lá carreados possuem liquidez, certeza e exigibilidade.

Contudo, mesmo sabendo que “Embargos à Execução” (art. 915, CPC), não se confundem com os “Embargos à Penhora” (art. 854, § 3º, CPC), reputo possível conhecer - através do presente feito - da evocada impenhorabilidade do imóvel lá indicado à penhora, por ser essa uma questão de ordem pública.

É que a consulta pública realizada através do serviço disponibilizado pelo Colégio Registral Imobiliário de Santa Catarina <<https://central.centralrisc.com.br>> aponta que, de fato, na presente data e em nome do executado Guilherme Adam Borba, há registro de apenas aquele imóvel então indicado à penhora, o que demonstra ser o único a ele pertencente.

Diante disso, possível o reconhecimento da impenhorabilidade do mencionado bem, conforme disposto na Lei n. 8.009/90, in verbis:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Ademais, quando instado, o exequente não logrou comprovar a existência de outro bem imóvel do(s) executado(s), que pudesse derruir a presunção que advém da alegação do embargante e da consulta ora realizada.

*Portanto, tendo em conta que os elementos então trazidos à análise conferem verossimilhança à evocada impenhorabilidade (art. 3º da Lei n. 8.009/90), tenho por bem **INDEFERIR** o pleito pela penhora do imóvel identificado pela Matrícula n. 6.870 (Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca), postulada no processo principal.*

DISPOSITIVO:

*Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos deduzidos nos embargos à execução em tela, apenas para indeferir, de plano, o pleito formulado na execução de origem - **processo 0003419-32.1999.8.24.0030/SC, evento 161, PET204** - consistente na penhora do imóvel identificado pela Matrícula n. 6.870 (Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca), pertencente ao embargante Guilherme Adam Borba, em face da sua impenhorabilidade.*

Eventuais custas, se houver, pelo embargado.

Fixo a remuneração do curador especial nomeado em prol dos embargantes - Dr. David Lehmkuhl Torres (OAB/SC 53.866), em R\$ 318,91 (trezentos e dezoito reais e noventa e um centavos), nos termos do que prevê a Resolução CM n. 5/2019.

Requisite-se o pagamento através do sistema AJG/PJSC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, archive-se. (Evento 14 - eproc 1g)

Irresignada, a parte embargada interpôs recurso de apelação, sob os fundamentos de que: a) a prova de que se trata de bem impenhorável deve ser robusta, ou seja, se faz necessário comprovar de forma cabal que o imóvel penhorado está revestido pelo manto da impenhorabilidade. A pretensão acerca da alegação de impenhorabilidade trazida pela parte contrária não merece prosperar. Isso porque, mesmo tendo a parte alegado a impenhorabilidade de imóvel, deixou-se de demonstrar ausência de outro bem de sua propriedade; b) a ação expropriatória tem por objetivo a satisfação do crédito, concretizando o comando normativo obrigacional previsto no título executivo. Isto é, a execução se faz no interesse do credor, conforme art. 797 do CPC. Desta forma, ao ser realizada a execução no interesse do credor, nos termos do permissivo legal supracitado, esta deve ser conduzida de forma a que se obtenha o resultado pretendido pelo exequente. Por fim, devendo o Estado-Juiz garantir a efetividade de suas decisões, a reforma da sentença e manutenção da penhora sobre o imóvel pertencente ao apelado é medida que se impõe, pelos fatos e fundamentos acima delineados (Evento 23 - eproc 1g).

Intimada a parte apelada, não foram apresentadas as contrarrazões no prazo legal.

O recurso ascendeu ao Tribunal de Justiça e foi distribuído a esta relatoria.

Os autos vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Exame de admissibilidade

Inicialmente, registra-se que se trata de recurso de apelação interposto contra sentença prolatada sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, motivo pelo qual é este diploma processual que disciplina o cabimento, o processamento e a análise do presente recurso, haja vista o princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

Feitas estas digressões, conheço do recurso de apelação porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2. Fundamentação

A responsabilidade patrimonial do devedor no processo executivo encontra previsão legal no artigo 798 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Em complemento, a norma do artigo 832 do CPC dispõe que “não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

Na lição de Fredie Didier Júnior, “a impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É uma técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo, a função social da empresa ou a autonomia da vontade. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada. (Curso de Direito Processual Civil: execução. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 831).

Por essa razão, o legislador estabelece um rol no artigo 833 do Código de Processo Civil que prevê os principais bens considerados impenhoráveis, *in verbis*:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no **art. 528, § 8º**, e no **art. 529, § 3º**.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Estabelece o art. 5º da Lei nº 8.009/90:

*Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência **um único** imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. (grifou-se)*

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Denota-se, pela leitura do referido dispositivo legal, que a lei não exige a comprovação de tal requisito. Pelo contrário, permite, inclusive, que o casal ou a entidade familiar possua vários imóveis, caso em que a proteção da impenhorabilidade incidirá sobre o imóvel de menor valor.

Logo, diferentemente do que sustenta o banco apelante, não há se falar em impor ao executado que faça prova negativa de propriedade de imóveis além daquele que foi penhorado constitui ônus de produzir prova diabólica, tendo em vista a dificuldade que terá a parte de coletar certidões negativas em todos os registros imobiliários existentes para comprovar o fato.

O ônus probatório da existência de outros imóveis, que não aquele de residência da família do devedor, deve ser atribuído ao exequente, porquanto é seu o interesse de que a constrição judicial recaia sobre imóveis de maior valor, bem como se trata de prova positiva e possível de ser produzida.

Com efeito, lecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida. “(...) é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”. Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo... [...] É uma prova unilateralmente diabólica, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra. (Curso de direito processual civil. Vol. 2. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 89/90)

Não bastasse isso, o magistrado singular deixou expresso na sentença que “a consulta pública realizada através do serviço disponibilizado pelo Colégio Registral Imobiliário de Santa Catarina <<https://central.centralrisc.com.br>> aponta que, de fato, na presente data e em nome do executado Guilherme Adam Borba, há registro de apenas aquele imóvel então indicado à penhora, o que demonstra ser o único a ele pertencente” (Evento 14).

A interpretação da norma jurídica que prevê o direito à impenhorabilidade do bem da família, deve ser extraída da conjugação dos textos legais dispostos na Lei nº 8.009/90, e nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil, que visam dar eficácia aos princípios constitucionais do mínimo existencial e do direito à moradia (arts. 1º, III, e 6º, ambos da CF).

Trata-se, pois, de norma que possui forte carga valorativa, o que impõe ao julgador a realização de juízo de ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

Como bem leciona Arnaldo Rizzardo, “no elenco de direitos e garantias, têm-se como da maior relevância aqueles que dizem com a vida e a dignidade do ser humano, envolvendo naturalmente a proteção à moradia, que deve constituir uma das principais metas do próprio Estado. Nesta dimensão, introduziram-se leis destinadas a proteger o patrimônio formado pelos bens utilizados para as pessoas se abrigarem e viverem individualmente ou no conjunto familiar”. (Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 855)

O entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça erige-se no sentido de que a interpretação do magistrado acerca da aplicação do benefício da impenhorabilidade do bem de família não deve ser restrita e literal, mas abrangente e finalística, diante da sua natureza principiológica.

Com efeito, o enunciado na Súmula 486 da Corte Superior de Justiça expõe ser impenhorável o único imóvel residencial do devedor, mesmo que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

Senão, vejamos:

BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IRRELEVÂNCIA. ÚNICO BEM DA DEVEDORA. RENDA UTILIZADA PARA A SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA. INCIDÊNCIA DA LEI 8.009/90. ART. 1º. TELEOLOGIA. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO DESACOLHIDO. I - Contendo a Lei n. 8.009/90 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso. II - Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família. [...] O acórdão impugnado concluiu pela dispensa de produção de prova testemunhal, porque, mesmo que eventualmente provado não residir a executada no imóvel indicado para penhora, estaria caracterizado o bem de família. Além de ser o único bem imóvel da devedora, anotou o julgado, o valor obtido com a sua locação serve de complemento à renda familiar. A conclusão adotada pelo julgado, a meu sentir, espelha com fidelidade a teleologia da norma instituidora da impenhorabilidade do bem de família. Não se nega, é bem verdade, que, em se cuidado de norma que restringe o princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em consideração as circunstâncias concretas de cada caso. (STJ. REsp 159213/ES, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/04/1999, DJ 21/06/1999, p. 162) (grifou-se)

Tal entendimento é esposado por esta Corte estadual, que assim tem decidido:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. COMPROVAÇÃO DE QUE O IMÓVEL PENHORADO SERVE DE RESIDÊNCIA AOS EMBARGANTES. DEVEDORES QUE POSSUEM IMÓVEL CONTÍGUO, COM MATRÍCULA DIVERSA, EM QUE FOI EDIFICADA A MORADIA DO FILHO. PROTEÇÃO DA LEI N. 8.009/90 AO BEM DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO QUE PRESCINDE DA DEMONSTRAÇÃO DE QUE É O ÚNICO IMÓVEL PERTENCENTE AO NÚCLEO FAMILIAR. PRECEDENTES DA CÂMARA E DO STJ. AMPLIAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DADA À LEI 8.009/90, DE MODO A ASSEGURAR A MANUTENÇÃO DOS IMÓVEIS DESTINADOS À RESIDÊNCIA DA ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.069251-8, da Capital - Continente, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 20-06-2013). (grifou-se)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL (CHEQUE). DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU PEDIDO DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. MÉRITO. CONSTRIÇÃO SOBRE BEM IMÓVEL. ÚNICO REGISTRADO EM NOME DA PARTE EXECUTADA. CERTIDÕES DOS CARTÓRIOS DE REGISTROS DE IMÓVEIS NESTE SENTIDO. EXEGESE DOS ARTIGOS 1º E 5º DA LEI 8.009/90. IMÓVEL ALUGADO A TERCEIRO. VALOR APROXIMADO AO MONTANTE PAGO PELA PARTE DE ALUGUEL EM OUTRA CIDADE. DESTINAÇÃO A MORADIA DEMONSTRADA. EXEGESE DA SÚMULA 486 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO CASSADA. “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”. (Súmula 486 do STJ.) Hipótese em que os embargantes residem em imóvel

alugado, noutra cidade, diversa da em que situado o único de sua propriedade, locado a terceiro por valor similar, havendo demonstração que um dos dois imóveis penhorados encontra-se encravado dentro do outro, ausente comprovação de possuírem os embargantes mais um bem imóvel, mantendo-se a impenhorabilidade reconhecida pela sentença. Precedentes do TJRS e STJ. [...] Apelação a que se nega seguimento". (Apelação Cível Nº 70058433228, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 13/02/2014). RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.077494-7, de Blumenau, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 03-04-2014). (grifou-se)

EMBARGOS DO DEVEDOR. BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO DE QUE O EMBARGANTE NÃO RESIDE NO IMÓVEL. IRRELEVÂNCIA DO ARGUMENTO. O BEM IMÓVEL ÚNICO DE PROPRIEDADE DA ENTIDADE FAMILIAR É IMPENHORÁVEL. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR. O Superior Tribunal de Justiça "tem ampliado a interpretação dada à Lei 8.009/90, visando proteger a pessoa inadimplente da perda total de seus bens e assegurar a ela, no mínimo, a manutenção do imóvel destinado à residência, mesmo que o devedor nele não resida" (REsp 377.901/GO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11.04.05) (AgRg no REsp n. 1018814/SP, rel. Min. Castro Meira, DJe 28-11-2008). (TJSC, Apelação Cível n. 2004.035946-2, de Modelo, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 25-05-2009). (grifou-se)

Oportuno e conveniente salientar, o bem de família é um benefício legal que visa assegurar a garantia do patrimônio mínimo das pessoas e a dignidade da pessoa humana do devedor e de sua família. Para tanto, a legislação brasileira faculta às pessoas a instituição de bem de família convencional ou voluntário (art. 1.712 do CC), sem prejuízo de a própria lei proteger o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar (Lei nº 8.009/90).

Portanto, para aferir a impenhorabilidade do bem de família, cumpre verificar a finalidade de um único imóvel do patrimônio do devedor, não sendo imprescindível que ele mesmo resida no bem, porquanto é possível que o imóvel sirva para a moradia de outros membros da entidade familiar e o executado esteja residindo em outro local, por motivos diversos. Admite-se, inclusive, a locação do bem, quando os frutos reverterem a benefício da subsistência do proprietário.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA (LEI 8.009/90, ARTS. 1º E 5º). CARACTERIZAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO.1. Tendo a devedora provado suficientemente (ab initio) que a constrição judicial atinge imóvel da entidade familiar, mostra-se equivocado exigir-se desta todo o ônus da prova, cabendo agora ao credor descaracterizar o bem de família na hipótese de querer fazer prevalecer sua indicação do bem à penhora.2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90. Precedentes.3. Recurso especial provido.(REsp 1014698/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016) [destacou-se]

Admitindo-se, na pior das hipóteses, que a parte executada comprovadamente fosse proprietário de outros imóveis residenciais, ainda assim, socorre-lhe o benefício previsto no art. 5º,

caput, e parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, porquanto, a teor dessa norma, a impenhorabilidade incide sobre aquele de menor valor, exceto que outro contenha registro imobiliário específico.

Vai daí, portanto, que, somente quando ficar demonstrada nos autos esta última hipótese, é que, havendo dúvida, ao juiz, incumbe ordenar ao executado que faça prova (porém, positiva) da existência de imóvel constituído como bem de família no registro imobiliário, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, e, se inexistente essa condição, então, determinar a avaliação de todos os imóveis, para poder declarar a impenhorabilidade do imóvel de menor valor, situações que não se aplicam ao caso em tela.

Diante deste panorama, considerando que a proteção à dignidade da família sobrepõe-se à da propriedade, direitos igualmente resguardados constitucionalmente, afigura-se necessário e razoável reconhecer a impenhorabilidade do bem imóvel do qual o executado é titular, tendo em vista se tratar de bem de família, nos termos art. 1º da Lei nº

À luz de todas essas considerações, mostrando-se acertada a sentença hostilizada pela via do recurso em apreciação, sua manutenção é medida que se impõe.

Sucumbência recursal prejudicada (art. 85, § 11, do CPC/15), em razão de não ter havido condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, mas apenas remuneração do curador especial nos termos da Resolução CM n. 5/2019, sendo que sequer houve atuação do referido curador especial nesta fase recursal.

3. Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **LUIZ ZANELATO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2945042v3** e do código CRC **d6afea57**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ ZANELATO

Data e Hora: 8/12/2022, às 18:34:56

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO Nº 0301090-75.2018.8.24.0072/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SALIM SCHEAD DOS SANTOS

APELANTE: FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITARIOS MULTSEGMENTOS NPL IPANEMA VI - NAO PADRONIZADO

ADVOGADO: HUDSON JOSE RIBEIRO (OAB SP150060)

ADVOGADO: HUDSON JOSE RIBEIRO

APELADO: ESLEY MENDES ALVES

INTERESSADO: AYMORE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A.

ADVOGADO: PAULO EDUARDO MELILLO

EMENTA

APELAÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E JULGOU EXTINTO O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AUTORA.

CONTRATO CELEBRADO DE FORMA ELETRÔNICA. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DA VIA FÍSICA. NECESSÁRIO O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O SEU REGULAR PROSSEGUIMENTO. SENTENÇA CASSADA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. CRITÉRIOS CUMULATIVOS ESTABELECIDOS PELO STJ NÃO ATENDIDOS (AGINT NOS ERESP N. 1539725/DF).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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 e dar-lhe provimento para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o seu regular prosseguimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de julho de 2022.

RELATÓRIO

FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITORIOS MULTSEGMENTOS NPL IPANEMA VI - NAO PADRONIZADO interpôs apelação cível contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Tijucas, que, nos autos da ação de busca e apreensão n. 301090-75.2018.8.24.0072, ajuizada em face de ESLEY MENDES ALVES, indeferiu a inicial e extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos seguintes termos (**evento 15, SENT21**):

Vistos, etc.

Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A ajuizou ação de busca e apreensão contra Esley Mendes Alves.

Constatou-se que a petição inicial não preenchia os requisitos legais e foi determinada sua emenda no prazo de quinze dias (p. 32 e p. 37). Contudo, o prazo decorreu sem manifestação da parte autora, conforme certificado à p. 40.

Dispõe o art. 321 do Código de Processo Civil que:

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o Juiz indeferirá a petição inicial.

Assim, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL (art. 485, I, do CPC) e conseqüentemente a JULGO EXTINTA, com fundamento no art. 321, parágrafo único, do CPC.

Sem honorários advocatícios.

Cobradas eventuais custas, transitada em julgado, certifique-se e archive-se, anotando-se as devidas baixas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sustentou, em síntese, que o contrato firmado entre as partes foi por meio eletrônico e por isso não possui via física para ser juntada aos autos, razão pela qual pugnou pela reforma da sentença (**evento 20, APELAÇÃO25**).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

1 – Admissibilidade

O recurso deve ser conhecido, uma vez que tempestivo e presentes os demais requisitos de admissibilidade.

2 – Mérito

2.1 – Contrato celebrado de forma eletrônica – impossibilidade de apresentação de via física

O magistrado *a quo* indeferiu a petição inicial e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, em razão da ausência de juntada da cédula de crédito original, razão pela qual a instituição financeira apelante se insurge sustentando que o contrato foi firmado de forma eletrônica, inclusive sua assinatura, e que por isso não possui nenhuma via física, o que impossibilitaria a apresentação do documento, razão pela qual requer a reforma da sentença. E tem razão.

A cédula de crédito bancário é um título de crédito e uma das suas características é a circulação, que garante que ela pode ser transferida de uma pessoa para outra por endosso, razão pela qual a juntada da sua via original se tornou requisito indispensável para a propositura da ação de busca e apreensão.

Sobre o assunto, dispõem os artigos 26, *caput*, e 29, § 1º, ambos da Lei n. 10.931/2004:

Art. 26 A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

Art. 29 [...]. § 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

Nos processos digitais, este Tribunal de Justiça, por meio da Circular n. 192/2014 da Corregedoria Geral da Justiça, adotou o procedimento de apresentação da via original do título de crédito em cartório para aposição de carimbo padronizado – modelo 45 – e vinculação do título ao processo.

Contudo, o presente caso trata de contrato integralmente eletrônico (**evento 1, CONTR5**), documento criado e assinado digitalmente que não possui nenhuma via física, o que impede a apresentação do título caso solicitado e enseja a cassação da sentença.

Em situação assemelhada, este Tribunal já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO NA ORIGEM SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DO ORIGINAL DA CÉDULA DE ORIGINAL. INSURGÊNCIA DO BANCO. MÉRITO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EDIFICADA EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL TRANSMISSÍVEL POR ENDOSSO. APRESENTAÇÃO EM CARTÓRIO PARA VINCULAÇÃO AO PROCESSO, NA FORMA DA CIRCULAR N.º 192/CG, DE 1º DE SETEMBRO DE 2014. NÃO CABIMENTO AO CASO CONCRETO. PACTO ELETRÔNICO, QUE NÃO FOI MATERIALIZADO, O QUE TORNA IMPOSSÍVEL O CUMPRIMENTO DAQUELA OBRIGAÇÃO. NECESSIDADE DE EXCEPCIONAR A REGRA PARA ADEQUAR AS NOVAS MODALIDADES DE CONTRATOS ELETRÔNICOS. DOCUMENTOS ACOSTADOS SUFICIENTES.

PRECEDENTE DESTA RELATOR. DECISÃO MODIFICADA. RECURSO PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0301040-46.2018.8.24.0073, de Timbó, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 4-4-2019).

No mesmo sentido, esta Câmara também já se posicionou:

Contudo, como em caso análogo, “na hipótese dos autos, verifica-se peculiaridades no contrato de financiamento, tendo em vista que a celebração foi eletrônica, sendo inclusive, a assinatura da financiada exarada desta forma, de modo que não houve a sua materialização. Assim, a exigência de apresentação física do contrato original se mostra inviável, devendo o judiciário se adequar aos avanços tecnológicos, inserindo-se a nova realidade jurídica” (TJSC, Apelação Cível n. 0301363-08.2018.8.24.0055, de Rio Negrinho, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 26-9-2019).

Ademais, o art. 10, § 2º, da Medida Provisória n. 2.200-2 estabelece que:

Art. 10 Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

[...] § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento (TJSC, Apelação Cível n. 0300453-44.2019.8.24.0055, de Rio Negrinho, rel. Desa. Rejane Andersen, j. 14-7-2020).

Dessa forma, deve ser cassada a sentença e determinado o retorno dos autos à origem para o seu regular prosseguimento.

3 – Honorários recursais - descabimento

O artigo 85, § 11, do CPC/2015 positivou uma inovação no direito processual civil – os honorários recursais –, da seguinte forma:

O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

O tema é bastante controverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais estaduais, que vêm se esforçando para encontrar a melhor interpretação quanto ao alcance da regra, a partir das diversas hipóteses que surgem na casuística. Assim, diante desse cenário instável e em atenção à segurança jurídica, mostra-se adequada a adoção dos parâmetros fixados pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que em procedimento desprovido de efeito vinculante, pois foi àquele tribunal que a Constituição da República conferiu a competência para harmonizar a interpretação da legislação federal (art. 105, III, da CRFB/1988).

Dito isso, verifica-se que após julgamento realizado na Terceira Turma, que já havia fixado requisitos para a incidência do supramencionado § 11 (EDcl no AgInt no REsp n. 1573573/RJ, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 8-5-2017), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – que reúne a Terceira e Quarta Turmas, responsáveis pelo Direito Privado (art. 9º, § 2º, do RISTJ) – também realizou julgamento em que foram estabelecidos requisitos para o arbitramento dos honorários recursais, valendo citar:

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.

6. Não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

[...]

8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrá-la ex officio, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando reformatio in pejus.

9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo.

10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba (AgInt nos EREsp n. 1539725/DF, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 19-10-2017).

Vale ressaltar ainda que, desde que preenchidos os requisitos acima, o fato de ter sido reconhecida a sucumbência recíproca na origem não impede a fixação de honorários recursais. Com efeito, de acordo com a jurisprudência da Corte Superior, não há “óbice à majoração de honorários em sede recursal quando está caracterizada a sucumbência recíproca” (AgInt no AREsp n. 1.479.481/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 1/2/2022).

No presente caso, em que o recurso foi provido, não há que se falar em honorários recursais (AgInt nos EREsp n. 1539725/DF, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 19-10-2017).

4 – Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o seu regular prosseguimento.

Documento eletrônico assinado por **SALIM SCHEAD DOS SANTOS, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2438426v3** e do código CRC **85ec1ba5**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Data e Hora: 26/7/2022, às 19:53:20

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5040155-48.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR NEWTON VARELLA JUNIOR

AGRAVANTE: BANCO BRADESCO S.A.

AGRAVADO: SUELI AKEMI YAMADA CONFECÇÕES - ME

AGRAVADO: SUELI AKEMI YAMADA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CITAÇÃO POR MEIO DO APLICATIVO DE MENSAGENS WHATSAPP. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE.

ALEGAÇÃO DE QUE A CITAÇÃO VIA APLICATIVO WHATSAPP É LEGAL E DEVE SER CONCEDIDA ANTE A DIFICULDADE DE ENCONTRAR A PARTE AGRAVADA E, AINDA, EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. REJEIÇÃO. CITAÇÃO PELO MEIO ELETRÔNICO PRETENDIDO QUE DEVE SER REALIZADA APÓS ESGOTADAS TODAS AS TENTATIVAS DE CITAÇÃO PESSOAL E OBSERVADAS AS DISPOSIÇÕES DA CIRCULAR N. 222 DA CGJ. CASO CONCRETO EM QUE AINDA NÃO HOUVE O ESGOTAMENTO DAS TENTATIVAS DE CITAÇÃO DA PARTE AGRAVADA NOS ENDEREÇOS ENCONTRADOS PELAS PESQUISAS DO JUÍZO. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

BANCO BRADESCO S.A. interpôs Agravo de Instrumento em face de decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Direito Bancário da Comarca de Blumenau, que

indeferiu o pedido de citação do requerido, ora agravado, por meio do aplicativo WhatsApp.

A agravante argumentou que a citação via WhatsApp é legal e deve ser concedida no caso, ante a dificuldade de encontrar o agravado para a citação e, ainda, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual.

É o relato necessário.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Constata-se da decisão recorrida que o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de citação do requerido, ora agravado, por meio do aplicativo WhatsApp (evento 141 dos autos de origem). Vejamos:

A citação é ato formal por meio do qual se dá ciência à parte ré quanto à existência e conteúdo do processo, facultando-lhe o por defesa. É ato essencial para o aperfeiçoamento da relação processual e, conseqüentemente, de sua validade, pois sem a citação o processo não existe relativamente para a parte ré.

Já a citação por meio digital, pelo aplicativo Whatsapp e outros programas congêneres, genericamente prevista no art. 246, V, do CPC depende de regulamentação legal específica.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Assim, em um primeiro momento, vários óbices impediriam a citação via Whatsapp, seja de ordem formal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF), ou de ordem material, em razão da ausência de previsão legal e possível malferimento de princípios caros como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.(...) AgRg no RHC 141.245/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021)

Segue a mesma linha recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE CITAÇÃO POR MEIO DE APLICATIVO DE MENSAGENS (WHATSAPP). INVIABILIDADE. CITAÇÃO COMO ATO FORMAL E QUE TEM POR ESCOPO GARANTIR O DEVIDO PROCESSO LEGAL. DECISÃO MANTIDA. 1. A citação por meio eletrônico, disciplinada pelo art. 246, V, do CPC, depende da regulamentação legal específica. A Lei nº 11.419/2006, relativa à informatização do processo judicial, condiciona a prática de atos processuais eletrônicos ao prévio credenciamento perante o Poder Judiciário e ao uso de assinatura eletrônica, tudo com o objetivo de se evitar o repúdio ao ato judicial praticado, impossibilitando-se a futura impugnação de sua autenticidade, integridade e autoria. 2. Recurso desprovido (TJSP; Agravo de Instrumento 2178853-65.2021.8.26.0000; Relator (a): Ademir Modesto de Souza; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rosana - Vara Única; Data do Julgamento: 04/08/2021; Data de Registro: 04/08/2021)

Tão relevante ato, tramitando na Justiça Comum, deve, rigorosamente, observar as determinações vigentes e o princípio do devido processo legal, sob pena de nulidade.

Ressalte-se que não se desconhece o conteúdo da Orientação 37 de 2020 e da Circular CGJ n. 222 do mesmo ano. No entanto, tais regramentos foram editados em circunstâncias diversas das atuais. Além disso, não tem o poder de vincular o juízo.

Na mesma esteira, a circular n. 222 de 17 de julho de 2020 é expressa quanto à autonomia e independência do magistrado frente à viabilidade ou não, segundo o caso em concreto, da incidência da citação ou intimação pelo aplicativo Whatsapp, consoante se observa, especificamente, da alínea “b”, do ato administrativo:

CIRCULAR N. 222 DE 17 DE JULHO DE 2020

Processo n.: 0014287-31.2020.8.24.0710

Unidade: Núcleo II - Estudos, Planejamento e Projetos

FORO JUDICIAL. PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19. ATUAÇÃO REMOTA COMO REGRA GERAL, INCLUSIVE NA OCASIÃO DO RETORNO GRADUAL. COMUNICAÇÃO PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA VIGÊNCIA DA CIRCULAR N. 76/2020-CGJ PARA AS INTIMAÇÕES E DEMAIS NOTIFICAÇÕES. COMPLEMENTAÇÃO. CITAÇÃO PELO APLICATIVO WHATSAPP FORMA NÃO INCIDENTE NAS DEMANDAS CRIMINAIS E INFRACIONAIS. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO A CRITÉRIO DO MAGISTRADO. ORIENTAÇÕES.

Considerando a regra geral de cumprimento remoto dos atos processuais no período de pandemia vivenciado - a ser igualmente observada, inclusive, quando houver o retorno gradual das atividades presenciais -, bem como os argumentos jurídicos devidamente expostos no parecer do Juiz Corregedor do Núcleo II - Estudos, Planejamentos e Projetos desta Corregedoria-Geral da Justiça, são apresentadas, ao Primeiro Grau de Jurisdição, as seguintes orientações:

(a) esfera de aplicação da Circular n. 76/2020-CGJ: a partir da emissão da presente Circular n. 222/2020-CGJ, aquela que lhe precede (n. 76/2020) será observada, somente, para fins de intimações e demais notificações processuais;

(b) esfera de aplicação da Circular n. 222/2020-CGJ: o procedimento de citação por WhatsApp previsto na presente Circular: (b.1) poderá ser observado, a critério do Magistrado e sempre em atenção à preservação da essência do ato, quando não for possível sua perfectibilização pelos sistemas processuais atualmente utilizados pelo PJSC (a exemplo do cadastro previsto na Resolução Conjunta n. 05/2018-GP/CGJ), sem prejuízo dos casos que, excepcionalmente, demandem atuação presencial do oficial de justiça ou os serviços do correio; e, (b.2) não incide nas esferas criminal e infracional, as quais contarão, oportunamente, com análise específica; [...]

Trata-se, pois, de faculdade do juízo, de acordo com as especificidades da hipótese processual em exame, o uso ou não de citação e intimação por meio do whatsapp.

No mais, a circular deixa claro também o caráter subsidiário da utilização da tecnologia do aplicativo, pois é assertiva ao dispor que “quando não for possível sua perfectibilização pelos sistemas processuais atualmente utilizados pelo PJSC”.

Não o bastante, o art. 246 do CPC - “A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça”; conquanto permita a citação de forma eletrônica, não manifesta tal cumprimento por meio de aplicativo de mensagens, mas, sim, mediante “endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário.”

Inexiste, por ora, norma regulamentadora, em caráter federal, a permitir, sem imprecisão, a citação por meio

de aplicativo de Whatsapp. É viável a citação eletrônica, sim; desde que realizado por endereço eletrônico inserido nos bancos de dados do Judiciário.

Por outro lado, a citação por meio de aplicativo prevista na Circular n. 222/2020 só foi autorizada em virtude da situação excepcional que assolou o mundo no ano de 2020, a pandemia da COVID-19. A propósito (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5038505-34.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 04-05-2021) e Mandado de Segurança Cível n. 5030736-38.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 07-12-2021).

Por tais motivos, indefiro o pedido de citação via WhatsApp ou outros programas congêneres.

No mais, não incumbe ao Poder Judiciário desempenhar função de auxiliar da parte (ou do advogado por ela constituído), cumprindo atribuições que competem exclusivamente ao interessado providenciar só se justificando a intervenção judicial em situações absolutamente excepcionais e de molde a remover óbices à regular obtenção da tutela jurisdicional invocada.

Nesse sentido:

REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES. Pleito de expedição de ofícios aos aplicativos Waze, IFood, Uber e Rappi com o objetivo da obtenção de informações que viabilizem a apuração do endereço da agravada. Alegada impossibilidade de localização da devedora. Providência que incumbe à parte. Intervenção judicial que só se justifica caso seja comprovada realização da diligência, sem sucesso, pelo interessado, o que não se verificou na espécie. Decisão mantida. Recurso improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso. (TJSP Agravo de Instrumento Comarca: Votorantim Relator(a): João Camillo de Almeida Prado Costa)

Portanto, indefiro o pedido de evento 124.

Intime(m)-se o(s) integrante(s) do polo ativo sobre o teor desta decisão e para requerer(em) o que entender(em) pertinente e cabível, dentro do prazo de 15 dias (ou de 30 dias em se tratando de advogado de pessoa jurídica de direito público, membro do Ministério Público e defensor público ou pro bono), indicando patrimônio penhorável se for o caso, sob pena de suspensão e arquivamento, consoante interpretação do art. 921, III, do CPC (execução em geral) e do art. 40 da Lei 6.830/1980 (execução fiscal) ou, ainda, sob risco de extinção, na forma do art. 53, § 4º, da Lei 9.099/1995 (procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais).

Embora haja a possibilidade de efetuar-se a citação por meio do aplicativo WhatsApp, na medida que tal aplicativo seria, também, um meio eletrônico, no caso em tela, adianta-se, o pedido não prospera, eis que não foram esgotadas as tentativas de citação pessoal.

Desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CITAÇÃO VIA MEIO ELETRÔNICO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. PRETENSÃO DE CITAÇÃO VIA WHATSAPP. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO EM QUESTÃO QUE AUTORIZA ALUDIDA FORMA CITATÓRIA. ESGOTADAS TODAS AS TENTATIVAS DE CITAÇÃO PESSOAL ELENCADAS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL, INCLUSIVE UTILIZANDO BANCOS DE DADOS PARA TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DO EFETIVO ENDEREÇO E PARADEIROS DA PARTE RÉ. ATO QUE EXIGE OBSERVÂNCIA AOS PASSOS DESCRITOS NA CIRCULAR N. 222/2020 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA, QUE REGE A MATÉRIA. Tendo se esgotado todas as tentativas de citação pessoal

previstas na legislação processual, preferível que se proceda a citação por meio eletrônico (whatsapp), observadas as regras da circular n. 222 da CGJ, eis que se trata de medida com maior alcance e efetividade do que a citação fictícia - por edital. Preferência lógica que se destaca, porquanto vencidos as tentativas corriqueiras e com pesquisas em órgãos públicos mediante convênio firmado junto ao CNJ e esta Corte de Justiça, além das previsões legislativas. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5004164-11.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 10-03-2022).

E:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CITAÇÃO DO RÉU POR MEIO DO APLICATIVO WHATSAPP, OU SUCESSIVAMENTE, POR EDITAL. ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU SEMPRE ATENDE OS TELEFONEMAS DOS AUTORES E RESPONDE SUAS MENSAGENS, MAS ESTÁ, DELIBERADAMENTE, ESQUIVANDO-SE DA JUSTIÇA. CITAÇÃO POR MEIO DE APLICATIVO VIÁVEL. CIRCULAR N. 222/2020 DA CGJ. A CITAÇÃO POR APLICATIVO PODERÁ SER REALIZADA A CRITÉRIO DO JULGADOR, QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL SUA REALIZAÇÃO PELOS SISTEMAS PROCESSUAIS UTILIZADOS PELO JUDICIÁRIO. RECORRENTES QUE ESGOTARAM TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS QUE ESTAVAM AO SEU ALCANCE PARA PROMOVER A CITAÇÃO. PARADEIRO DO RÉU IGNORADO. POSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POR MEIO DE APLICATIVO. NECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO NA CIRCULAR EXPEDIDA PELA CORREGEDORIA PARA VALIDADE DO ATO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5057636-58.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 08-03-2022).

Dessarte, fica mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **NEWTON VARELLA JUNIOR, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2800687v5** e do código CRC **3f8fa104**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): NEWTON VARELLA JUNIOR

Data e Hora: 10/10/2022, às 14:39:12

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5045574-49.2022.8.24.0000/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0302361-38.2017.8.24.0175/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBSON LUZ VARELLA

AGRAVANTE: BANCO BRADESCO S.A.

ADVOGADO: MILTON BACCIN (OAB SC005113)

ADVOGADO: GISELE ALESSANDRA MULLER (OAB SC021960)

ADVOGADO: FERNANDO BATISTA (OAB SC028135)

ADVOGADO: RENATA STEINBACH (OAB SC027949)

AGRAVADO: KITTY COMERCIO DE PRODUTOS COLONIAIS LTDA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUTÓRIA - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O REQUERIMENTO DE INCLUSÃO DO DEVEDOR SOLIDÁRIO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA - INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE.

DEFENDIDA A LEGITIMIDADE PASSIVA, PORQUANTO A EXECUÇÃO VERSA SOBRE A TOTALIDADE DO CONTRATO, NO QUAL A PARTE OBRIGOU-SE SOLIDARIAMENTE A RESPONDER - TESE INSUBSISTENTE - ENTENDIMENTO DO GRUPO DE CÂMARAS DESTE SODALÍCIO NO SENTIDO DE QUE A INCLUSÃO DO AVALISTA NOS CASOS DE REIPERSECUTÓRIA CONVERTIDA EM EXPROPRIAÇÃO É PERMITIDA APENAS EM CASO DE INTIMAÇÃO DO GARANTE DAS FASES ANTEREDENTES A ALUDIDA CONVERSÃO - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - RECURSO DESPROVIDO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - AUSÊNCIA DE ARBITRAMENTO DO ESTIPÊNDIO PATRONAL NA ORIGEM - DESCABIMENTO DE MAJORAÇÃO - ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS EDCL. NO AGINT NO RESP. 1573573 / RJ.

ACÓRDÃO

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, 06 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Banco Bradesco S/A interpôs de agravo de instrumento contra decisão que, na ação de busca e apreensão convertida em executória n. 0302361-38.2017.8.24.0175, ajuizada em desfavor de Kitty Comércio de Produtos Coloniais Ltda., oriunda da Unidade Estadual de Direito Bancário, indeferiu o requerimento de inclusão do avalista no polo passivo da demanda (evento 90 dos autos de origem).

Nas razões de insurgências sustenta, em síntese, a imperiosidade de inserção do garante na executória, mormente porque a ação é lastreada em “Cédula de Crédito Bancário, da qual não houve o pagamento das parcelas”. Por fim, pugna pelo provimento do reclamo (evento 1).

O almejado efeito suspensivo deixou de ser concedido (evento 7).

Sem contraminuta, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de recurso manejado em face de decisório que indeferiu o requerimento de inclusão do avalista no polo passivo da demanda.

Pois bem.

A irresignação cinge-se na imperiosidade de inserção do garante na executória, mormente porque a ação é lastreada em “Cédula de Crédito Bancário, da qual não houve o pagamento das parcelas”.

Acerca da matéria, o entendimento do Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte é da imperiosidade de intimação prévia do garante no processo de busca e apreensão para que, após a conversão da reipersecutória em executiva, o devedor solidário possa figurar no polo passivo da “actio”, mormente porque sequer tomou conhecimento do processo, em observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Veja-se:

EMBARGOS INFRINGENTES - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM AÇÃO DE DEPÓSITO E, POSTERIORMENTE, EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. EMBARGOS À EXECUÇÃO INTERPOSTOS PELO AVALISTA - ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA DE VOTOS, RECONHECEU A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EMBARGANTE PARA INTEGRAR A LIDE EXPROPRIATÓRIA - INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA CREDORA. DEFENDIDA A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO GARANTE NO POLO PASSIVO DA EXECUCIONAL - TESE RECHAÇADA - PARTE QUE SEQUER FOI INTIMADA NAS FASES PRECEDENTES - OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Embargos

Infringentes n. 2012.048329-4, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, Grupo de Câmaras de Direito Comercial. j. em 14/8/2013) (sem grifos no original).

Do corpo do voto, colhe-se:

“Ora, resguardado o direito do credor de obter o pagamento da dívida por outros meios, o procedimento adotado no caso em comento viola frontalmente a garantia do contraditório e da ampla defesa. A inclusão do avalista no polo passivo somente seria adequada se a execução não decorresse da conversão já referida e, reitera-se, se o garante tivesse ciência do processo nas fases que antecederam a demanda expropriatória, porém, não são estas as hipóteses dos autos”.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO EM FACE DA AVALISTA. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE. TESES QUE ALMEJAM A MANUTENÇÃO DA EMBARGANTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUÇÃO. DE OFÍCIO, RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE DA EMBARGANTE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO, EM RAZÃO DA NECESSÁRIA CIENTIFICAÇÃO PRÉVIA DO GARANTE NOS AUTOS DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. QUESTÃO JÁ DECIDIDA PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DA EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO EM FACE DA AVALISTA, TODAVIA POR FUNDAMENTO DIVERSO. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO. “Ora, resguardado o direito do credor de obter o pagamento da dívida por outros meios, o procedimento adotado no caso em comento viola frontalmente a garantia do contraditório e da ampla defesa. **A inclusão do avalista no polo passivo somente seria adequada se a execução não decorresse da conversão já referida e, reitera-se, se o garante tivesse ciência do processo nas fases que antecederam a demanda expropriatória, porém, não são estas as hipóteses dos autos**” (EI n. 2012.048329-4, de Cunha Porã, rel.: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Comercial. J. em: 14-8-2013). (Apelação Cível n. 0304509-31.2017.8.24.0075, Rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, j. em 14/6/2018) (sem grifos no original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA. **DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE INCLUSÃO DA EMITENTE E DE AVALISTA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. INSURGÊNCIA DA CREDORA. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO PREVIAMENTE À CONVERSÃO. INVIABILIDADE DA MEDIDA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (Agravado de Instrumento n. 4033758-92.2019.8.24.0000, Rel. Des. Jaime Machado Junior, j. em 6/2/2020) (sem grifos no original).

Na espécie, Banco Bradesco S/A ajuizou ação de busca e apreensão em face de Kitty Comércio de Produtos Coloniais Ltda. para adimplemento do “Contrato de Financiamento para Aquisição de Bens e Outras Avenças”, celebrado entre as partes em 20/11/2013, no montante originário de R\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos reais), a ser satisfeito em 48 (quarenta e oito) parcelas mensais e consecutivas, no importe de R\$ 1.559,35 (hum mil quinhentos e cinquenta e nove reais e trinta e cinco centavos), objetivando a aquisição de 3 (três) veículos Fiat/Uno Mille Economy, placas MLH5098, MLH4658 e MLH5298. Valorou a causa em R\$ 65.112,74 (sessenta e cinco mil cento e doze reais e setenta e quatro centavos).

Concedida a medida liminar (evento 5), o ato processual deixou de ser cumprido diante da não localização do bem (eventos 9 e 47).

No evento 82 a autora postulou a conversão da reipersecutória em ação executiva, além de postular a inclusão do devedor solidário Daniel Junior Rodrigues no polo passivo da demanda.

O requerimento de conversão restou concedido, todavia, a postulação de inclusão do garante foi indeferida, porquanto, como assentou o Magistrado singular, “o avalista não foi cientificado da ação de busca e apreensão inicialmente ajuizada, de forma que a sua inclusão neste momento processual ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa” (evento 90), ensejando a interposição do presente reclamo.

Assim, no caso concreto, diante da inexistência de cientificação do garante acerca da tramitação da ação de busca e apreensão, inviável incluí-lo no polo passivo da demanda após a conversão em executória, porquanto não integrou as fases antecedentes da citada conversão, nos moldes do entendimento deste Tribunal de Justiça.

Logo, o reclamo é desprovido.

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 improvemento 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).

Na espécie, embora desprovida a insurgência, verifica-se não ter a decisão impugnada procedido ao arbitramento de estipêndio patronal em favor do procurador de qualquer das partes, de sorte que a majoração dos honorários advocatícios encontra óbice intransponível em tal circunstância, nos moldes do entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Edcl. no Agint no Resp. 1573573/RJ.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

Documento eletrônico assinado por **ROBSON LUZ VARELLA, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2909968v8** e do código CRC **cad1d997**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROBSON LUZ VARELLA

Data e Hora: 7/12/2022, às 20:52:22

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013680-26.2020.8.24.0000/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0301781-47.2019.8.24.0010/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIME MACHADO JUNIOR

AGRAVANTE: TERMOVALE INDUSTRIA E COMERCIO DE POLIESTIRENO E ACO LTDA

ADVOGADO: LUCAS FERREIRA DE FARIAS (OAB SC042042)

ADVOGADO: ALEXANDRE REIS DE FARIAS (OAB SC009038)

AGRAVADO: JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERESSADO: BAZJUD ASSESSORIA ADMINISTRATIVA EIRELI

ADVOGADO: LUIZ CARLOS BAZOTTI JUNIOR

INTERESSADO: ITAU UNIBANCO S.A.

ADVOGADO: RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARAES

INTERESSADO: RV ASSESSORIA EMPRESARIAL E DE COBRANCA LTDA

ADVOGADO: RAFAEL GIORDANI SABINO

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO COM RESSALVAS. IRRESIGNAÇÃO DA RECUPERANDA.

CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

“O juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores” (AgInt no REsp n. 1.875.528/MT, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 31/5/2021, DJe de 4/6/2021).

LIMITAÇÃO DO DESÁGIO A 50%. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO LEGAL. ADEMAIS, JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE QUE PERMITE DESÁGIOS SUPERIORES AO ESTABELECIDO NA PRESENTE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPERIOSA MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL FIXADO NO PLANO, O QUAL RESTOU DEVIDAMENTE APROVADO PELOS CREDORES. DECISÃO REFORMADA NO PONTO.

ALIENAÇÃO DE ATIVOS. INEXISTÊNCIA DE PARTICULARIZAÇÃO DOS BENS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. CARÁTER GENÉRICO. VALIDADE DA CLÁUSULA APENAS PARA ALIENAÇÃO DE BENS DO ATIVO CIRCULANTE. IMPERIOSA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A VENDA DE BENS COMPONENTES DO ATIVO PERMANENTE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECLAMO NESSE TOCANTE.

HIPOTECA JUDICIAL. DETERMINAÇÃO DESCABIDA. DECISÃO CASSADA NO TÓPICO.

REQUERIDO QUE O TERMO INICIAL DO BIÊNIO DE FISCALIZAÇÃO SEJA INICIADO NA DATA DA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. PRAZO DE SUPERVISÃO JUDICIAL QUE NÃO ESTÁ ATRELADO AO PRAZO DE CARÊNCIA.

“A Lei no 11.101/2005 estabeleceu o prazo de 2 (dois) anos para o devedor permanecer em recuperação judicial, que se inicia com a concessão da recuperação judicial e se encerra com o cumprimento de todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos do termo inicial”. (STJ. REsp 1853347/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

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 parcial provimento, nos termos da fundamentação. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Termovale Indústria e Comércio de Poliestireno e Aço Ltda interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Braço do Norte que, nos autos da ação de recuperação judicial por si manejada, homologou, com ressalvas, o plano de soerguimento aprovado pelo credores.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, requer a agravante a manutenção do deságio de 75% na forma aprovada pela Assembleia Geral de Credores, que seja afastada a imposição de hipoteca judicial sobre os bens da recuperanda, que sejam declaradas válidas as cláusulas 14 e 15 do Plano de Recuperação Judicial e que o termo inicial do biênio de fiscalização, previsto pelo art. 61 da Lei 11.101/2005, seja definido na data da concessão da Recuperação Judicial.

Discorreu, ademais, sobre a soberania da assembleia geral de credores e a impossibilidade de controle da legalidade de aspectos negociais e econômicos.

Deferido o efeito suspensivo e com contrarrazões, os autos foram enviados para a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Monika Pabst (Evento 18), que opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso a fim de que *“sejam mantidas as seguintes previsões do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores: i) deságio de 75% para os credores das Classe II e III; ii) a possibilidade de alienação de ativos, sem autorização judicial, limitados aos bens do ativo circulante e cassação da determinação que impôs hipoteca judicial sobre os bens da devedora recuperanda; e, iii) manutenção da previsão de possibilidade de modificação das proposições do Plano de Recuperação mediante submissão a nova Assembleia Geral de Credores”*.

Este é o relatório.

VOTO

Considerando que a decisão objurgada foi publicada na vigência do Código Processual de 2015, a análise do reclamo ficará a cargo de mencionado diploma legal.

A agravante pugna pela reforma da decisão, destacando, em síntese, que, *“ao analisar o resultado do conclave, o juízo a quo acabou por adentrar em questões estritamente negociais e que dizem respeito ao mérito econômico-financeiro do Plano de Recuperação Judicial, homologando o resultando, porém, reduzindo deságios e excluindo cláusulas totalmente legítimas e que encontram respaldo e legitimidade na legislação e na jurisprudência que trata do regime jurídico da insolvência empresarial”*.

Primeiramente, impõe-se considerar que o Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal dispôs que: *“a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”*.

Sobre o tema já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE.1. O juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem interpretação de cláusula contratual ou revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõem as Súmulas 5 e 7 do STJ.3. A incidência dos referidos óbices impede o exame de dissídio jurisprudencial.4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.875.528/MT, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 31/5/2021, DJe de 4/6/2021).

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.1. *A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.* 2. *Recurso especial conhecido e não provido. (REsp n. 1.314.209/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/5/2012, DJe de 1/6/2012).*

Portanto, sem desconsiderar a soberania da assembleia de credores, é permitido o controle judicial de legalidade do plano de recuperação judicial.

Em relação ao deságio, o magistrado singular entendeu pela sua redução de 75% para 50%, nos seguintes termos:

9) Por fim a proposta de pagamento apresentada pela Devedora aos credores quirografários consistente no deságio de 75%, com correção monetária pela TR e incidência de juros de 1% a.a. em 13 parcelas anuais.

No ponto, relendo os meios de recuperação previstos no art. 50 da LFRJ, apensar de numerus apertus, podemos encontrar o inciso XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza. Traçada a mens legis consistente na revisão de encargos e não do capital, entendo, não ter a Assembleia Geral de Credores poder de perdão de dívida. Entretanto, esse não é o entendimento da jurisprudência e a ele me curvo, dentro do novo sistema de precedentes inaugurado com o Código de Processo Civil de 2015, decorrência do Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

Porém, dentro do juízo de legalidade compete-me verificar a inocorrência de “preço vil”, dentro do princípio da proporcionalidade cujas bases encontro assentadas no porte da região, da devedora, dos seus credores e no prazo para pagamento.

Portanto, valendo-me do intercambiabilidade do direito e das regras de experiência utilizadas nas alienações judiciais, considero razoável o deságio máximo de 50%, isso porque em consulta à jurisprudência, verifiquei que deságio superiores obtiveram a chancela do Poder Judiciário desde que acompanhados de pagamento à vista. E esse não é o caso em julgamento, em que o pagamento dos credores quirografários não fornecedores possui uma carência de 24 meses e pagamentos anuais em número de 13.

Mantida a pactuação para juros e correção monetária nos termos da força do precedente do Tribunal da Cidadania:

“Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores” (Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do CJF). Julgados desta Corte Superior nesse sentido.5. Descabimento da revisão judicial da taxa de juros e do índice de correção monetária aprovados pelos credores, em respeito à soberania da assembleia geral.6. Inaplicabilidade ao caso do entendimento desta Corte Superior acerca do descabimento da utilização da TR como índice de correção monetária de benefícios de previdência privada, tendo em vista a diferença entre a natureza jurídica de o contrato de previdência privada e a de um plano de recuperação judicial.7. Inaplicabilidade do entendimento consolidado na Súmula 8/STJ(“aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva...”) à recuperação judicial, em face da natureza jurídica absolutamente distinta da concordata (favor legal)em relação ao plano de recuperação judicial (negócio jurídico plurilateral)”. (REsp 1630932 / SP, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma, julgado em 18/06/2019, DJe 01/07/2019).

Consequentemente, reduzo o deságio a 50% e mantenho juros e correção na forma pactuada.

Em verdade, o art. 50, I, da LREF, permite que o plano de recuperação judicial estabeleça diversas alterações nas condições de cumprimento das obrigações, tais como: deságio, remissão parcial do valor do crédito principal, o pagamento parcelado, o abatimento de juros imputados a cada prestação ou mesmo a modificação dos parâmetros da correção monetária.

Nesse contexto, “o deságio ou a condição prolongada de pagamento não poderá causar, por si só, invalidade da cláusula. Uma remissão acentuada poderá não gerar ônus excessivo ao credor se a alternativa, a falência do empresário devedor, puder resultar ainda em menor satisfação do valor de seu crédito” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 278).

Não há limitação na lei acerca do percentual. Outrossim, a jurisprudência desta Corte mostra que não existe irregularidade na manutenção de percentuais até mais elevados do que o aprovado pelos credores, como se observa no Agravo de Instrumento de n. 5000011-32.2022.8.24.0000, no qual foi determinada a manutenção do deságio no patamar de 85%, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE HOMOLOGOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. INSURGÊNCIA DE UM DOS CREDITORES QUIROGRAFÁRIOS.

POSTULADO O CONTROLE JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO, QUANTO AO DESÁGIO, PRAZOS DE CARÊNCIA E À ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. PLANO APROVADO POR ASSEMBLEIA DE CREDITORES. INEXISTÊNCIA DE SUSCITAÇÃO DE VÍCIO NA SUA CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO INCURSIONAR EM MATÉRIAS RELATIVAS À ANÁLISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SOBERANIA DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. PRECEDENTES. RECLAMO DESPROVIDO, NESTES TEMAS.

PRETENDIDA A LIMITAÇÃO TEMPORAL DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES JÁ HOMOLOGADAS DO PLANO DE SOERGIMENTO. CONHECIMENTO OBSTADO. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO ANALISOU A TEMÁTICA. ADEMAIS, PEDIDO DO AGRAVANTE VINCULADO A EVENTO FUTURO E INCERTO. AUSENTE ILEGALIDADE A JUSTIFICAR O INCURSIONAMENTO. RECLAMO DESPROVIDO, NESTA PARTE.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5000011-32.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 09-06-2022).

E no corpo do voto se extrai:

Aos credores integrantes da Classe Quirografária, a Recuperanda propõe um desconto de 85% (oitenta e cinco por cento) sobre o saldo devedor consolidado pela Administração Judicial, com carência de juros e principal de 36 (trinta e seis) meses, contados da data base da recuperação (publicação da decisão que homologar o plano). O pagamento ocorrerá em 120 (cento e vinte) parcelas mensais, sendo a primeira delas com vencimento para

o dia 20 do mês subsequente ao término do período de carência. Para todos os pagamentos acima ajustados, haverá correção pela taxa referencial (T. R.).

Com efeito, não se extrai dos excertos acima reproduzidos, tampouco da realização da assembleia realizada, a existência de vícios que justifiquem a intervenção do Poder Judiciário, registrando-se que o plano foi aprovado por 27 (84,38%) dos 32 credores da mesma classe do agravante - Classe III, quirografia.

Ademais, constou da Ata que a agravante se fez presente na assembleia e que não há registro de qualquer irresignação sua, o que permite concluir que, efetivamente, não houve contrariedade específica e pontual quanto termos do plano de recuperação judicial da agravada (evento 296).

Em verdade, os temas que são objeto de inconformismo pelo ora agravante dizem com questões meramente negociais e que envolvem direitos disponíveis, portanto abarcados pela soberania da Assembleia-Geral de Credores, a respeito do que - como já adiantado - é vedado ao Poder Judiciário incursionar.

Noutras palavras, “A concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores quando da discussão assemblear sobre o plano de recuperação apresentado, respeitado o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas” (STJ, REsp n. 1.631.762/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi. J. em: 19-6-2018).

Portanto, não há falar em limitação do deságio em 50%, devendo ser revogada a decisão agravada no ponto, para que seja mantida a fixação do deságio em 75%, conforme aprovado na assembleia geral de credores.

Alega a agravante a necessidade de ser afastada a imposição de hipoteca judicial sobre os bens da recuperanda e declarada válida a cláusula 14 do Plano de Recuperação Judicial.

Isso porque na decisão agravada o magistrado singular entendeu que:

4) Tocante à previsão de alienação de ativos sem autorização judicial e anuência dos credores, também exorbitam a disponibilidade da Devedora. Isso porque só tem a livre disposição dos seus bens aquele que não possui débitos. Em obtendo o favor rei da Recuperação Judicial, ficam todos os bens não utilizados em realização de ativo em Hipoteca Judicial, garantia mínima aos credores que já deram sua cota de sacrifício ao soerguimento da empresa devedora.

Por conseguinte, declaro nula a cláusula que autoriza a Devedora, sem autorização judicial, a alienar ativos e declaro os bens da Devedora em Hipoteca Judicial em benefício aos credores arrolados no Quadro Geral de Credores e na ordem de preferência do art. 83 da LFRJ.

Conforme dispõem os arts. 60 e 66 da Lei n. 11.101/2005 é permitida a alienação de bens próprios com intuito de viabilizar a obtenção de capital e, em consequência, a reestruturação da firma, garantindo a preservação da empresa e de sua função social.

No entanto, salvo casos excepcionais, a oneração ou alienação de ativos permanentes é proibida após a distribuição do pedido de recuperação judicial, exceto quando prevista no plano e aprovada pelos credores, uma vez que a alienação de ativos compromete diretamente a satisfação dos credores em eventual liquidação dos bens na falência.

Oportuna, quanto ao tema, a lição de Bezerra Filho:

À semelhança do que ocorria na concordata da lei anterior, a recuperação o devedor mantém a administração de sua empresa, porém com algumas limitações. Uma das limitações consiste na proibição de alienar ou onerar bens do ativo não circulante, salvo se houver autorização judicial ou se constar do plano de recuperação judicial devidamente aprovado e em execução. A lei é clara no sentido de estabelecer, no art. 60, que a chamada venda <de filiais ou de unidades produtivas isoladas> depende de aprovação do plano de recuperação e deve ser feita judicialmente. Este art. 66 permite, porém, a venda ou a oneração mesmo extrajudicial de quaisquer outros bens, desde que, depois de ouvido o Comitê, o juiz autorize a venda» (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 - 15ª ed. - nº 371 - pág.317).

Portanto, necessário que a previsão de alienação seja feita no plano de modo detalhado para que o credor ao anuir tenha plena ciência dos meios da recuperação judicial, sendo vedada a alienação prevista no plano de forma genérica.

Da jurisprudência, colhe-se:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Sentença recorrida que homologou o plano e acolheu o pedido de recuperação judicial da agravada - Insurgência quanto à viabilidade econômica do plano - Entendimento consolidado do E. STJ de que cabe ao Poder Judiciário apenas aferir a legalidade do plano de recuperação judicial, sendo de competência exclusiva da assembleia geral dos credores sua apreciação sob o prisma econômico - Parcelas de pagamento do plano que são passíveis de execução nos termos do art. 62 da lei de regência - Recurso nesta parte improvido. PLANO DE RECUPERAÇÃO - Previsão no modificativo de cláusula afastando a responsabilidade dos coobrigados - AGC que afastou parcialmente o dispositivo, mantendo a “suspensão da exigência das garantias” - Impossibilidade - Alteração inócua, visto que a suspensão das garantias obsta a perseguição do débito em relação aos garantidores, em manifesta ofensa ao art. 49, §1º da Lei 11.105/05, à Sumula 581 do E. STJ e à Sumula 61 deste Tribunal- Recurso nesta parte provido. PAGAMENTO - Deságio, prazo, juros e atualização - Alegação de abusividade - Deságio de 90% (noventa por cento) com prazo de pagamento de dez anos condizente com decisões pregressas desta C. Câmara - Necessidade de se dar condições para soerguimento da empresa em dificuldades - Juros fixados de 3% (três por cento) a.a. aprovados em assembleia geral dos credores, órgão com plena competência para fixá-los - Todavia ausente previsão de correção monetária - Necessidade de acréscimo de atualização pela Tabela Prática deste Tribunal, critério confeccionado especialmente para este fim - Recurso parcialmente provido neste ponto. CRÉDITOS TRABALHISTAS - Hipótese em que o aditivo prevê o pagamento destes créditos no prazo de 3 (três) anos - Art. 54 da lei de regência que determina o pagamento da totalidade destes créditos em no máximo um ano, com a possibilidade de extensão por igual período, se respeitados os requisitos do §2º do mesmo dispositivo legal - Modificação da cláusula constante no modificativo para pagamento integral dos créditos trabalhistas na sua integralidade no prazo bienal - Ressalva do Ministério Público acolhida. ALIENAÇÃO DE ATIVOS - Insurgência do agravante quanto à previsão no plano de alienação de ativos sem autorização judicial - Acolhimento - Invalidez em razão do caráter genérico adotado, em oposição ao disposto no “caput” do art. 66 da Lei 11.101/05 - Decisão reformada - Recurso nessa parte provido. PLANO DE RECUPERAÇÃO - Alegação do banco de que o ajuste impossibilita a convolação da recuperação judicial em falência - Inocorrência - Plano que explicitamente prevê a possibilidade do pedido nos termos da lei - Art. 61, §1º da Lei 11.101/05 - Decisão mantida - Recurso nessa parte improvido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2097528-68.2021.8.26.0000; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Pariquera-Açu - Vara Única; Data do Julgamento: 31/05/2022; Data de Registro: 31/05/2022 - grifou-se).

In casu, no plano apresentado pela recuperanda a venda de bens não está expressa e a alienação está singelamente contida no tópico “14. ATIVOS FIXOS” ao afirmar que:

Fica garantida à empresa a plena gerência de seus ativos, estando autorizada, com a aprovação do Plano, a alienação de ativos móveis cuja alienação não implique em redução de atividades da Recuperanda, ou quando a venda se seguir de reposição por outra equivalente ou mais moderna.

Desta forma, a Recuperanda poderá, a partir da Homologação Judicial do Plano gravar, substituir ou alienar os seguintes bens do seu ativo permanente, sem a necessidade de prévia autorização judicial ou da Assembleia-Geral de Credores, sem prejuízo das demais alienações de bens ou outras transações previstas pelo Plano, respeitando-se os direitos contratuais, gravames e demais restrições que sejam aplicáveis a tais ativos:

(i) Bens gravados com Garantia Real ou com garantia fiduciária, desde que haja a autorização do respectivo Credor com Garantia Real detentor da respectiva Garantia Real, ou do respectivo Credor Não Sujeito ao Plano detentor da respectiva garantia fiduciária, conforme o caso;

(ii) Bens a serem oferecidos em garantia para a captação de Novos Recursos, desde que tais bens estejam livres de qualquer ônus ou haja a concordância dos Credores com Garantia Real ou dos Credores Não Sujeitos ao Plano titulares de garantias sobre tais bens;

(iii) Bens que tenham sofrido o desgaste natural decorrente da sua atividade regular ou que, por qualquer motivo, tenham se tornado inservíveis para o uso a que se destinam; (iv) Bens que tenham se tornados obsoletos ou desnecessários ao exercício das atividades da Recuperanda;

(vi) Bens que não sejam essenciais para a realização do objeto social e da atividade individual de cada empresa;

Os recursos obtidos com tais vendas dos bens devem compor o caixa da Recuperanda, fomentando assim a sua atividade, e possibilitando assim o pagamento a seus credores e o cumprimento do Plano de Recuperação Judicial.(Evento 68, INF103).

Dessarte, deve ser ressaltada a impossibilidade de alienação genérica de bens, sendo necessária a autorização judicial para a venda de bens componentes do ativo permanente da empresa em recuperação.

Todavia, merece provimento em parte o reclamo para que seja autorizada a venda de ativos circulantes, nos termos do plano aprovado pela assembleia geral de credores.

Já no que compete à hipoteca judicial, como pontuado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, “é descabida e merece ser cassada, pois como dito, o caso trata-se de recuperação judicial em que o devedor não perde a administração de seus bens, porém a alienação apenas poderá dar-se no limites da lei” (Evento 18).

Logo, merece ser anulada a determinação de hipoteca judicial contida na decisão recorrida.

Requer também a agravante que seja declarada válida a Cláusula 15 do plano, a qual prevê a possibilidade de modificação do plano de recuperação judicial, desde que previamente submetido e aprovado pela assembleia geral de credores:

15. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Qualquer alteração no cenário econômico-financeiro e/ou mercadológico, que tenham impacto imediato nas atividades da Recuperanda e que possam interferir diretamente na forma de pagamento proposta neste plano, permitirá à Recuperanda a apresentação de aditamentos, alterações ou modificações ao Plano a qualquer tempo após a Homologação Judicial do Plano, desde que tais aditamentos, alterações ou modificações sejam submetidas à votação na Assembleia de Credores e que seja atingido o quórum requerido pelos artigos 45 e 58, caput e §1o, da Lei de Falências.

Os aditamentos, alterações ou modificações ao Plano vincularão Recuperanda e seus Credores, inclusive os Credores Extraconcursais que a ele aderirem e os Credores ausentes e/ou dissidentes, e seus respectivos cessionários e sucessores, a partir de sua aprovação pela Assembleia de Credores na forma dos artigos 45 ou 58 da Lei de Falências. (Evento 68, INF103).

Na decisão combatida o Togado **a quo** definiu que:

3) Sobre a possibilidade de modificação do plano a qualquer tempo, independentemente de seu cumprimento, reputo exorbitante e contra legem, isso porque não há fora do Direito Administrativo e por razões óbvias da supremacia do interesse público sobre o privado, razão que fundamente essa quebra de sinalagma.

O soerguimento da empresa não implica carta branca para violação dos institutos seculares de direito privado. Sendo o novo pacto constante do Plano de Recuperação negócio jurídico, sui generis a disposto da obrigação mesmo dos credores dissidentes, deve obediências às regras gerais de contrato, dentre elas a que estabelece um equilíbrio mínimo, qual seja, o de uma das partes não ficar sob o poder discricionário da outra em cumprir a obrigação. Com isso, reputo nula a cláusula que concede poderes à Recuperanda de revisão unilateral do Plano de Recuperação aprovado.

Ante o exposto, Declaro nula a cláusula genérica que concede poder de revisão do pacto presente no Plano de Recuperação Judicial aprovado em Assembleia Geral de Credores.

Em que pese não haver previsão legal, a alteração do plano anteriormente aprovado tem sido admitida desde que ocorra antes do encerramento do processo de recuperação judicial.

No entanto, “as alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia-geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quórum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, §1º, da Lei 11.101/05” (Enunciado 77 da III Jornada de Direito Comercial do Conselho Nacional da Justiça Federal).

Aliás, tal como previsto na cláusula 15 do plano em análise.

Sobre o tema, importantes considerações são elencadas por Sacramone:

“o aditamento dispensa a oposição de objeções em seu procedimento. Não se pode presumir, por falta de previsão legal, que os credores concordaram com a alteração da obrigação estabelecida no plano de recuperação judicial por terem se mantido silentes. O silêncio não presume concordância, exceto se o contrário é determinado por lei.

Apresentado o aditamento ao plano de recuperação judicial, o devedor deverá publicar edital de apresentação do aditamento ao plano de recuperação judicial e de convocação da Assembleia Geral de Credores para deliberação.

Embora o quórum seja similar ao de deliberação sobre o plano de recuperação judicial, para o cômputo do quórum deverão ser descontados eventuais créditos já satisfeitos durante o procedimento de recuperação judicial. O abatimento dos valores já pagos permite a obtenção do interesse da efetiva maioria dos credores em cada uma das classes sujeitas.

A aprovação do aditamento do plano não implica concessão de nova recuperação judicial, a qual, ao contrário, estaria impedida pelo art. 48, II. Com a homologação judicial dessa aprovação pelos credores, extinguem-se, simplesmente, as obrigações convencionadas anteriormente no plano com o surgimento de novas obrigações tal como aprovadas no aditamento, em verdadeira novação”. (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 352).

Assim, obedecidas às aludidas observações, deve ser reestabelecida a validade da cláusula 15 do plano de recuperação judicial.

Quanto ao termo inicial do biênio de fiscalização previsto pelo art. 61 da Lei 11.101/2005, a recuperanda requer que seja definido na data da homologação do plano de recuperação judicial, em 6-4-2020.

De fato, o período de supervisão legal, o qual começa com a publicação da decisão de concessão da recuperação judicial foi fixado pela lei com a finalidade de acompanhamento pelo Juízo do cumprimento das obrigações da devedora/recuperanda no momento inicial, no qual se encontra a maior dificuldade de reestruturação da empresa em crise.

Contudo, a fim de que a recuperação judicial não se eternize, depois do biênio legal, a fiscalização do cumprimento das obrigações previstas no plano é de responsabilidade dos credores individualmente. Os quais podem, em caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, realizar a execução específica da obrigação pelas vias individuais ou requererem a falência do devedor, a teor do art. 62, c/c art. 94, III, “g”, da Lei 11.101/2005.

Isso porque o grande papel do instituto é justamente fazer com que, após o consenso com os credores, a empresa possa retomar o desenvolvimento livre de sua atividade econômica, sem os entraves provocados por um inadequado prolongamento do período de fiscalização.

Ademais, conforme se extrai da doutrina, «*embora possa se sustentar que esse período de fiscalização do cumprimento do plano possa ser benéfico aos credores, cujos interesses serão tutelados pelo Poder Judiciário, sob pena de convolação automática da recuperação judicial em falência, o período de dois anos de fiscalização gera enormes dificuldades às empresas em crise. Durante todo período de fiscalização, a recuperanda permanecerá com a inclusão em seu nome empresarial da expressão «em recuperação judicial». Pelo estigma de inadimplente e de que são baixas as taxas de recuperação efetiva dos empresários submetidos à recuperação judicial, a extensão deste período podia dificultar a obtenção de crédito pelos empresário, a celebração de novos negócios jurídicos no mercado e, portanto, sua própria recuperação» (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 351).*

Em decorrência de aludida premissa, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o encerramento do plano de recuperação judicial não está atrelado às habilitações/impugnações de crédito ainda pendentes de trânsito em julgado, ou mesmo aos prazos de carência, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RECONSIDEROU DELIBERAÇÃO ANTERIORE, DE PLANO, DEU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE.

1. A Lei de Recuperação e Falências (LRF), no art. 61, estabeleceu que a empresa devedora permanecerá em recuperação judicial até que cumpra com as obrigações assumidas no plano pelo período de 2 (dois) anos após a concessão do pedido. Expirado esse prazo, ainda que remanesçam obrigações a serem efetivadas, ou existam impugnações de crédito pendentes de julgamento ou de trânsito em julgado, encerra-se o processo de recuperação, e o credor fica com a garantia de um título executivo judicial.

2. Conforme o art. 62, c/c art. 94, III, g, da referida lei, em caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, é facultada ao credor a execução específica da obrigação pelas vias individuais ou o requerimento de falência do devedor. Ressalta-se que o credor não sofrerá prejuízo, tendo em vista que terão seus direitos e garantias reconstituídos nas condições originalmente contratadas. 3. Agravo interno desprovido.” (STJ. AgInt no AgInt no REsp 1838670/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 16/12/2020).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. FALHA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ENCERRAMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO. ADITIVOS. TERMO INICIAL. PRAZO BIENAL. CONCESSÃO. BENEFÍCIO. HABILITAÇÕES PENDENTES. IRRELEVÂNCIA.

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

2. Cinge-se a controvérsia a definir (i) se houve falha na prestação jurisdicional e (ii) se nos casos em que há aditamento ao plano de recuperação judicial, o termo inicial do prazo bienal de que trata o artigo 61, caput, da Lei no 11.101/2005 deve ser a data da concessão da recuperação judicial ou a data em que foi homologado o aditivo ao plano.

3. Não há falar em falha na prestação jurisdicional quando a decisão está clara e suficientemente fundamentada, resolvendo integralmente a controvérsia.

4. A Lei no 11.101/2005 estabeleceu o prazo de 2 (dois) anos para o devedor permanecer em recuperação judicial, que se inicia com a concessão da recuperação judicial e se encerra com o cumprimento de todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos do termo inicial.

5. O estabelecimento de um prazo mínimo de efetiva fiscalização judicial, durante o qual o credor se vê confortado pela exigência do cumprimento dos requisitos para concessão da recuperação judicial e pela possibilidade direta de convalidação da recuperação em falência no caso de descumprimento das obrigações, com a revogação da novação dos créditos, é essencial para angariar a confiança dos credores, organizar as negociações e alcançar a aprovação dos planos de recuperação judicial.

6. A fixação de um prazo máximo para o encerramento da recuperação judicial se mostra indispensável para afastar os efeitos negativos de sua perpetuação, como o aumento dos custos do processo, a dificuldade de acesso ao crédito e a judicialização das decisões que pertencem aos agentes de mercado, passando o juiz a desempenhar o papel de muleta para o devedor e garante do credor.

7. Alcançado o principal objetivo do processo de recuperação judicial que é a aprovação do plano de recuperação judicial e encerrada a fase inicial de sua execução, quando as propostas passam a ser executadas, a empresa deve retornar à normalidade, de modo a lidar com seus credores sem intermediação.

8. A apresentação de aditivos ao plano de recuperação judicial pressupõe que o plano estava sendo cumprido e, por situações que somente se mostraram depois, teve que ser modificado, o que foi admitido pelos credores. Não há, assim, propriamente uma ruptura da fase de execução, motivo pelo qual inexistente justificativa para a modificação do termo inicial da contagem do prazo bienal para o encerramento da recuperação judicial.

9. A existência de habilitações/impugnações de crédito ainda pendentes de trânsito em julgado, o que evidencia não estar definitivamente consolidado o quadro geral de credores, não impede o encerramento da recuperação.

10. Recurso especial não provido.” (STJ. REsp 1853347/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020). (Grifou-se).

No mesmo sentido, colhe-se do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA DE ENCERRAMENTO. MANUTENÇÃO. RECURSOS DE DOIS DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS. AUSÊNCIA DE ÔBICES AO ENCERRAMENTO. PRAZO DE SUPERVISÃO JUDICIAL QUE NÃO ESTÁ ATRELADO AO PRAZO DE CARÊNCIA. ALTERAÇÕES NA LEI FEDERAL Nº 11.101/2005. NÃO EVIDENCIADO O DESCUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL GENERICAMENTE ALEGADO PELOS APELANTES. RECURSOS NÃO PROVIDOS (TJSP; Apelação Cível 1024861-97.2018.8.26.0100; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 25/10/2021; Data de Registro: 25/10/2021).

Portanto, merece provimento o reclamo no ponto para que seja definido como termo inicial da fiscalização a data da homologação do Plano de Recuperação Judicial em 6-4-2020, desconsiderando-se a decisão posterior realizada pelo juízo na origem (Evento 473).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **JAIME MACHADO JR., Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2492758v26** e do código CRC **ace411e7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIME MACHADO JR.

Data e Hora: 14/7/2022, às 16:44:12

APELAÇÃO Nº 0005648-44.2010.8.24.0073/SC

RELATOR: JUIZ OSMAR MOHR

APELANTE: ORIDES MENESTRINA

APELADO: SALVADOR RAMIRO NAVIDAD

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ADJUDICAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IMÓVEL EM COPROPRIEDADE COM O CÔNJUGE DA EXECUTADA E TITULAR DE METADE DO IMÓVEL PENHORADO E ADJUDICADO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO COPROPRIETÁRIO DA HASTA PÚBLICA E DOS ATOS EXPROPRIATÓRIOS DA ARREMETAÇÃO E SUBSEQUENTE ADJUDICAÇÃO. NULIDADE DO ATO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO COPROPRIETÁRIO PARA EXERCER O SEU DIREITO DE PREFERÊNCIA NA ARREMETAÇÃO (ART. 843, § 1º, DO CPC). SENTENÇA REFORMADA. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. SENTENÇA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do art. 843, § 1º, do Código de Processo Civil, “é reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições”. Logo, havendo a adjudicação do imóvel sem prévia intimação do coproprietário, imperiosa a desconstituição do ato para viabilizar o exercício do direito de preferência do coproprietário.

ACÓRDÃO

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 e dar provimento ao recurso. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ORIDES MENESTRINA contra a sentença proferida na “ação declaratória de nulidade de ato jurídico”, ajuizada na 1ª Vara Cível de Timbó/SC, cujo dispositivo foi redigido nos seguintes termos (evento 16, doc. 2, página 22):

Ante o exposto, resolvendo o mérito (art. 269, I, CPC), julgo improcedente a pretensão, rejeitando o pedido de declaração de nulidade da adjudicação de fls. 63 (fls. 54 dos autos n. 073.97.002229-0).

Em suas razões recursais (evento 16, doc. 2, página 26), alega, em suma, que não foi cientificado da penhora e muito menos da possibilidade de adjudicação do imóvel de matrícula 8.288 do 1º CRI de Timbó/SC, do qual possui 50% (cinquenta por cento) da titularidade, de modo que não pôde exercer seu direito de preferência em arrematação, razão pela qual pleiteia provimento do recurso para anular a adjudicação.

Contrarrazões apresentadas no evento 16, doc. 2, página 177.

Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

1. Do juízo de admissibilidade

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

2. Do mérito

O recorrente alega, em suma, que não foi cientificado da penhora e muito menos da adjudicação do imóvel de matrícula 8.288 do 1º CRI de Timbó/SC, do qual possui 50% (cinquenta por cento) da titularidade, de modo que não pôde exercer seu direito de preferência em arrematação, razão pela qual pleiteia provimento do recurso para anular a adjudicação.

Adianta-se que razão socorre ao recorrente.

Da leitura do caderno processual, verifica-se que o apelante é coproprietário de metade do imóvel de matrícula n. 8.288 do 1º CRI de Timbó/SC (evento 16, doc. 2, página 64), sobre o qual fora penhorada a parte de 50% (cinquenta por cento) que pertencia a executada Odete Menestrina da Cruz, esposa do apelante.

Outrossim, denota-se que, após a lavratura do auto de penhora e intimação da executada, fora designada a hasta pública da quota parte dela (50%). Entretanto, o ato resultou infrutífero, ensejando o pedido de adjudicação do exequente, ora apelado, que restou acolhido e, assim, resultando na adjudicação do imóvel.

Constatase que da penhora, da avaliação (evento 16, doc. 2, p. 68/69), do leilão público (p. 92), do pedido de adjudicação (p. 94) e do seu deferimento (p. 95), não fora procedida a intimação do coproprietário para exercer o seu direito de preferência, contrariando o que dispunha o CPC de 1973, vigente à época da prática dos atos processuais:

Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Do mesmo modo prevê o atual Código de Processo Civil:

Art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência:

[...]

II - o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal;

Afinal, querendo, poderá o coproprietário não executado, situação do apelante, também cônjuge da executada, exercer o seu direito de preferência, nos termos do art. 843, § 1º, do Código de Processo Civil:

Art. 843. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

§ 1º É reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições.

Desse modo, tem-se que razão socorre ao recorrente, uma vez que a arrematação do imóvel pela adjudicação ocorreu à sua revelia, sem poder exercer o seu direito de preferência na arrematação, impondo-se a anulação do ato e consequentes efeitos correlatos.

Nesse sentido, colhe-se desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. IMÓVEL ADQUIRIDO EM CONDOMÍNIO PELOS AUTORES E PELO SEGUNDO RÉU. PENHORA DE 50% DO IMÓVEL PARA QUITAÇÃO DE DÍVIDA DO SEGUNDO RÉU. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL POR TERCEIRO NA SUA INTEGRALIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS AUTORES SOBRE A PENHORA. AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO DA PENHORA NO REGISTRO DO IMOBILIÁRIO. DESCONHECIMENTO DOS COPROPRIETÁRIOS ACERCA DOS ATOS DE CONSTRICÇÃO SOBRE O IMÓVEL. NULIDADE EVIDENCIADA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DOS AUTORES PARA OPORTUNIZAR-LHES O DIREITO DE DEFESA DE SEU PATRIMÔNIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Inadmissível o despojamento de bens, sem possibilitar ao proprietário o conhecimento dos atos constritivos e o direito de apresentação de defesa de seu patrimônio. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.028195-7, de Caçador, rel. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 02-09-2014).

Não se olvida a alteração legislativa imposta no novo Código de Processo Civil (art. 843, caput), que passou a prever a possibilidade de alienação da totalidade do imóvel, mesmo que o coproprietário não seja o executado, garantindo-se a ele a sua quota parte pelo valor da avaliação.

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Sob o novo quadro normativo, é autorizada a alienação judicial do bem indivisível, em sua integralidade, em qualquer hipótese de copropriedade. Ademais, resguarda-se ao coproprietário alheio à execução o direito de preferência na arrematação do bem ou, caso não o queira, a compensação financeira pela sua quota-parte, agora apurada segundo o valor da avaliação, não mais sobre o preço obtido na alienação judicial (art. 843 do CPC/15). [...]. (REsp n. 1.818.926/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 15/4/2021.).

Entretanto, compete fazer distinção entre tal regramento e a hipótese em julgamento, uma vez que o que se está discutindo não é a possibilidade ou não da adjudicação, seja pela quota parte da executada ou a totalidade do imóvel, mas sim a garantia legal do direito de preferência que possui o coproprietário (art. 889, II e 843, § 1º, ambos do CPC).

Ademais, fora adjudicada apenas a cota parte da devedora, ou seja 50%, o que refoge à diretriz do citado dispositivo legal do Novo Estatuto Processual.

Desse modo, verificada a ausência de intimação do coproprietário sobre os atos expropriatórios, o recurso merece acolhimento para anular a adjudicação sobre o imóvel de matrícula n. 8.288 do 1º CRI de Timbó/SC, devendo o juiz *a quo* oportunizar ao coproprietário, ora apelante, o direito de preferência de arrematação sobre o imóvel.

3. Dos honorários recursais

Como a sentença foi proferida (09/10/2013) antes da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), incabível a majoração dos honorários recursais na forma do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. (AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 9-8-2017).

Entretanto, diante do provimento do recurso, os ônus sucumbenciais devem ser redistribuídos integralmente, razão pela qual há de ser condenada a parte apelada (parte ré) ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do(s) procurador(es) da apelante (parte autora), os quais fixo em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, forte no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

4. Da conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso.

Documento eletrônico assinado por **OSMAR MOHR, Juiz de Direito Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2464940v2** e do código CRC **96b01944**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): OSMAR MOHR

Data e Hora: 5/8/2022, às 16:46:52

APELAÇÃO Nº 0300805-87.2018.8.24.0135/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

APELANTE: PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUARIOS DE NAVEGANTES (RÉU)

ADVOGADO: JONNY PAULO DA SILVA (OAB PR027464)

ADVOGADO: JOSÉ AUGUSTO LARA DOS SANTOS (OAB PR031460)

APELADO: ALL NATIONS COMERCIO EXTERIOR S.A. (AUTOR)

ADVOGADO: DENISSANDRO PERERA (OAB SC011184)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE MARÍTIMO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. COBRANÇA PELO TERMINAL PORTUÁRIO DE TARIFA DENOMINADA “ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO”, QUE COMPREENDE O SERVIÇO DE ARMAZENAGEM PROVISÓRIA DA CARGA NO PÁTIO, NAS PRIMEIRAS 48H DA DESCARGA DA MERCADORIA, ENQUANTO AGUARDA A TRANSFERÊNCIA PARA RECINTO ALFENDEGADO INDEPENDENTE, EM REGIME DE DTA E DTC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 71, § 3º, DA IN SRF 248/2002, SOB O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO HÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ARMAZENAGEM, POIS A CARGA, NESTE PERÍODO DE 48H, ESTÁ EM TRÂNSITO NO PÁTIO DO PORTO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA PORTONAVE S/A. ALEGAÇÃO DE QUE AS CARGAS DESCARREGADAS NO TERMINAL PORTUÁRIO PERMANECEM ARMAZENADAS NAS SUAS DEPENDÊNCIAS E SOB SUA GUARDA, DESDE O MOMENTO DA DESCARGA ATÉ A EFETIVA TRANSFERÊNCIA PARA O RECINTO DE ZONA SECUNDÁRIA, OU SEJA, ATÉ QUE OCORRA O TRÂNSITO ADUANEIRO, HÁ A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE CUSTÓDIA, O QUAL DEVE SER DEVIDAMENTE REMUNERADO POR MEIO DE COBRANÇA DA TARIFA DE “ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO”. VERBERA QUE OS VALORES COBRADOS POSSUEM PREVISÃO NA TABELA GERAL DE PREÇOS DISPONIBILIZADAS AOS USUÁRIOS E SE SUJEITAM À FISCALIZAÇÃO DA ANTAQ. DISCUSSÃO QUE PERPASSA PELO EMBATE JURÍDICO ENVOLVENDO A COBRANÇA DA TAXA DE MOVIMENTAÇÃO NO TERMINAL THC (TERMINAL HANDLING CHARGE), QUE COMPREENDE A MOVIMENTAÇÃO VERTICAL DA CARGA (DO CONVÉS OU PORÃO DO NAVIO AO SEU COSTADO), E DE THC2 (TERMINAL HANDLING CHARGE 2), QUE SE REFERE À MOVIMENTAÇÃO HORIZONTAL (MOVIMENTAÇÃO EM TERRA, DO COSTADO DO NAVIO AO ARMAZÉM DO TERMINAL OU ENTREGA AO CONSIGNATÁRIO OU IMPORTADOR). A COBRANÇA DA TARIFA OBJETO DA LIDE, “ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO”, É RELATIVA À MOVIMENTAÇÃO HORIZONTAL DA MERCADORIA NO PORTO E ESTÁ DIRETAMENTE RELACIONADA NO CONCEITO DE THC2. SSE/THC2 QUE ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO DO TCU POR CONFIGURAR PRÁTICA ABUSIVA E ANTICONCORRENCIAL. CONTUDO, O OPERADOR PORTUÁRIO POSSUI DESPESAS COM A GESTÃO DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS DENTRO DA ZONA PRIMÁRIA ATÉ QUE O CONTÊINER CHEGUE AO PORTÃO DE SAÍDA DO TERMINAL PORTUÁRIO, PARA SEGUIR PARA UMA ZONA SECUNDÁRIA (RETROPORTUÁRIA), ENSEJANDO ESTA ATIVIDADE UMA CONTRAPRESTAÇÃO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. É INEGÁVEL QUE

HÁ EFETIVO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO TERMINAL PORTUÁRIO QUE DEVE SER ADIMPLIDO. PORÉM, NÃO SOB A RUBRICA DE PREÇO DE ARMAZENAGEM PROVISÓRIA, MAS, TALVEZ, DE GUARDA, TRANSPORTE E MANUSEIO ETC, E DESDE QUE NÃO CONFIGURE ABUSIVIDADE DOS VALORES, CARÁTER DISCRIMINATÓRIO E NÃO ISONÔMICO; FALTA DE RACIONALIDADE ECONÔMICA PARA A COBRANÇA, COMO A DUPLICIDADE DE RUBRICAS JÁ AMBRANGIDAS PELA SSE OU PELA THC. A COBRANÇA DA TARIFA DE “ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO” PELA PORTONAVE S/A, QUE VISA REMUNERAR EVENTUAL SERVIÇO DE ARMAZENAMENTO, A CONTAR DA DESCARGA DA MERCADORIA E SUA COLOCAÇÃO NO PÁTIO, DEVE ESTAR CONSONANTE COM AS LIMITAÇÕES NORMATIVAS VIGENTES E COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ATIVIDADE ECONÔMICA. PRELECIONA A INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF N. 248/2002, ART. 71, § 3º, QUE APÓS A DESCARGA DO CONTÊINER DO PORÃO DO NAVIO AO COSTADO, A PERMANÊNCIA DA CARGA NA PISTA (PÁTIO), NA ZONA PRIMÁRIA DO PORTO MOLHADO, É DE 48 HORAS, CONSIDERANDO SOMENTE O TEMPO DECORRIDO EM DIAS ÚTEIS, A PARTIR DA CHEGADA DA CARGA NESSA ÁREA. O SERVIÇO DE ARMAZENAGEM, ENQUANTO A CARGA PERMENECE, NESSAS CONDIÇÕES, NO PÁTIO DO TERMINAL PORTUÁRIO, NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO PRESTADO, POIS ENCONTRA-SE, COMO DITO EM TRÂNSITO, ALÉM DE TRAZER CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS À ORDEM CONCORRENCIAL E OFENDER O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. SOMENTE NAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS §§ 1º E 2º DO ART. 71 DA IN SRF N. 248/2002, PODERÁ HAVER A COBRANÇA DA TARIFA DENOMINADA DE “ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO”. A COBRANÇA DA ARMAZENAGEM PROVISÓRIA PELA APELANTE, DURANTE O LAPSO TEMPORAL DE 48 HORAS DA DESCARGA DA MERCADORIA IMPORTADA NA ZONA PRIMÁRIA, MOSTRA-SE ILEGAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS QUE NÃO COMPORTAM MAJORAÇÃO, PORQUE JÁ FIXADOS NO MÁXIMO LEGAL (ART. 85, §§ 2º E 11, CPC).

ACÓRDÃO

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 e negar provimento ao recurso. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Da ação

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, adoto o relatório da sentença por retratar com fidedignidade os fatos narrados na “Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Pedido de Antecipação de Tutela de Urgência” proposta por ALL NATIONS COMÉRCIO

EXTERIOR S/A em face de PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES, e o seu trâmite processual no primeiro grau de jurisdição (**evento 32, SENT1**):

All Nations Comercio Exterior S/A ajuizou a presente “ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de antecipação de tutela de urgência” contra Portonave S/A - Terminais Portuários de Navegantes, ambas qualificadas.

Resumidamente, sustentou a autora à exordial a ilegalidade da cobrança supostamente abusiva de taxa de armazenagem intitulada “ARMAZENAGEM 1º Período” prevista na inclusa Tabela de preços e serviços da ré. Em sede de tutela de urgência requereu que a ré se abstenha de cobrar o valor da taxa pelo período das primeiras 48 (quarenta e oito horas) para o container TCLU-7170584, com previsão de chegada no dia 22/03/2018, bem como que se abstenha de retê-lo no porto. Pugnou pela procedência da ação para que seja declarada a abusividade e ilegalidade da cobrança para todas as mercadorias que forem desembarcadas no Brasil pelo porto administrado pela Ré em Navegantes/SC e despachadas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA e Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC para outro local autorizado pela legislação aduaneira.

Decisão inicial indeferiu a tutela de urgência (ev. 4).

Citada, a requerida apresentou contestação (ev. 11), onde, em síntese, defendeu a legalidade da cobrança e pugnou pela improcedência da ação.

Despacho pela especificação de provas (ev. 25).

Manifestação pelo julgamento antecipado do feito (ev. 28).

Ato posterior, sobreveio a sentença de mérito.

Da sentença

O Juiz de Direito, Dr. **JOSÉ ILDEFONSO BIZATTO**, da 2ª Vara Cível da Comarca de Navegantes, reconheceu a abusividade da “cobrança de taxa a título de ‘armazenagem 1º período’ imposta pela ré à parte autora nas primeiras 48 horas em que a carga permanece na área pátio, pois essa permanece ainda em trânsito”, a teor do disposto no art. 71, § 3º, da IN SRF n. 248/2002, e julgou, assim, totalmente procedentes os pedidos deduzidos no feito, para (**evento 32, SENT1**):

[...]

a) DECLARAR a inexistência do débito da taxa de armazenagem relativa ao container TCLU-7170584 da NFPS e nº. 408876, no valor de R\$ 14.290,89;

b) CONDENAR a requerida à devolução à parte autora da quantia de R\$ 14.290,89, corrigida monetariamente pelo INPC desde o desembolso e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação;

c) DETERMINAR que a requerida se abstenha de cobrar a taxa de armazenagem 1º período conforme Tabela de preços e serviços pelo período das primeiras 48 horas para todas as mercadorias que forem desembarcadas pela requerente no Brasil pelo Porto de Navegantes/SC, e despachadas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA e Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC para outro local autorizado pela legislação aduaneira.

Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios, esses últimos os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, ex vi art. 85, § 2º do CPC.

Publicado e registrado eletronicamente, intímem-se.

Interposta apelação, intime-se para contrarrazões e, após, remeta-se ao e. TJSC.

Transitando em julgado, arquivem-se.

Com o intuito de esclarecer obscuridade e omissão existentes na sentença de mérito, a requerida PORTONAVE S/A, opôs **Embargos Declaratórios**, os quais foram acolhidos parcialmente, sob o entendimento de que “é devida a cobrança da respectiva taxa de armazenagem, PORÉM, após as primeiras 48 horas E iniciando-se a contagem a partir da data da chegada da carga”. Dessa forma, alterou-se o dispositivo do *decisum*, nos seguintes moldes (**evento 59, SENT1**):

[...]

Ante o exposto, conheço dos aclaratórios, pois tempestivos, acolhendo-os parcialmente para modificar a sentença nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais para:

a) DECLARAR a inexistência do débito relativo apenas às primeiras 48 horas a contar da data da chegada do container da taxa de armazenagem 1º Período (fração) quanto ao container TCLU-7170584;

b) CONDENAR a requerida à devolução à parte autora do valor cobrado indevidamente a título de armazenagem nas primeiras 48 horas, a contar da chegada, em que a carga permaneceu no pátio aguardando o registro e o desembaraço, corrigida monetariamente pelo INPC desde o desembolso e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, a ser apurado em liquidação;

c) DETERMINAR que a requerida se abstenha de cobrar a taxa de armazenagem 1º período conforme Tabela de preços e serviços pelo período das primeiras 48 horas (por fração), a contar da data da chegada da(s) carga(s), para todos os containers que forem desembarcados pela requerente no Brasil pelo Porto de Navegantes/SC, e despachadas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA e Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC para outro local autorizado pela legislação aduaneira.

Por que decaiu a parte demandante em parte mínima dos pedidos, arca a requerida com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios aos patronos da parte adversa, estes últimos os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, ex vi art. 85, § 2º do CPC.

Publicado e registrado eletronicamente, intímem-se.

Interposta apelação, intime-se para contrarrazões e, após, remeta-se ao e. TJSC.

Transitando em julgado, arquivem-se.

Da Apelação

Irresignada, a requerida PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES

apelou (**evento 65, APELAÇÃO1**), arguindo, em apertada síntese, que: **a)** a permanência física da carga nas dependências do terminal portuário após a operação de descarga, independentemente do período de 48h, já abrange o serviço de armazenagem, ainda que amparadas por DTA (Despacho de Trânsito Aduaneiro) e DTC (Despacho de Trânsito de Contêiner); **b)** a partir do momento em que ocorre a operação de descarga, não há como negar que esta mercadoria está fisicamente armazenada na estrutura física do Porto, sob sua responsabilidade, ainda que temporariamente, assumindo, assim, a obrigação de guarda em relação às cargas que movimenta, a teor dos arts. 5º, II, e 13, IV, do Decreto n. 6.759/2009, art. 26, II e VII, da Lei n. 12.815/2013 e art. 2º do Decreto-Lei n. 116/1967; **c)** apenas em relação à DTA processada com base em DTC há a premissa de que se trata da carga destinada a armazenamento em outro recinto alfandegado, que não aquele em que o contêiner é descarregado; **d)** o fato de a mercadoria ser destinada a armazenamento em recinto alfandegado de zona secundária, para posterior realização do despacho de importação, não é condição suficiente para afirmar a ausência de prestação de serviços por parte do terminal portuário de descarga durante o período em que a carga permanece depositada em suas dependências e sob sua custódia; **e)** não há previsão de tratamento de carga pátio para os contêineres sujeitos a DTA; **f)** as cargas descarregadas no terminal portuário permanecem armazenadas nas suas dependências e sob sua guarda, desde o momento da descarga até a efetiva transferência para o recinto de zona secundária, ou seja, até que ocorra o trânsito aduaneiro, há a efetiva prestação do serviço de custódia, o qual deve ser devidamente remunerado por meio de cobrança da tarifa de «Armazenagem de Importação 1º Período»; **g)** a IN SRF n. 248/2002 não traz qualquer impedimento à cobrança por este serviço de custódia da carga durante o período de 48h em que se encontra na condição de carga pátio, até porque não tem competência normativa para tanto; **h)** a regulação de preços e das condições para a prestação dos serviços portuários não se encontram na esfera de atuação da Receita Federal do Brasil, sendo esta competência atribuída à ANTAQ, a teor do art. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001; **i)** a Resolução Normativa ANTAQ n. 34/2019, que estabelece os parâmetros regulatórios para movimentação e armazenagem de contêineres nas instalações portuárias, enuncia expressamente, no art. 6º, a possibilidade de que seja prestado o serviço de armazenagem das cargas em trânsito aduaneiro que permanecem em suas instalações; **j)** ainda que a carga permaneça por apenas 48h em área pátio para fins do despacho aduaneiro nas modalidades DTA e DTC, a Apelante incorre em custos necessários à manutenção, vigilância, guarda das cargas, contratação de seguro, mão-de-obra capacitada, gestão da operação, além da própria disponibilização do espaço que não pode ser utilizado para o desempenho das demais atividades econômicas do porto; **k)** é direito da Recorrente obter a justa contraprestação pelos serviços efetivamente prestados relativos à «Armazenagem de Importação 1º Período», cujo preço reflete os custos operacionais mínimos necessários à guarda e manutenção de qualquer carga recebida pelo terminal, durante o lapso temporal de seis dias, independentemente do nome atribuído a este conjunto de atividades, até a transferência da carga ao recinto de zona secundária; **l)** a situação criada pela sentença institui de forma arbitrária a gratuidade na armazenagem de mercadorias em trânsito aduaneiro, única e exclusivamente em favor da Apelada, fato que importa em nítida violação ao princípio constitucional da livre concorrência; e **m)** os preços praticados pela Apelante são tabelados, homologados e fiscalizados pela ANTAQ e podem ser consultados pela *internet*, diretamente por meio dos agentes portuários, despachantes ou demais prepostos contratados pelos importadores.

Ao final, postula o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, a fim de ser “reconhecida a legalidade da cobrança da ‘Armazenagem 1º Período’ para as cargas amparadas por DTC e DTA, ainda que estas permaneçam depositadas na PORTONAVE por um período de até 48 (quarenta e oito) horas após a descarga, uma vez que há a efetiva prestação de um serviço pelo terminal portuário da Apelante”.

Das contrarrazões

Devidamente intimada, a apelada ALL NATIONS COMÉRCIO EXTERIOR S/A, contrarrazoou (**evento 69, CONTRAZAP1**) a Apelação refutando um a um dos argumentos levantados pela Apelante e ressaltando que “o regime de carga pátio é sim aplicável ao regimento de DTA, e, como consequência, não poderá PORTONAVE cobrar a ‘armazenaem 1º período’ nas primeiras 48 horas a partir da descarga da mercadoria, tendo em vista que neste período a mercadoria estará em área pátio, e não armazenada nas dependências da Apelante”.

Requer, por derradeiro, o improvimento do Recurso de Apelação e, via de consequência, a manutenção da sentença de primeiro grau, bem como a majoração dos honorários advocatícios em sede recursal.

Ato posterior, ascendeu o recurso à segunda instância.

É o breve relatório.

VOTO

I - Da admissibilidade

O recurso interposto preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merecendo ser conhecido.

II - Do julgamento do Apelo

Cinge-se a controvérsia estabelecida no presente processo a dirimir a possibilidade do Terminal Portuário Apelante de efetuar a cobrança de tarifa denominada “Armazenagem de Importação 1º Período”, isto é, de armazenagem provisória pelo lapso temporal de 48 horas após a descarga do contêiner, em que este permanece no pátio do porto, em trânsito, aguardando o despacho aduaneiro relativo às operações em regime de DTC (Declaração de Trânsito de Contêiner) e de DTA (Declaração de Trânsito Aduaneiro).

Da análise detida do feito, denoto que a Apelada efetuou a importação de mercadorias, as quais foram acondicionadas no contêiner TCLU7170584 embarcado no navio CMA CGM RODOLPHE, com previsão de chegada no Porto de Navegantes/SC na data de 22/03/2018.

Objetiva a declaração de inexigibilidade dos valores cobrados a título de “Armazenagem de

Importação 1º Período”, relativamente às primeiras 48 horas a partir do desembarque, em que a carga, após ser descarregada do navio, permanece no pátio do porto aguardando o despacho aduaneiro e o transporte do contêiner até recinto alfandegado externo. Assevera que a tarifa é abusiva e ilegal, pois está equivocadamente considerando como armazenagem de mercadorias o período em que a carga está em trânsito no Porto, devendo, assim ser cobrada, apenas, a taxa da capatazia.

Fundamenta seu pedido no art. 4º c/c o art. 71 da Instrução Normativa SRF n. 248/2002, os quais prescrevem que se a passagem da mercadoria pelo pátio do Terminal Portuário ocorrer num lapso temporal de até 48 horas, seria considerada como “carga pátio”, sendo ilícito qualquer tipo de cobrança neste interregno de tempo, haja vista que a carga não se encontraria armazenada, mas, sim, em trânsito.

Por outro viés, a Apelante defende a cobrança de tal tarifa em razão de a carga, no período de 48 horas, se encontrar sob sua guarda e responsabilidade, depositada fisicamente em seu pátio, despendendo custos de manutenção, vigilância, seguro e gestão de operação, dentre outros, independentemente do nome atribuído a este conjunto de atividades, até a transferência da carga ao recinto de zona secundária. Verbera que os valores são praticados com supedâneo na “Tabela Geral de Preços”, a qual é disponibilizada ao público em geral, e submetida à fiscalização da ANTAQ.

Em um primeiro momento, a questão jurídica a ser resolvida pode parecer simples, no entanto, a matéria é sobremaneira complexa.

Debruçado sobre o estudo do tema, verifiquei que a discussão perpassa pelo embate nas searas administrativa e jurídica envolvendo a cobrança da Taxa de Movimentação no Terminal THC (Terminal Handling Charge), que compreende a movimentação vertical da carga (do convés ou porão do navio ao seu costado), e de THC2 (Terminal Handling Charge 2), que se refere à movimentação horizontal (movimentação em terra, do costado do navio ao armazém do terminal ou entrega ao consignatário ou importador). A cobrança da tarifa objeto da lide, “Armazenagem de Importação 1º Período”, é relativa à movimentação horizontal da mercadoria no Porto e possui estrita relação com o conceito de THC2.

Por sua vez, a licitude da cobrança da tarifa SSE/THC2 é frequentemente questionada no âmbito do Judiciário, e administrativo do CADE, da ANTAQ e do TCU, há mais de vinte anos, haja vista que sua exigência pelos portos molhados pode ofender os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, além de porventura configurar prática anticoncorrencial, a teor do art. 36 da Lei n. 12.529/2011.

Isso porque, os portos com atracação de navios, além de serem recintos alfandegados, também prestam o serviço de desembarço aduaneiro e são a única porta de entrada de mercadorias importadas transportadas por via marítima, no país. Busca-se, portanto, evitar que exerçam o monopólio nesta atividade mercadológica em detrimento das zonas secundárias, que são recintos alfandegados independentes, ceifando a livre concorrência e a livre iniciativa.

A Resolução ANTAQ n. 72/2022 veio na mesma esteira da Resolução ANTAQ n. 2.389/2012 e

da Resolução ANTAQ n. 34/2019 (estas duas últimas sucessivamente revogadas), com o objetivo de regular a prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral em instalações portuárias públicas e privadas, especialmente respaldar a cobrança de SSE, entretanto, sem sucesso.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União, no Processo Administrativo (Denúncia) n. 1448/2002, por meio do plenário, determinou à ANTAQ a anulação de “todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o art. 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, art. 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o art. 20, inciso II, alínea “b” e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001”.

Feitas essas digressões, antes de adentrar na análise propriamente dita da (i)legalidade da cobrança da tarifa de “Armazenagem de Importação 1º Período” pela apelante PROTONAVE S/A, dentro do interregno de tempo de 48 horas imediatos ao desembarque da carga, em que esta fica no pista aguardando o início do desembarço aduaneiro, necessário se faz estabelecer alguns conceitos inerentes à temática.

Por conseguinte, extraio do voto do Desembargador **MONTEIRO ROCHA**, na Apelação Cível n. 0311872-35.2016.8.24.0033, cujo objeto era a cobrança da tarifa SSE (THC2):

[...]

Sobre a distinção entre zona primária e zona secundária, discorre Fernanda Acordi Costa:

“O território aduaneiro compreende todo o território nacional, onde será exercido o direito aduaneiro. Ou seja, ele poderá ser em todo o território nacional, inclusive o mar territorial, as águas territoriais e o espaço aéreo correspondente.

Para o controle das mercadorias, o controle aduaneiro possui três vertentes principais, que são: o controle das mercadorias, dos veículos que transportam estas mercadorias e dos locais por onde elas transitam ou ficam armazenadas. Sendo assim, uma das formas utilizadas para concretizar este controle de trânsito é a restrição de locais por onde as mercadorias importadas ou a serem exportadas podem circular ou ficar armazenadas. Para fins de controle aduaneiro, o território nacional é dividido em zona primária e zona secundária.

-Zona primária: A zona primária consiste em toda área demarcada pela autoridade aduaneira local, que tem jurisdição sobre um ponto de entrada ou de saída de veículos, podendo ser um aeroporto, um porto ou uma passagem de fronteira. Ela consiste na parte interna de portos, aeroportos, recintos da alfândega e locais habilitados na fronteira terrestre pela autoridade aduaneira para operações de carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de passageiros, vindo ou indo ao exterior.

-Zona secundária: A zona secundária, compreende a parte restante do território aduaneiro, incluindo as águas territoriais e o espaço aéreo. Podemos citar as alfândegas ou inspetorias da receita federal ou delegacias da receita federal com seções/setores/divisões de controle aduaneiro.

Elas podem ser conhecidas como Porto Seco, EADI ou Estação Aduaneira do Interior que são recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, com controle aduaneiro (Receita Federal).

Tanto a Zona Primária, quanto a zona secundária são utilizadas para liberação de importações e exportações. Muitas empresas acabam [por opção] liberando suas cargas em zonas secundárias, pois elas tornam-se uma alternativa viável, barata e eficaz para incrementar o comércio exterior e melhorar a competitividade das empresas brasileiras. Além disso, elas promovem o escoamento das mercadorias desembaraçadas na zona primária e oferecem serviços que nos portos de entrada demandam maior complexidade na execução.

Lembramos que cargas liberadas que se encontram em zonas secundárias podem ter seu trânsito concluído em zonas primárias, sem problemas. Porém, não se pode encaminhar uma carga liberada em zona secundária para outra em zona secundária [...]” (<http://www.ufficienza.com.br/diferenca-entre-zona-primaria-e-zona-secundaria/>)

Em relação à cadeia logística portuária e os conceitos envolvidos no caso em apreço, a fim de auxiliar a compreensão da matéria aqui discutida, vale também destacar da Resolução Normativa ANTAQ n. 72/2022 (em vigor), que revogou a Resolução ANTAQ n. 34/2019:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

I – autoridade portuária: administração do porto organizado;

II – clientes ou usuários: importadores, exportadores, consignatários, recintos alfandegários, ou transportador marítimo ou seus representantes;

III – cesta de serviços ou box rate: preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;

IV – instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado, pública ou privada e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

V – operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para execução de operação portuária no porto organizado;

VI – porto organizado: construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, explorado ou concedido pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;

VII – recintos alfandegados: locais declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possa ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de:

a) mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial;

b) bagagem de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinadas; e

c) remessas postais internacionais.

VIII – regime de trânsito aduaneiro: permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão do pagamento de tributos, subsistindo do local de origem ao local de destino;

IX – Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE): preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante; (Suspensão pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022)

X – taxa de movimentação no terminal ou Terminal Handling Charge (THC): preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação; e

XI – transportador marítimo: aquele que realiza transporte de bens ou pessoas na cabotagem ou no longo curso, em embarcações próprias ou alheias, emitindo conhecimento de carga ou Bill of Lading (BL).

CAPÍTULO II

DOS SERVIÇOS

Seção I

Da Movimentação e Armazenagem

Art. 3º *A taxa de movimentação no terminal ou Terminal Handling Charge (THC) poderá ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no art. 2º, inciso X, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário.*

Art. 4º *Os serviços contemplados na cesta de serviços ou box rate são realizados pela instalação portuária ou pelo operador portuário, na condição de contratado do transportador marítimo, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços. Parágrafo único. Os serviços realizados para atender exigência da autoridade aduaneira, sanitária, ambiental ou correlata, quando prestados indistintamente a todas as cargas, deverão ser incluídos no valor da cesta de serviços ou box rate ou, se for o caso, da armazenagem, comunicando-se o fato à ANTAQ no prazo mínimo de trinta dias a contar do início da cobrança ou do surgimento do evento que a motivou.*

Art. 5º *Os serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade da instalação portuária ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas, devendo os valores máximos serem previamente divulgados em tabelas de preços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento e nas normas da ANTAQ, vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência.*

§ 1º *A ANTAQ, em caso de conflito, poderá arbitrar o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em normas e contratos.*

§ 2º *A tabela de preços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa, nas seguintes condições:*

I – as instalações portuárias divulgarão em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos do terminal, com antecedência mínima de trinta dias antes do início da vigência, os valores máximos dos preços, bem como

a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados perante os usuários, incluindo as normas de aplicação, franquias e isenções, se houver;

II – as tabelas de preços atualizadas serão encaminhadas à ANTAQ com antecedência mínima de trinta dias da data da mudança de valores, da alteração nos descritivos dos serviços ou da inclusão, junção ou exclusão de serviços, quando ocorrer, para avaliação; e

III – a ANTAQ emitirá instruções específicas para a recepção centralizada e por meio de formulário eletrônico das tabelas de preços.

Art. 6º A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e prazo previamente programados nas rotinas de exportação, bem como aqueles prestados às mercadorias não entregues no prazo devido aos importadores ou consignatários na importação, serão cobrados pela instalação portuária ou pelo operador portuário diretamente ao responsável pelo não embarque das referidas cargas.

Seção II

Das Cargas em Regime de Trânsito Aduaneiro

Art. 7º A instalação portuária ou o operador portuário, na qualidade de titulares da exploração de recinto alfandegado em zona primária, poderão prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas ou divulgadas em tabelas de preços.

§ 1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante. (Suspendido pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022)

§ 2º O cumprimento do previsto no § 1º requer, perante a respectiva instalação portuária ou operador portuário, prévio agendamento eletrônico de janelas operacionais, a serem disponibilizadas nas seguintes condições:

I – continuamente e regularmente espaçadas, de maneira a atender a totalidade dos respectivos clientes ou usuários; e

II – permitida a reprogramação ou o reagendamento gratuito, com a adequada antecedência ao evento marcado, por qualquer uma das partes.

§ 3º Nas hipóteses previstas no § 2º, é facultada a cobrança relativa a custos operacionais imputados pelo não comparecimento ou pela desistência, no caso de desatendimento voluntário ao agendamento, sem qualquer reprogramação prévia, com a adequada antecedência ao evento marcado, por parte do importador, ou pelo seu representante.

No mesmo passo, mostra-se imprescindível para a compreensão da temática posta em juízo, trazer à tona os participantes da cadeia logística portuária, conforme consta da decisão de mérito do Processo Administrativo CADE n. 08700.005499/2015-51, que tem por objeto “apurar suposto abuso de poder dominante no mercado de armazenagem de carga na área de influência do Porto de

Suape/PE por parte da Tecon Suape S.A. ('Tecon' ou 'Representada'), mediante a cobrança abusiva pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, conhecida como *Terminal Handling Charge 2* ('THC2') ou taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres ('SSE'), conduta passível de enquadramento no artigo 36, incisos I, II e IV, c/c §3º, incisos III, IV, X e XII da Lei nº 12.529/2011”:

III. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SETOR

[...]

III.1.3 Agência Nacional de Transportes Aquaviários ("ANTAQ")

A ANTAQ, vinculada ao Ministério da Infraestrutura, é a agência responsável por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades desenvolvidas nos portos brasileiros e a exploração da infraestrutura portuária. Com a Nova Lei dos Portos, as funções da agência reguladora foram redefinidas e reforçadas no sentido da promoção da concorrência entre os agentes portuários.[7]

Diante desse contexto, é competência da ANTAQ aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelos administradores dos portos, bem como a remuneração e o desenvolvimento de serviços adicionais prestados pelos operadores portuários.

III.1.4 Importador

É a pessoa física ou jurídica, destinatária final da mercadoria transportada, que utiliza a infraestrutura portuária para importar cargas internacionais. Em geral, é o responsável pela contratação do armador para o transporte da carga e, se for o caso, pela contratação do recinto alfandegado para a armazenagem da carga.

Assim, além da relação contratual com o exportador pelo contrato de compra e venda internacional, o importador deve realizar um contrato de transporte marítimo com o armador, bem como um contrato de armazenagem com (a) o operador portuário que irá descarregar e realizar a movimentação em terra da carga ou (b) com algum recinto alfandegado independente.

III.1.5 Armador

*É a pessoa física ou jurídica, estabelecida e registrada, que a partir da utilização de recursos próprios, mantém e explora comercialmente os navios, isto é, pode ser o proprietário dos navios ou possuir a concessão para utilizar navios de terceiros. É, na realidade, o agente encarregado pelo transporte marítimo e entrega da carga no porto de destino, sendo remunerado pelo contrato de transporte mediante o pagamento do valor do frete. Neste momento, junto ao pagamento do frete, o importador antecipa ao armador o pagamento da taxa de movimentação dos contêineres (*Terminal Handling Charge - "THC"*), exigida pelos operadores portuários para a movimentação horizontal dos contêineres em terra e a entrega da mercadoria ao destinatário.*

Como o armador não possui a infraestrutura necessária para o desembarque da carga, o agente responsável pelo transporte subcontrata o operador portuário para os serviços de atracação, estiva, e movimentação da carga no porto até a sua entrega ao destinatário final ou seu consignatário, como os recintos alfandegados. A esses serviços, é firmado, entre o operador portuário e o armador, o pagamento do box rate, que inclui o valor da taxa THC.

Assim, o armador mantém relações contratuais com o importador pelo contrato de transporte, já que é sua responsabilidade realizar o transporte marítimo da carga até o porto de destino, bem como com o operador portuário, em razão da necessidade de contratação pelos serviços do box rate.

III.1.6 Operador portuário

É a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução da operação portuária de movimentação de cargas e pessoas. São chamados de terminais molhados, por terem berço de atracação e acesso ao mar, de tal modo que são os arrendatários, concessionários ou autorizatários dos terminais públicos e privados localizados na área do porto organizado. Tais agentes são responsáveis pelo carregamento e descarga dos contêineres nos navios, bem como pelo recebimento, controle e entrega da carga. A entrega do contêiner poderá ser direcionada para o armazém do próprio operador, para o importador, ou se for o caso, para os recintos alfandegados.

À vista disso, o operador portuário mantém relação jurídica-contratual com o poder concedente do porto, pelo contrato de concessão, arrendamento ou autorização, bem como com o armador pela contratação da descarga e movimentação de contêineres, incluída no box rate e com o importador, caso o destinatário final opte por armazenar os contêineres nos armazéns do operador portuário.

No caso em tela, o Representado é o operador portuário do Porto de Suape/PE.

III.1.7 Recintos alfandegados

Os recintos alfandegados são áreas demarcadas pela Receita Federal (autoridade aduaneira do porto organizado) e são utilizados para movimentação em terra, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias derivadas ou destinadas à importação, estando localizados na zona primária dos portos organizados ou na zona secundária. Os recintos alfandegados da zona primária são aqueles localizados na área do porto organizado, geralmente sem acesso ao cais. Os recintos alfandegados da zona secundária ou estações aduaneiras interiores (“EADIs”) são comumente chamados de portos secos e servem para facilitar a interiorização da carga, tendo em vista que compreendem o restante do território aduaneiro, isto é, toda a extensão do território nacional.

Assim sendo, os recintos alfandegados mantêm relação contratual com o importador, em razão do contrato de armazenagem. Logo, com a descarga do contêiner, o recinto alfandegado deve requerer a liberação da carga ao operador portuário para realizar a devida armazenagem contratada.

No caso em concreto, os Representantes são recintos alfandegados independentes, localizados na zona primária do Porto de Suape/PE.

III.2. Funcionamento do processo de importação e as relações obrigacionais entre os agentes portuários

As operações realizadas pelos supramencionados agentes portuários no processo de importação, podem ser sintetizadas na ilustração abaixo:

[...]

Como visto, as operações iniciam-se com a celebração do contrato de compra e venda internacional entre o importador e o exportador. Neste momento serão negociadas as condições de venda da mercadoria, como classificações da carga, preço final, logística da entrega, formas de pagamento e as responsabilidades de cada parte.

[...]

O armador, por sua vez, dada a impossibilidade de realizar a movimentação de cargas, contrata os serviços dos operadores portuários para a atracação do navio no porto, a fim de carregamento e descarregamento de mercadoria, estiva (movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações) e movimentação horizontal da mercadoria descarregada no porto. Essas atividades contratadas pelo armador e prestadas pelo operador portuário integram a cesta de serviços denominada “box rate”. Além disso, tal cesta de serviços inclui a taxa THC, destinada a remunerar os operadores portuários pela operação de movimentação dos contêineres em terra, do momento da desestiva (movimentação de desarrumação para a descarga da mercadoria dos conveses ou nos porões das embarcações) até a entrega efetiva ao destinatário. Na prática, o importador, ao

remunerar o armador pelo valor do frete, antecipa ao encarregado do transporte (armador), o valor da taxa THC que será cobrada pelo operador portuário do armador para a movimentação em terra.

Vale notar que os armadores possuem contratos com diversos operadores portuários e, em razão disso, são detentores de razoável poder de barganha nas taxas cobradas pelos terminais nas prestações dos serviços incluídos no box rate. Assim, em portos em que vários operadores portuários operam, a concorrência por contratos com armadores é bem intensa.

Em seguida, após o desembarque dos contêineres em terra, o importador, destinatário final da carga, poderá escolher dentre algumas opções para o destino da mercadoria, como (a) a retirada imediata (pessoalmente ou por consignatário) ou (b) armazenagem, a qual pode se dar (b.1) nos armazéns alfandegados do operador portuário ou (b.2) nos recintos alfandegados independentes. Tais recintos alfandegados independentes não possuem poder de escolha referente ao operador portuário que realiza a descarga e movimentação dos contêineres, uma vez que somente recebem a mercadoria para sua armazenagem, sendo, na ausência de qualquer verticalização, dependentes da operação de movimentação horizontal e concorrentes diretos do operador portuário no mercado de armazenagem.

No caso concreto é justamente nessa etapa em que se insere a conduta investigada. Como visto, a Tecon, operador portuário do Porto de Suape/PE, teria efetuado a cobrança da taxa denominada THC2 em face dos recintos alfandegados independentes, a título de serviços adicionais na prestação de “controle documental e gerenciamento com segregação para transferência de contêineres oriundos de importação”.

[...]

Ainda, do voto do Desembargador **MONTEIRO ROCHA**, na Apelação Cível n. 0311872-35.2016.8.24.0033, sobre o fluxo da carga no terminal portuário de atracação, denoto que (grifei):

No fluxo de importação de carga, os terminais operadores portuários cobram dos armadores (transportadores marítimos) um preço contratualmente ajustado para retirar os contêineres do porão do navio e colocá-los na pilha comum do pátio de armazenagem provisória (serviços de Box Rate).

Por sua vez, o armador (transportador marítimo) cobra do importador ou consignatário, a título de ressarcimento, as despesas assumidas com a movimentação das cargas pagas ao terminal portuário (tarifa THC). A cobrança é incorporada no preço do frete e repassada ao responsável da carga.

No caso em que a mercadoria, no fluxo de importação, é armazenada e desembarçada no próprio terminal portuário que recebeu a carga, inexistem maiores discussões.

A controvérsia surge substancialmente quando, por opção do importador, a carga é direcionada para ser desembarçada em terminal alfandegado independente, em que o terminal operador portuário cobra desse terminal independente pelos serviços adicionais de movimentação e segregação de contêineres ocorridos após os serviços de descarga do navio (Box Rate e THC). Aqui, forma-se concorrência entre esses dois terminais no mercado de armazenagem e desembarço aduaneiro, porquanto a armazenagem e o desembarço da carga podem ser realizados também no próprio terminal operador portuário que recebeu a carga do navio.

Com efeito, é exatamente neste ponto do fluxo da importação por meio de transporte marítimo

que se estabelece a controvérsia do caso em apreço. A fim de complementar a explanação quanto à controvertida cobrança da SSE/THC2, desumo da decisão de mérito do Processo Administrativo CADE n. 08700.005499/2015-51 (grifei):

[...]

Conforme mencionado anteriormente, segundo a Resolução ANTAQ no 34/2019, a box rate, quanto à importação, compreende o “preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário”.

Trata-se de tarifa paga pelo armador ao operador portuário (de sua escolha), mediante contrato firmado entre as partes. Tal possibilidade de escolha deriva da inviabilidade econômica e operacional que seria colocada sobre o armador (que transporta mercadorias de diferentes importadores) caso tivesse que fazer desembarques em diferentes terminais portuários devido à vontade de cada importador. Nesse sentido, cabe ao armador escolher o terminal que lhe seja mais vantajoso em termos econômicos e operacionais, de modo que o preço da box rate é fruto da concorrência entre os diferentes terminais portuários de determinada região. Ademais, importante notar que, via de regra, os armadores consistem em empresas de grande porte que transportam volumes substanciais de mercadorias, de modo que possuem elevado poder de barganha nas negociações perante os operadores portuários, como aponta a ANTAQ:

Quanto aos custos envolvidos nas operações portuárias, imperioso destacar que o frete marítimo, bem como os demais preços portuários praticados nos terminais brasileiros, seja na exportação, seja na importação, é definido segundo regras internacionais; normalmente por empresas transnacionais (transportador marítimo), cada vez mais verticalizadas, com participações societárias em terminais de contêineres para reduzir seus custos de transação.

(...) Tal situação, aliada à liberdade de preços, característica do setor, e considerando um mercado oligopolista como o de transporte marítimo internacional, se constitui em cenário potencial para a existência de falhas de mercado tais como subsídios cruzados e assimetria de informação. Assim, esses aspectos podem dar origem a situações nas quais o terminal portuário de contêineres não verticalizado, por exemplo, reduza o preço de sua box rate, cobrada dos transportadores marítimos, para atrair novos armadores, e “compense” tal redução elevando o preço de THC, armazenagem ou serviços acessórios acima de seus custos incorridos, cobrado, em última instância, dos usuários dos serviços.[57]

O THC, por sua vez, é definido, a teor da referida Resolução da ANTAQ, como “preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação”. Trata-se de tarifa que se refere aos custos de movimentação da carga em terra e, além do frete, é paga pelos importadores aos armadores, que são contratados para fazer o transporte marítimo até o porto de destino.

Segundo a ANTAQ, “apesar da THC ser um conceito aberto e em constante evolução na prática comercial marítima mundial, houve um esforço da ANTAQ, por intermédio dada Resolução nº 34-ANTAQ, de definir a Taxa de Movimentação do Terminal – THC”, cujos serviços podem ser ilustrados abaixo:

[...]

Já o SSE é definido como “preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de

documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante”. Como explanado anteriormente, após retirar as mercadorias da embarcação e realizar a movimentação da carga em terra, o operador portuário pode oferecer ao importador o serviço de armazenagem da carga ou entregá-la para um recinto alfandegado independentemente que tenha sido contratado pelo importador para fazê-lo. Nesta última hipótese, para liberar a mercadoria a tal recinto alfandegado (e.g., Atlântico; Suata), a Tecon cobra uma tarifa (SSE ou THC2) - desde 2011, segundo elementos dos autos -, tarifa esta objeto de discussão neste Processo Administrativo.

Vale salientar que, quando o operador portuário disponibiliza a carga ao recinto alfandegado independente contratado pelo importador, opera-se o trânsito aduaneiro da mercadoria. A teor do que dispõe a Instrução Normativa no 248/2002 da Receita Federal, tal trânsito pode tramitar sob diferentes modalidades, incluindo regimes especiais em relação ao processo comum de armazenagem.

O regime Declaração de Trânsito Aduaneiro (“DTA”) é utilizado para a transferência de mercadorias sob controle aduaneiro, possibilitando que a carga seja retirada em uma Zona Primária (e.g., porto) e transferida para uma Zona Secundária (e.g., terminal seco; EADI). Dentre suas vantagens, tem-se que o regime permite a transferência da carga para uma Zona Primária[59] para uma Zona Secundária que não necessariamente estejam no mesmo Estado da Federação, com a suspensão dos tributos até o destino em que será executado o desembarço. O importador, portanto, pode escolher desembarçar sua mercadoria em um recinto alfandegado mais próximo de sua planta. Todavia, como desvantagens cita-se a possibilidade haver um maior tempo de desembarço para mercadoria em comparação ao regime de Declaração de Trânsito de Container (“DTC”).

O DTC, por sua vez, ampara as operações de transporte de contêineres contendo cargas destinados ao armazenamento em recinto alfandegado jurisdicionado à mesma unidade da Receita Federal. Além disto, envolve o transporte de mercadorias sob o controle aduaneiro de um ponto a outro do mesmo território aduaneiro, com a suspensão de todos os tributos, ficando limitado ao mesmo Estado da Federação. Esta modalidade de trânsito deve ser feita em até 48 horas depois do navio descarregar a carga, sob pena de armazenagem pelo operador portuário, segundo dispõe a Instrução Normativa no 262/2002 da Receita Federal. Após o decurso de tal prazo, inicia-se a armazenagem pelo operador portuário e a remoção da mercadoria de um recinto aduaneiro para outro somente poderá ocorrer via DTA. No âmbito do Porto de Suape/PE, o regime DTC é regulado pela Portaria ALF/SPE nº 87/2017, ao passo que a Portaria ALF/SPE nº 2/2015 dispõe sobre o regime DTA.

Em contrapartida aos regimes de DTA e DTC, o processo comum de armazenagem (cita-se o regime Declaração de Importação (“DI”)), é o cenário “em que as cargas ficam armazenadas no próprio terminal portuário até a efetiva nacionalização e retirada pelo importador, não sendo exigidos adicionais relacionados a segregação e entrega de contêineres, pois seguem direto do navio para a pilha comum”. Ademais, neste cenário, “os custos referentes à retirada do contêiner do navio e à sua colocação na pilha comum estão incluídos no Box Rate e são remunerados pelo armador ao terminal portuário, conforme disposto na nova Resolução ANTAQ n. 34/2019”.

[...]

Ademais, conforme predominantemente reconhecido nas decisões judiciais acerca do tema, pormenorizadas anteriormente neste voto, o SSE (ou THC2) envolve de fato serviços adicionais, não contemplados na box rate e no THC e que são onerosos ao prestador (operador portuário), entendimento este em linha com a normativa setorial da ANTAQ e da própria manifestação da agência reguladora nestes autos, a ser explorada em maiores detalhes adiante.

De todo modo, pondero que a cobrança do SSE, ainda que encontre respaldo regulatório, não é ampla e

irrestrita. Nessa esteira, o cerne da questão da conduta sob exame é se a cobrança pelos serviços de segregação e movimentação de contêineres (SSE), ainda que legítima do ponto de vista regulatório, não ocorreu de forma abusiva no caso concreto, configurando infração à ordem econômica.

Para corroborar o debate acerca da (i)legalidade e da (não) abusividade da cobrança da taxa denominada Serviço de Segregação de Entrega de Contêineres (SSE), à qual está relacionada a tarifa de “Armazenagem de Importação 1º Período”, colaciono trecho do voto do Ministro **VITAL DO RÊGO**, do Tribunal de Contas da União, no Processo Administrativo n. 1448/2002:

O debate acerca da regularidade da cobrança pelos terminais portuários (molhados) aos recintos alfandegados (terminais secos) dos serviços de segregação e entrega de contêineres - SSE ocorre, no mínimo, há 20 anos e a edição da Resolução 2.389/2012 pela Antaq foi uma tentativa de dirimir a controvérsia. Porém, não foi feliz na busca pela pacificação do assunto.

[...]

O normativo da Antaq permite a possibilidade da cobrança de valores adicionais ao THC, que foram apelidados de THC-2, na importação, pela movimentação de mercadoria entre a “pilha do pátio ao portão do terminal”, ante ao entendimento de que existiriam custos adicionais nesse trajeto não cobertos pela THC. Em consequência, legitimou sua cobrança, de acordo com os incisos VI e VII do art. 2º e os arts. 3º, 5º e 9º da Resolução 2.389/2012.

Tal entendimento vai ao encontro do pensamento dos terminais molhados, que alegam que essa taxa remuneraria, de fato, serviços e custos adicionais não inclusos na THC quando da entrega das mercadorias aos recintos alfandegados. Por outro lado, vai de encontro ao entendimento dos recintos alfandegados, que alegam que seria uma cobrança indevida por cobrir custos e serviços que já são remunerados pelo THC, que o armador repassa aos terminais.

Por isso, o conflito instalado no setor, objeto de ações judiciais e administrativas no Cade, no TCU e na própria Antaq.

IV.1

A opção regulatória da Antaq, por meio da Resolução 2.389/2012, foi pelo reconhecimento de serviços que não seriam englobados pelo THC e pela não intervenção direta no preço estabelecido entre as partes, com a verificação da adequabilidade do valor apenas caso a caso, com a adoção, “quando couber”, de preço-teto.

Ao analisar a referida resolução (Acórdão 1704/2018-TCU-Plenário), este Tribunal elencou os problemas que maculariam sua legitimidade, a saber:

(a) assimetria de conceitos, no conceito de THC, entre serviços que compõem as operações de exportação e de importação (na exportação, a THC engloba a movimentação de cargas desde o portão do terminal até o costado da embarcação; mas, no sentido da importação, a referida taxa alcança o movimento desde o costado da embarcação até a pilha de armazenagem do terminal, excluindo da THC a movimentação de contêineres da pilha até a entrega no portão do terminal);

(b) ausência de avaliação da adequação do preço praticado de SSE;

(c) ausência de referência a qualquer mecanismo regulatório para coibir eventual uso abusivo do poder de mercado pelos operadores portuários frente aos recintos alfandegados no âmbito da cobrança das atividades de SSE;

(d) retirada de instrumento regulatório do art. 5º que limitaria a prática de preços abusivos pelos operadores portuários que cobrassem SSE dos recintos alfandegados independentes (preço-teto aos serviços não abrangidos pelo box rate);

(e) ineficácia, por sua condição de mera faculdade, do único instrumento regulatório restante que solucionaria o conflito no setor e estabelecido no parágrafo único do art. 9º (adoção de teto de preços, “quando for o caso”).

Por esses motivos, foi determinado à Antaq, por meio do referido acórdão, que procedesse à revisão da regulamentação da SSE, com vistas a dar cumprimento à sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002, bem assim que elaborasse e publicasse as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança.

IV.2

Após o decidido no Acórdão 1704/2018-TCU-Plenário, a Antaq colocou em revisão a Resolução 2.389/2012. Nesse processo de revisão normativa, foi realizada a Audiência Pública 04/2018, na qual foi submetida aos players uma minuta para edição de nova resolução. Após o exame das contribuições feitas, consubstanciadas no Parecer Técnico 71/2018, a Antaq deliberou, em reunião de sua diretoria, pela edição da Resolução 34/2019.

Nessa nova resolução, não houve alteração da opção regulatória da autarquia, que apresenta, em essência, os mesmos mecanismos regulatórios inseridos anteriormente na Resolução 2.389/2012: pertinência da cobrança do SSE, agora expressamente definido (art. 2º, inciso IX, e art. 6º, § 1º), por serviços não remunerados pela Box Rate nem pela THC (art. 9º), cujo valor deve ser objeto de livre negociação entre os terminais portuários e os recintos alfandegados (art. 5º), com análise pontual de abusividade de preço (art. 5º, § 1º e parágrafo único do art. 9º).

Igualmente, nesse novo normativo, foram mantidos os conceitos de cesta de serviços (Box Rate) e THC disposto na resolução anterior e descritos no parágrafo 21 supra. Houve, apenas, em adição, como dito, o estabelecimento expresso, ao contrário do normativo anterior, do conceito de Serviço de Segregação e Entrega - SSE, com a indicação dos serviços que nele estariam englobados (inciso IX do art. 2º), como a seguir transcrito:

[...]

Em relação à resolução anterior, houve algumas alterações na Resolução 34/2019. Foi estabelecido que (art. 5º), além de os valores máximos de SSE deverem ser previamente divulgados em tabelas de preços pelos terminais, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento, devem também ser observadas as normas da autarquia, com vedação expressa a “práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência”.

Foram definidas, no art. 8º, o que antes não havia, quais seriam as práticas consideradas abusivas ou lesivas à concorrência, dentre elas, destaco: “aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais à jusante ou do mesmo mercado relevante”; “elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros”; e “fraudar preços por meio da sua alteração, sem a correspondente modificação da essência ou da qualidade do bem ou do serviço”.

Por fim, de acordo com o parágrafo único do art. 9º, apesar de ainda permanecer a previsão de que a fixação de preço máximo a ser cobrado a título de SSE ser uma faculdade da Antaq, a ser analisada a cada caso concreto, foi acrescentado, aí a inovação, que tal análise ocorrerá quando for “demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE” e “mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição”.

A título de informação, registro que a Resolução 34/2019 foi revogada pela Resolução 72/2022; porém, sem alteração material nem ampliação de escopo ou criação de novas obrigações, tendo havido apenas adequações redacionais e atualizações de nomenclaturas, em cumprimento ao Decreto 10.139/2019, que determinou a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decretos, com a verificação da forma dos atos vigentes (atendimento de técnica de elaboração, redação e alteração de atos normativos (peça 88)).

IV.3

Isto posto, conhecidos os fatos que até aqui nortearam e norteiam a questão, entendo que é imperioso retomar a discussão sobre a legalidade da cobrança dos Serviços de Segregação e de Entrega de Contêineres (SSE) nas operações de importação.

[...]

O Cade, ao menos desde 2005, tem realizado profundos exames concorrenciais sobre o tema e seu posicionamento atual é inconteste em considerar a SSE como indevida cobrança de valores pelos operadores portuários aos recintos alfandegados, em decorrência da relação de dependência destes para com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada, caracterizado pelo abuso de posição dominante pelos operadores portuários em face da capacidade de aumentar os custos dos recintos alfandegados.

Além disso, entende que, nessas condições, os terminais portuários têm incentivos para elevar os custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegada de cargas e detém os meios necessários para tanto. Por isso, considera que a manutenção da cobrança de SSE tem, com base nas recomendações da OCDE e à luz do direito da concorrência, a potencialidade de discriminar e aumentar os custos dos rivais, de expulsar agentes do mercado, de diminuir o incentivo a novos entrantes e de aumentar o nível geral de preços desse mercado.

A antiga SEAE, por sua vez, em parecer de 2015, entendia que a atividade de movimentação de carga desempenhada pelos operadores portuários não guarda um fim em si mesmo, mas tem como objetivo a entrega efetiva da carga ao seu destinatário final, motivo pelo qual afirma não ser possível dissociar, da atividade de movimentação, as etapas de segregação e sua efetiva entrega.

Logo, afirma que a etapa de segregação da carga decorre da solução logística própria dos operadores portuários com o objetivo de melhora da eficiência de sua atividade de operação portuária como um todo. Nessas condições, os custos associados a ela já devem integrar a THC, o que, no seu entender, sugere a impropriedade dos conceitos de Box Rate e THC da hoje Resolução 72/2022 (antiga 34/2019) .

Já mais recentemente, a SEAE, no seu parecer 34/2019 (peça 87, p. 21) , quando da análise da Resolução 34/2019, classificou-a como “Bandeira Vermelha”, que quer dizer “ato normativo com caráter anticompetitivo, caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial”.

Desta forma, recomendou, mais uma vez à Antaq que alterasse o normativo para determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal de contêineres estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC) .

I

[...]

[...]

Ainda assim, ao me debruçar sobre a questão, e com as informações constantes dos autos, avalio que a resolução atualmente vigente padece de outros vícios, porventura insanáveis, diante do quadro que passo a discorrer.

Como o assunto diz respeito a termos nem sempre utilizados no nosso cotidiano, cabe lembrar quem são os atores envolvidos quando há a cobrança dessa tarifa denominada SSE.

Quando um produto chega ao país por via portuária para ser vendido ou mesmo para servir de matéria prima, há um comprador ou importador (dono da carga) , há a empresa ou o responsável por fazer o transporte marítimo do produto até o porto (armador) , há um operador portuário com contrato de arrendamento com o poder público (opera em um terminal ao lado do navio, na zona primária ou zona molhada) que retira a carga de dentro do navio e a coloca em pilhas, armazenada, até que ela possa ser entregue ao seu dono ou importador.

Por certo, a carga só será entregue ao destinatário final após ser nacionalizada, por meio dos trâmites exigidos pela Receita Federal. Até que se complete essa etapa, o importador paga armazenagem e esse processo é feito por um recinto alfandegado (recinto aduaneiro).

Esses recintos nada mais são que áreas demarcadas onde ocorre a movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, no caso de uma importação, sob o controle do fisco.

Até meados dos anos 1980, toda essa operação era feita na zona primária do porto, o que acabava por abarrotar de cargas as áreas contíguas à atracação, gerando ineficiência na operação e na movimentação das mercadorias, com alto custo para o país, já que os tempos médios de embarque e desembarque de veículos prejudicavam o ciclo de entrega dos produtos, aumentavam o tempo de permanência dos navios, bem como os custos de armazenagem.

Para resolver esse problema, foi criada a figura do recinto alfandegado independente - RAI (área localizada na zona secundária, retroporto ou porto seco) para que as cargas pudessem também ser armazenadas em áreas internas ao porto (fora da área molhada), a critério de dono da carga que poderia contratar um dos tipos de recinto, facilitando assim a logística da operação portuária.

Em um primeiro momento, a movimentação e fluxo das cargas dos terminais portuários das antigas companhias docas tiveram incremento de eficiência. Contudo, como o desembarço aduaneiro começou também a ser realizado nas áreas internas ou “interiores” aos portos, as docas começaram a perder receita de armazenagem.

Foi exatamente nesse contexto em que o responsável por retirar a carga do navio (quem opera na área molhada) começou a cobrar uma taxa, a título de segregação e entrega, para o recinto alfandegado independente, ou seja, aquele a quem caberia armazenar o produto até as providências finais de nacionalização e posterior entrega final ao dono.

A partir de 1995, com as privatizações na área portuária, as companhias docas deixaram de operar e foram substituídas pelos terminais portuários (zona molhada) que em um primeiro momento não cobraram nenhum valor por essa entrega, mas posteriormente voltaram a instituir a cobrança de uma taxa denominada THC-2 apenas quando o dono da carga não optava por armazenar a mercadoria no terminal até a completa nacionalização.

Nesse contexto, atualmente temos dois particulares que podem armazenar a carga até o completo desembarço aduaneiro do produto recebendo pela armazenagem desta: (i) o próprio operador do terminal arrendado que está ao lado do navio e a quem cabe retirar a carga da embarcação e colocar no pátio e (ii) o recinto alfandegado independente (RAI) ou instalação portuária alfandegada (IPA) que opera na zona secundária ou em área interna ao porto (terminal seco).

Quem escolhe com quem vai “desembarçar” a mercadoria é o dono da carga. Este também escolhe o armador, caso acorde com a empresa estrangeira que vendeu a mercadoria para ele um preço final sem inclusão do frete. Mas o dono da carga não escolhe o terminal ou operador portuário que vai receber sua mercadoria por uma razão óbvia: cabe ao “dono do navio”, que carrega cargas de vários destinatários e até nacionalidades, escolher em qual ponto desembarcar os muitos produtos que transporta.

A ordem lógica da movimentação da carga e suas relações assim se estabelecem quando o ciclo é de importação:

(1) o dono da carga firma contrato com o armador para que seu produto chegue até o porto para ali ser armazenado até a nacionalização;

(2) o armador firma contrato com o operador portuário para descer a carga do navio e levá-la até a pilha na zona primária do porto (há o pagamento da taxa “box rate” que inclui movimentação vertical e horizontal: esta última se chama THC);

(3) o dono da carga ou importador escolhe com quem vai armazenar a mercadoria até o desembarço:

(3.1) se for o próprio operador portuário: nesse caso ele só paga armazenagem da carga que fica na zona primária;

(3.ii) se for o recinto alfandegado independente: o próprio recinto vai pagar ao operador portuário a segregação e entrega da mercadoria (SSE) para poder retirar a carga do terminal e cobrará do dono da carga não apenas a armazenagem, mas também os custos que teve com o pagamento da SSE.

Percebam que esse fluxo está descrito tanto no art. 7º, § 1º, bem como no art. 9º do texto da Resolução Antaq 72/2022, cujos dispositivos traduzem a seguinte conclusão: se o operador portuário presta o serviço alfandegário, toda a movimentação horizontal (THC) está incluída no “box rate”, mas se o importador (dono da carga) escolhe um recinto alfandegado independente (concorrente do operador), a Antaq permite a cobrança da SSE para que o terminal entregue a carga ao recinto seco (RAI).

Desse apontamento e do cotejo entre os textos retro apresentados surgem de pronto duas indagações: (1) o que seria esse serviço de segregação e entrega (SSE) que somente é cobrado quando o operador portuário não realiza a armazenagem da carga durante os trâmites de nacionalização e a entrega para seu concorrente fazê-lo; e (2) por qual motivo a SSE somente é devida nos ciclos de importação e sequer é mencionada nas operações de exportação.

A grande questão é que veículos, máquinas, sistemas e mão-de-obra são usados no percurso da mercadoria entre o navio e pilha de armazenagem. Ali a carga fica até ultrapassar o portão do terminal. Ela pode ser entregue na carreta de transporte do dono da carga após a nacionalização ou na de quem vai armazená-la em recinto alfandegário próprio para o desembarço aduaneiro.

O caminho percorrido por essa carga é o mesmo nas duas situações: quando o operador armazena a carga até a liberação pela alfândega ou quando ele a entrega para um recinto seco armazenar. Não há serviço que exista em um fluxo que não exista no outro. E essas operações estão inseridas em todos os portos do mundo na taxa internacionalmente conhecida como THC, ou seja, o valor pago ao operador portuário para movimentar a carga horizontalmente do costado do navio até seu portão.

Desse modo, sempre haverá colocação na pilha em pátio segregado, gerenciamento de riscos de cargas perigosas, cadastramento de empresas ou pessoas, permanência de veículos para retirada, liberação de documentos ou circulação de prepostos, remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.

O que difere é quem vai receber pela armazenagem. Esse é o ponto fulcral dessa cobrança. Ao decidir armazenar sua carga em um recinto alfandegado independente, o importador retira logo a carga da zona primária ou molhada e não a armazena por lá, o que traz benefícios logísticos e operacionais para o porto, consoante já explicado nesse voto.

Em resumo, a permissão para cobrança de SSE se traduz na possibilidade de o operador portuário aumentar os custos de seu concorrente (RAI), custos estes que serão repassados ao dono da carga, sempre que o terminal não for “escolhido” para receber pela armazenagem. Automaticamente, por conclusão lógica, quem paga essa conta é o consumidor final, aumentando-se assim os custos dos produtos em nosso país.

Exatamente por esse motivo não há registro de cobrança de taxa idêntica em sistema portuário de nenhum outro país. Afinal, não há como expressar quais ganhos em termos econômicos, logísticos e concorrenciais serão alcançados incentivando o operador portuário a “equilibrar” o mercado mediante a imposição de um custo ao seu rival com incentivo claro à ineficiência operacional do porto (maior uso da área contígua aos navios para armazenagem), bem como do aumento do valor dos produtos e insumos importados para o consumidor final.

Quando se compara o fluxo da carga para sair do país, nos casos de exportação, não há cobrança de SSE. Ora, a carga será entregue no portão e o operador portuário, arrendatário do terminal molhado, a colocará na pilha para armazenagem até o momento de levá-la até o navio, com movimentações horizontais e verticais, controle e segregação por softwares, armazenagem, entre outras atividades afetas. Tudo do mesmo modo quando o sentido é inverso, ou seja, na importação.

Aliás, as evidências sugerem que haveria até mais uma etapa na exportação não contemplada na importação que é o deslocamento horizontal da carga do portão até a pilha (uso de carretas pelo operador portuário) para armazenagem antes do embarque desta no navio. Na importação o movimento sob responsabilidade do terminal termina na pilha e não no portão, ou seja, o deslocamento da pilha até a saída é feito com o veículo do dono da carga ou de quem vai retirá-la.

Acerca dessa diferença não encontrei qualquer explicação ou motivação válida por parte da Antaq para tal assimetria.

Os fatos demonstram que a parcela SSE sempre existiu e está incluída na THC. O nome THC-2 decorre exatamente da analogia de possibilidade de cobrança em duplicidade de algo já pago pelo dono da carga via armador (THC) quando é o concorrente do terminal que busca a carga para armazenar.

À primeira vista, parece-nos claro que a resolução possibilita que um player eleve artificialmente os preços dos seus concorrentes e ainda traga prejuízos à cadeia produtiva nacional. Mas a questão não deve ser analisada apenas sob o prisma da guarda do interesse público em sentido estrito, pois há de se considerar também as circunstâncias do caso concreto sob a ótica da livre concorrência.

Há de se avaliar os dois lados, uma vez que este TCU não pode assumir a condição de defensor dos interesses de quaisquer dos grupos em disputa. A jurisprudência é clara ao delimitar que nesses casos, o Tribunal atua em “defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório”, como bem colocou o ministro Benjamin Zymler no voto revisor do Acórdão 1756/2004-TCU-Plenário:

[...]

Nesse aspecto, hipoteticamente, o terminal portuário poderia cobrar diferentes valores a depender do cliente, afinal no mercado privado há concessão de vantagem ou “desconto” para aquele que fideliza seus serviços, por exemplo.

Em um mercado ordinário, sem as particularidades do sistema portuário, caso um dos clientes seja concorrente direto de um prestador do serviço, e este sempre cobre daquele valores maiores do que cobra a quem não compete com ele, parece-me que, à primeira vista, o caso seria de fácil solução. Afinal, o cliente rival poderia se valer do próprio equilíbrio de mercado e procurar outro concorrente para contratar esses serviços. Assim, o mercado se autorregularia e a concorrência seria mantida, já que não há nesse exemplo uma relação de dominância entre os que competem.

No caso do pagamento de SSE aos terminais pelos RAI é bem diferente, estes recintos secos sequer podem escolher em qual terminal irão buscar a carga do importador, porquanto quem decide onde o navio vai atracar nem é o dono da carga, quem escolhe o operador portuário é o armador. Ou seja, o “equilíbrio” do mercado concorrencial sequer consegue se efetivar, dado que o recinto alfandegado independente não tem como recorrer a outro “fornecedor”.

Daí decorre outra peculiaridade desse mercado: a inexistência de contrato entre o terminal portuário e o recinto alfandegado (RAI) nas operações de importação. O terminal recebe o valor do “box rate” direto do armador, que repassa ao importador esse custo em seu contrato com este. Como já dito, no final das contas, quem paga por essa taxa é o consumidor, o cidadão que consome os insumos e produtos importados.

Não fosse isso o bastante, não há desembarque de mercadoria se um operador portuário não retira a carga do navio e a coloca em seu terminal. Ele está na área molhada. Não à toa, os operadores portuários vêm arbitrando essa taxa da maneira como lhes convém.

À título de exemplo, os dados indicam diferentes valores de cobrança da SSE ao longo do país e até mesmo dentro de um mesmo porto. Segundo dados do Acórdão 1704/2018-TCU-Plenário, há terminais em Santos que cobram mais de R\$ 300,00 pelos serviços de THC 2. Na mesma época da pesquisa de preços, em Itajaí (SC), a APM Terminais chegava a cobrar R\$ 726,00 por contêiner e a Portonave R\$ 331,00.

Há notícias de que os valores atingem mais de mil reais por contêiner em alguns portos. A depender da demanda, os valores também podem oscilar. As evidências dos autos mostram que em meados de 2020, um operador portuário em Santos informou que passaria a cobrar R\$ 783,00 pela SSE, mas que no período de 3/4/2020 até 30/6/2020 o preço permaneceria em R\$ 399,00 (peça 1 do TC Processo 015.453/2020-0).

A experiência nos mostra que a oscilação dessa cobrança tende a aumentar os preços de nossos produtos a depender da época. Cito como exemplo, a importação de algum insumo agrícola cuja safra tenha tempo certo de plantio e necessite de fertilizante específico em um dado período. Com certeza, a sazonalidade apenas piora o impacto da liberalidade dessa cobrança na cadeia produtiva do país.

Por óbvio, oscilações de preço seriam esperadas e tenderiam ao equilíbrio se estivéssemos em um mercado com uma concorrência natural, mas não é o que se observa nesse caso já que o sistema portuário tem uma lógica de relações e contratos diferenciada dos padrões médios.

Ademais, essas variações extremas nos valores dessa taxa corroboram o que já foi demonstrado aqui: a SSE não está associada a um serviço específico, as atividades desse serviço existem mas já estão contempladas na THC. A cobrança dessa taxa serve para que o operador portuário ofereça diferentes preços em situações distintas, a depender da possibilidade de ele receber pela armazenagem ou não.

Diante do que expus, resta avaliar se os terminais portuários estariam em posição dominante nessa cadeia de importação de cargas pela via portuária. Segundo o parágrafo 2º do art. 36 da Lei 12.529/2011, uma das circunstâncias em que se presume haver posição dominante é sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado.

Por tudo o que foi descrito, está claro que os terminais molhados estão em posição dominante em relação aos recintos alfandegados secos.

Nos termos do mesmo art. 36, atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência (inciso I), e/ou permitam o exercício de forma abusiva da posição dominante (inciso IV), constituem infração à ordem econômica:

[...]

Nesse contexto aqui descrito, assinalo que a cobrança de SSE dos recintos alfandegados independentes pelos operadores portuários constitui infração da ordem econômica ao menos pelos seguintes motivos: (1) o recinto seco é concorrente direto do recinto molhado; (2) o recinto molhado recebe pela movimentação horizontal da carga mediante tarifa denominada THC em contrato firmado com o armador; (3) caso o terminal não seja escolhido pelo dono da carga para nacionalizar a mercadoria, ele a entrega ao recinto seco mediante cobrança de SSE; caso seja escolhido, não há SSE; (4) a SSE é uma taxa cobrada por um serviço que existe tanto na importação quanto exportação, mas somente tem custos devidos quando as cargas chegam ao país; (5) o dono da carga e o recinto seco não podem escolher o operador portuário e ficam à mercê das tarifas cobradas por estes terminais; (6) a SSE resulta na imposição de custo artificial de um concorrente dominante para seu rival.

Vejam que a norma dispõe que o prejuízo ou abuso nem sequer precisa ter se consumado. Se as circunstâncias tiverem probabilidade de produzir os efeitos danosos ali descritos, já se caracterizaria a infração da ordem econômica. Por esse motivo, o Cade vem se posicionado contra a cobrança da referida taxa.

[...]

Meu primeiro ponto de reflexão centrou-se no comportamento do mercado. Muito se diz que o percentual arrecadado dessa taxa é irrelevante frente aos valores totais movimentados nos portos. O estudo feito pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE do Ministério da Economia), ao mensurar provável sobrefaturamento dessa cobrança, apresentou estudo estimativo (dados de 2016 a 2018) em que se pode verificar que anualmente os terminais portuários arrecadam em média por volta de R\$ 536.465.213,83 de SSE (peça 87, p. 149 do TC Processo 015.453/2020-0).

Esse custo é pago pelo consumidor final e seria válido se contribuísse para o alcance do interesse público, o que não é o caso. Rememoro que incentivar a dominação de mercado para os terminais molhados ainda tem o ônus de tornar a operação portuária menos eficiente, caso os recintos alfandegados secos tenham sua participação no mercado prejudicada por condições anticoncorrenciais.

O apontamento desse valor se mostrou oportuno para avaliação da lógica inversa. Deve-se refletir se a anulação das disposições da resolução Antaq que permitem a cobrança de SSE é medida capaz de prejudicar o mercado.

O recinto molhado continuará a receber pela movimentação horizontal sem cobrança de SSE tal qual procede quando armazena e desembaraça a carga do importador (receitas oriundas da THC) . Rememoro que a carga não consegue sair do navio sem passar pelo terminal molhado. Diante disso, o operador sempre contará com parcela expressiva do serviço de movimentação de cargas do porto. A probabilidade de um terminal ser excluído do mercado em virtude disso é quase nula.

Quanto à eventual necessidade de reequilíbrio de contratos de arrendamento, estes somente acontecem quando se comprova efetivamente que as receitas estimadas no estudo de viabilidade que compõem o fluxo de caixa estão se realizando em valor inferior ao projetado, situação peculiar e de baixa probabilidade de ocorrência em função da metodologia adotada nas estimativas.

De outro modo, se não houver um ajuste de preços para incrementar a competitividade, o operador provavelmente perderá fatia na armazenagem das cargas para o recinto seco. Essa possibilidade faz com que o mercado se autorregule e os preços oscilem para a convergência de um estado ótimo em que a plena concorrência se estabelece.

Nessa situação, os rivais não apenas apresentam preços mais aderentes à natureza dos serviços, como também incrementam automaticamente a qualidade dos serviços prestados.

Essas breves análises sobre o efeito concorrencial da cobrança da SSE aqui pontuadas foram devidamente detalhadas no robusto documento produzido pela SEAE que já mencionei, cujas conclusões compuseram minhas avaliações.

O estudo, apesar de apenas opinativo, traz importantíssimas ponderações, que muito contribuíram para o meu posicionamento, entre elas destaco a conclusão (peça 87, p. 157) :

Com base no acima exposto, conclui-se que o presente caso se classifica como sendo de bandeira vermelha, uma vez que a permissão para cobrança do SSE/THC 2, particularmente no atual formato, traz caráter anticompetitivo à Resolução Normativa ANTAQ 34/2009, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarreta distorção concorrencial, nos termos do inciso I, art. 18 da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020, com respectivos efeitos esperados prejudiciais ao bem-estar do consumidor. (grifos acrescentados)

Esse mesmo estudo me levou a concluir que, a despeito de qualquer análise de impacto regulatório que venha a ser realizada, o resultado será sempre o mesmo: a cobrança da SSE não é legítima na medida em que obstaculiza a competitividade do serviço de armazenagem da operação portuária de importação e acarreta infração à ordem econômica.

Em um cenário extremo, haveria alto risco de o player da posição dominante excluir os recintos alfandegados secos do mercado e até mesmo de se criar barreiras à entrada de novos concorrentes.

Por certo, esse evento só tende a acontecer no cenário extremo porque há um outro ator na cadeia que irá patrocinar o desequilíbrio do mercado, qual seja o consumidor final, que é quem efetivamente paga pela tarifa criada para garantir a fatia de participação do operador portuário no mercado.

Com relação às providências elencadas no sentido de controlar a abusividade dos preços, entre elas a

apresentação da composição de custos dos serviços e o envio de tabelas de preços da SSE previamente para a agência, cabe salientar que mesmo que a AIR contenha mecanismos eficientes para avaliar o preço justo e evitar distorções, ainda assim persistirá o desvio de finalidade do ato de expedição de resolução que permite a cobrança de tal valor, porquanto foi praticado com um fim diverso do previsto em lei.

[...]

Para finalizar, resalto que os elementos expostos nos presentes autos permitem concluir que não há respaldo legal para opção regulatória que instituiu a cobrança do THC2. Conforme demonstrado, embora não haja nenhuma relação contratual entre o terminal portuário e o recinto alfandegado, o primeiro consegue impor ao segundo o pagamento de um valor referente à THC2 de maneira cogente, sem que haja qualquer interesse público associado.

Diante do exposto, pelas razões já fundamentadas, proponho determinar à Antaq que anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o art. 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, art. 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o art. 20, inciso II, alínea “b” e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001.

Pois bem. Como visto a cobrança da taxa de SSE/THC2 pelos portos marítimos do país está suspensa pela decisão acima citada. Todavia, é certo que o operador portuário possui despesas com a gestão de movimentação de cargas dentro da zona primária até que o contêiner chegue ao portão de saída do terminal portuário, para seguir para uma zona secundária (retroportuária), ensejando esta atividade uma contraprestação pelo usuário do serviço, que deve ser prevista em tabela de preços e é livremente negociável entre os *players*.

A remuneração destes serviços pode não ser um ato ilícito, mas isso não significa que não possa ser considerada abusiva, pelos órgãos de fiscalização da atividade e pelos órgãos administrativos de defesa econômica, bem como pelo Judiciário, desde que verificados, por exemplo: **a)** abusividade dos valores; **b)** caráter discriminatório e não isonômico; **c)** a falta de racionalidade econômica para a cobrança, como a duplicidade de rubricas já abrangidas pela SSE ou pela THC; **d)** a cobrança por serviço sem a efetiva contraprestação entre outras (cf. SILVEIRA, Tales. **STF mantém suspensão da cobrança do SSE/THC2 nos portos**. Disponível em: <<https://www.sopesp.com.br/2022/08/02/stf-mantem-suspensao-da-cobranca-do-sse-thc2-nos-portos/>>).

Não se olvida que, «se existe a possibilidade de o importador retirar sua carga imediatamente após a retirada do porão do navio, não se vê plausibilidade na alegação de abuso de poder econômico. Há, na verdade, uma atividade em regime de concorrência quanto à armazenagem de carga entre os terminais molhados e terminais secos. Aqueles, embora em alegada posição de dominância, não podem forçar que o importador utilize seus serviços, mas isso, por óbvio, não impede que, caso armazenem a carga, cobrem pelo serviço. De igual modo, não é defeso que atuem visando a deixar a contratação do serviço algo mais atraente e vantajoso ao importador, o qual sopesará se deve utilizar os serviços de armazenagem dos terminais portuários ou dos terminais retro-portuários» (JFSC, Ação Civil Pública n. 5003215-24.2018.4.04.7208, sentença).

Do mesmo modo, não há dúvida de que “existem vários custos associados ao armazenamento

temporário de cargas na área pátio dos terminais. Como os operadores ficam legalmente responsáveis pelas mercadorias, deve-se investir na contratação de mão de obra especializada, em equipamentos de vigilância e na contratação de seguros contra riscos associados a danos ou extravios de cargas” (JFSC, Ação Civil Pública n. 5003215-24.2018.4.04.7208, sentença). Até porque, há respaldo legal para a cobrança de tais serviços na controversa Resolução ANTAQ n. 72/2022, como já havia na, não menos controversa, Resolução ANTAQ n. 34/2019.

Entretanto, a cobrança por esses serviços, como, *in casu*, da tarifa de “Armazenagem de Importação 1º Período” que visa remunerar eventual serviço de armazenagem, a contar da descarga da mercadoria e sua colocação no pátio, devem estar consonantes com as limitações normativas vigentes e com os princípios constitucionais que regem a atividade econômica, em específico, com a Instrução Normativa SRF n. 248/2002, art. 71, § 3º. Veja-se:

Art. 71. O prazo de permanência de carga em área pátio é de vinte e quatro horas contadas, nos dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área.

§ 1º Excedido esse prazo e não registrada e desembaraçada a declaração de trânsito, a carga será armazenada.

§ 2º Havendo motivo que o justifique, a fiscalização aduaneira poderá determinar o armazenamento da carga que se encontre no pátio ou verificar o seu conteúdo.

§ 3º Nos portos alfandegados, o prazo estabelecido neste artigo será de 48 (quarenta e oito) horas, considerado somente o tempo decorrido em dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1741, de 22 de setembro de 2017).

Após a descarga do contêiner do porão do navio ao costado, portanto, a permanência da carga na pista (pátio), na zona primária do porto molhado, é de 48 horas, considerando somente o tempo decorrido em dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área.

Nesse interregno de tempo, em que a carga está em trânsito aguardando o início do desembarço aduaneiro e sua movimentação à zona secundária, não há como efetuar a cobrança de tarifa por armazenagem provisória, justamente porque o contêiner não está armazenado, está, reforço, em trânsito. O armazenamento pelo terminal portuário só vai ocorrer em duas hipóteses: **a)** quando excedido o prazo de 48 horas e não registrada e desembaraçada a declaração de trânsito (§ 1º, art. 71); e **b)** quando a fiscalização aduaneira determinar o armazenamento da carga que se encontre no pátio, havendo motivo que o justifique (§ 2º, art. 71).

O serviço de armazenagem, enquanto a carga permanece, nessas condições, no pátio do terminal portuário, não pode ser considerado como prestado, pois encontra-se, como dito em trânsito, além de trazer consequências nefastas à ordem concorrencial e ofender o princípio da boa-fé objetiva (conforme STJ, REsp n. 1.181.643/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIM, j. 01/03/2011, DJe 20/05/2011).

A propósito, cito a ementa do aludido precedente:

ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. PORTOS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. CARGA PÁTIO. COBRANÇA ABUSIVA PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. LEI 8.884/1994 E ART. 12 DA LEI 8.630/1993.

1. O Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade ou de qualquer outro órgão da Administração Pública.

2. A tarifa de armazenagem, in casu, caracteriza cobrança por serviço não prestado, com conseqüências nefastas na ordem concorrencial e no plano do princípio da boa-fé objetiva. No essencial, desestimula o desembaraço rápido de mercadorias, no prazo de até 48 horas, e a sua transferência para armazenamento em Eadis ou portos secos, já que mantidas no próprio terminal portuário pelo período total abrangido pela “tarifa de armazenagem de 15 (quinze) dias”.

3. É abusiva a cobrança, contratual ou não, por produtos ou serviços total ou parcialmente não prestados, exceto quando houver inequívoca razão de ordem social.

4. A distinção entre carga pátio e carga armazenada ostenta ratio concorrencial. O regime de trânsito aduaneiro e a limitação da tarifação de permanência devem viabilizar a competição no setor de armazenamento (e ulterior desembaraço) entre zonas primárias e secundárias nos portos.

5. O art. 12 da Lei 8.630/1993 não oferece justificativa a autorizar tarifas que possam desvirtuar a concorrência no setor. O dispositivo determina a cobrança por armazenagem de mercadorias como contraprestação por serviço efetivamente prestado “no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar”.

6. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.181.643/RS, relator Ministro **HERMAN BENJAMIN**, Segunda Turma, julgado em 1/3/2011, DJe de 20/5/2011.)

Assim, somente nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 71 da IN SRF n. 248/2002, poderá haver a cobrança da tarifa denominada de “Armazenagem de Importação 1º Período”.

Aliás, como visto, todo o serviço de capatazia era, até então, abrangido pela cobrança da tarifa THC. Todavia, a partir do advento da Resolução ANTAQ n. 2.389/2012, após inúmeros debates travados nas searas judicial e administrativa sobre o tema, permitiu-se a cobrança fracionada dos serviços prestados a partir da descarga de mercadorias e sua movimentação até o portão de saída do porto (art. 9º, *caput* e parágrafo único), entre eles o de custódia e armazenagem provisória, devidamente abrangidos pelo art. 6º da aludida Resolução e art 7º da Resolução ANTAQ n. 72/2022 :

Art. 7º A instalação portuária ou o operador portuário, na qualidade de titulares da exploração de recinto alfandegado em zona primária, poderão prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas ou divulgadas em tabelas de preços.

É inegável que «há efetivo trabalho desenvolvido pelo terminal portuário, o que, salvo melhor compreensão, deve sim ser efetivamente adimplido». «Contudo, não sob a rubrica de preço de armazenagem», mas, talvez, de guarda, transporte e manuseio etc, e desde que não configure abusividade dos valores, caráter discriminatório e não isonômico; falta de racionalidade econômica para a cobrança, como a duplicidade de rubricas já abrangidas pela SSE ou pela THC (conforme decisão monocrática da lavra de relatoria do Des. **GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA**, no Agravo de Instrumento n. 5065042-96.2022.8.24.0000).

Em assim sendo, a cobrança da tarifa “Armazenagem de Importação 1º Período” pela PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES da apelada ALL NATIONS COMÉRCIO EXTERIOR S/A, durante o lapso temporal de 48 horas da descarga da mercadoria importada na zona primária, na forma do art. 71, § 3º, da Instrução Normativa SRF n. 248/2002, mostra-se ilegal, de maneira que o recurso deve ser improvido, mantendo-se, na íntegra, a sentença de primeiro grau.

Pertinente ao pleito de majoração dos honorários recursais por parte da Apelada, nos termos do 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. [...] (cf. AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Rel. Min. **ANTONIO CARLOS FERREIRA**, Segunda Seção, j. 9-8-2017).

Na presente hipótese, como houve improvimento da Apelação, cabível é, em tese, a majoração dos honorários recursais em favor dos patronos da Apelada. Entretanto, considerando que o Magistrado *a quo* já arbitrou os honorários sucumbenciais no máximo legal (art. 85, § 2º, CPC), o pedido não comporta acolhimento.

III - Do dispositivo

À luz do exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Documento eletrônico assinado por **RODOLFO TRIDAPALLI, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3043665v87** e do código CRC **45b39c51**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): RODOLFO TRIDAPALLI

Data e Hora: 15/12/2022, às 19:31:4

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO Nº 0029643-13.2008.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR TORRES MARQUES

APELANTE: MURILO DUARTE DE OLIVEIRA (AUTOR)

APELANTE: ESTANCIA INCORPORACOES LTDA (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBOS OS LITIGANTES. RECURSO DO REQUERENTE ANTERIORMENTE PROVIDO PELO COLEGIADO PARA RECONHECER A INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO MANEJADA PELA REQUERIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO “PARA AFASTAR A INTEMPESTIVIDADE” E “DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA QUE PROSSIGA NO JULGAMENTO COMO ENTENDER DE DIREITO”.

RECURSO DO AUTOR.

ALMEJADA A INADMISSÃO DO RECLAMO APELATIVO INTERPOSTO PELA RÉ. TEMPESTIVIDADE RECONHECIDA PELA CORTE SUPERIOR. PRETENSÃO RECURSAL PREJUDICADA.

RECURSO DA RÉ.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO. MATÉRIA EXPRESSAMENTE ENFRENTADA. CONTRADIÇÃO. TESE QUE DEMANDA A INCOERÊNCIA INTERNA E A INADEQUAÇÃO LÓGICA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO POSTA E A CONCLUSÃO ADOTADA. NÃO VERIFICAÇÃO NO CASO CONCRETO. MOTIVOS EXPOSTOS DE MANEIRA CLARA E DIALÉTICA. SOLUÇÃO QUE DECORREU DE MANEIRA CONGRUENTE QUANTO ÀS TESES ABORDADAS. REJEIÇÃO.

PREFACIAL DE NULIDADE DA SENTENÇA EM RAZÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÕES RELACIONADAS AO MÉRITO DA PROVA PERICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 339). CONTRADITÓRIO AMPLAMENTE EXERCIDO. TESE AFASTADA.

IMPUGNAÇÃO AO VALOR HOMOLOGADO. PROVA PERICIAL. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE, EQUÍVOCOS E DESRESPEITO. SUSCITADA A INCONSISTÊNCIA ENTRE O LAUDO E AS INFORMAÇÕES DESCRITAS PELO ASSISTENTE TÉCNICO, ALÉM DE SUPOSTAS OMISSÕES NO ESCLARECIMENTO DE INDAGAÇÕES COMPLEMENTARES E CONSIDERAÇÕES SEM LASTRO PROCESSUAL. INSUBSISTÊNCIA. PARECER DO *EXPERT* DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. VALORAÇÃO JUDICIAL DE ACORDO COM O CONTEXTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NOS AUTOS. EXEGESE DO ART. 479 DO CPC. QUANTIA CHANCELADA INSUSCETÍVEL DE SER INFIRMADA POR ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SENTENÇA MANTIDA.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA PARTE REQUERIDA SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONDUCTA MALICIOSA OU REVELADORA DE DESLEALDADE QUE POSSA CARACTERIZAR O MANIFESTO INTUITO DE BUSCAR COM O PROCESSO OBJETIVO ILEGAL OU BENEFÍCIO VEDADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO.

RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

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, julgar prejudicado o recurso do autor e negar provimento ao reclamo apelativo da ré, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

MURILO DUARTE DE OLIVEIRA e ESTÂNCIA INCORPORAÇÕES LTDA. interpuseram, reciprocamente, recursos de apelação em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pelo primeiro recorrente nos autos da ação de exigir contas n. 0029643-13.2008.8.24.0023, nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado e, em consequência, HOMOLOGO, por sentença, nesta segunda fase, as contas apresentadas pelo perito nomeado pelo juízo, declarando o crédito em favor do autor no valor de R\$ 5.482.302,48 (evento 241). Referido valor deverá ser atualizado a partir da citação, devendo incidir atualização monetária pelos índices da CGJSC e juros de mora de 1% ao mês, até o efetivo pagamento, vedado o anatocismo.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. A verba honorária arbitro em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º do Código de Processo Civil (ev. 346, eproc1).

Em sua apelação, requereu o autor “o total provimento ao presente recurso para reformar a sentença, a fim de reconhecer a intempestividade dos embargos de declaração apresentados pela empresa apelada, consoante os fundamentos acima delineados” (ev. 382, eproc1).

A ré, em seu recurso apelativo, sustentou: a) a existência de ofensa ao art. 1.022 do CPC; b) o cerceamento de defesa, até porque “a perícia judicial está carregada de parcialidade, equívocos e desrespeitos pelas manifestações da parte recorrente e determinações do Poder Judiciário, devendo ser reconhecida

sua nulidade, com o retorno do processo para novo levantamento pericial”; c) “o valor recebido pelo apelado, transferidos a Norival Francisco Piazza e sua esposa, não é o constante no contrato de fls. 384/397, mas foi no importe de R\$ 1.487.268,80”; e, d) “considerando que cada sócio deveria contribuir com 50% dos custos da obra, para ter direito à retirada de 50%, e tendo o apelado contribuído apenas com R\$ 15.900,00, evidente que não pode ser considerado seu direito de retirar no percentual de 50%, como entendeu o laudo pericial”. Formulou, diante disso, os seguintes requerimentos:

Ante o exposto, requer a Vossa Excelência:

a) o reconhecimento da nulidade da sentença do Evento 353.

b) o reconhecimento da nulidade processual em decorrência do cerceamento de defesa.

c) o reconhecimento da nulidade do laudo pericial, frente aos equívocos e parcialidade do perito judicial, com o retorno do processo para novo levantamento pericial.

d) a reforma da sentença do Evento 346, para desconstituir a homologação dos cálculos, com a realização de novo levantamento contábil.

e) a reforma da sentença do Evento 346, para reconhecer o crédito recebido pelo Apelado no importe de R\$ 1.487.268,80 [um milhão, quatrocentos e oitenta e sete mil, duzentos e seiscentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos].

f) a reforma da sentença do Evento 346, para reconhecer o critério da proporcionalidade do lucro do Apelado, em relação ao investimento realizado (ev. 384, eproc1).

Apresentadas as contrarrazões (evs. 390/391, eproc1), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça, com posterior redistribuição em razão de prevenção (ev. 9).

Incluído em pauta para a sessão do dia 1º/2/2022, a matéria foi assim decidida:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DO AUTOR.

PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES RECURSAIS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS.

PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANEJADOS PELA RÉ. TESE ACOLHIDA. ACLARATÓRIOS OPOSTOS FORA DO PRAZO LEGAL. INFORMAÇÕES CONSTANTES DO SISTEMA EPROC QUE POSSUEM CARÁTER INFORMATIVO E NÃO VINCULAM O TERMO INICIAL OU FINAL DO LAPSO RECURSAL PREVISTO EM LEI. PRECEDENTES DO STJ, DESTA TRIBUNAL E DESTA CÂMARA. TESE ACOLHIDA.

RECLAMO DA RÉ. IMPUGNAÇÃO AO TEOR DA PRIMEIRA SENTENÇA. INTEMPESTIVIDADE DOS ACLARATÓRIOS QUE RESULTA NA AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ.

APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. RECURSO DA RÉ NÃO CONHECIDO (ev. 29).

A instituição ré interpôs recurso especial (ev. 37), o qual foi provido “para afastar a intempestividade do recurso de apelação, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no seu julgamento como entender de direito” (ev. 57, ACSTJSTF 4, fls. 19/26).

Certificado o trânsito em julgado em 2/8/2022 (ev. 57, ACSTJSTF 4, fl. 33), os autos vieram conclusos em 5/8/2022 (ev. 59).

VOTO

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos reciprocamente por MURILO DUARTE DE OLIVEIRA e ESTÂNCIA INCORPORAÇÕES LTDA. em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na segunda fase da ação de exigir contas ajuizada pelo primeiro recorrente.

O reclamo manejado pelo autor havia sido provido para o fim de reconhecer a intempestividade dos embargos de declaração manejados pela instituição ré e, por via de consequência, inadmitir a sua insurgência apelativa em razão da ausência de interrupção do prazo processual (art. 1.026 do CPC).

Provido o recurso especial “para afastar a intempestividade do recurso de apelação”, o reclamo manejado pelo autor, por decorrência lógica, fica prejudicado, pois fundamentado justamente em sentido diverso ao entendimento exarado pelo STJ, encerrada a discussão no ponto.

Para melhor compreensão do caso concreto, reproduzo a sentença inicialmente proferida:

De início, anoto que processo foi devidamente instruído, sendo oportunizado às partes ampla produção probatória, motivo por que está apto ao seu julgamento.

Vale ressaltar, ademais, que a ação de exigir contas é um procedimento bifásico e está disciplinada nos arts. 550 a 553 do CPC.

Prevê o Art. 550, § 2º do CPC:

“Prestadas as contas, o autor terá 15 (quinze) dias para se manifestar, prosseguindo-se o processo na forma do Capítulo X do Título I deste Livro. [...] §6º Se o réu apresentar as contas no prazo previsto no § 5º, seguir-se-á o procedimento do § 2º, caso contrário, o autor apresentá-las-á no prazo de 15 (quinze) dias, podendo o juiz determinar a realização de exame pericial, se necessário.”

Para Antônio Carlos Marcato et al:

“O desejável é que, sendo devida, a prestação de contas realize-se voluntária e corretamente, de modo a não exigir a atuação jurisdicional. É possível, todavia, que haja injustificada resistência à prestação ou ao recebimento das contas; que não exista consenso a respeito da correção das contas porventura apresentadas; ou, ainda que se divirja sobre a própria obrigação de prestá-las. Ocorrendo qualquer dessas situações, estará viabilizada a propositura da ação de prestação de contas”. (Código de processo civil interpretado, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.640).

Portanto, para o acolhimento da prestação de contas, necessária divergência quanto à administração patrimonial de outrem, sobretudo para estabelecer a existência de eventual saldo a qualquer das partes.

Em relação ao trâmite, é composto por duas fases: a) na primeira, verifica-se, tão somente, o dever de prestar contas; b) sendo procedente o pedido deduzido na primeira fase, passa-se à segunda, com a prestação propriamente dita, submetida, se for o caso, às regras da exibição de documento ou coisa (art. 355 e ss do CPC).

No caso concreto, sobreveio sentença da primeira fase, a qual julgou procedente o pedido formulado pelo autor para o fim de condenar a ré a prestarem as devidas contas, conforme requerido na inicial, de forma mercantil (art. 917, do CPC/73, atual art. 551, do CPC/15) no período compreendido de agosto/2005 a 18/07/2008.

Fornecidos somente 4 livros contábeis pela ré (livro diário de 2005; livro auxiliar n. 1 de 2006; livro auxiliar n. 2 de 2007; e livro auxiliar n. 3 de 2008), bem como prestadas as contas que o autor entendeu devidas, restou nomeado perito contábil para a apuração do montante em litígio.

Elaboradas as contas, o expert nomeado constatou um saldo devedor em favor do auto de R\$ 5.482.302,48.

Referido cálculo do auxiliar do juízo, oportuno ressaltar, observou os detalhes elencados pelas partes e partiu de parâmetros delimitados pelo julgado sob exação para calcular a importância devida a cada parte. Ademais, por ser dotado de imparcialidade, as contas por ele elaboradas devem ser consideradas válidas diante de apontamentos divergentes apresentados pelos litigantes.

Ademais, as insurgências da ré quanto ao cálculo do expert não merecem guarida, senão vejamos.

Quanto ao valor real da dação em pagamento dos apartamentos ns. 101, 201 e 202 e as garagens ns. 04, 10 e 11, do imóvel sob litígio, reputo como correto o apontado no contrato do Evento 176, ANEXO135/161, isto é, R\$ 1.200.000,00, tendo em conta que foi o valor traduzido para o registro público, como atesta a certidão do Evento 176, ANEXO163.

No que toca aos documentos utilizados no laudo pericial, anoto que o art. 473, §3º, do CPC autoriza o perito a se valer dos meios necessários para obter as informações ou instruções, inclusive testemunhas e documentos, para o correto desempenho da função a ele confiada.

Por seu turno, referente ao percentual de lucro devido a cada parte, não há que se falar em importe menor do que 50%. Isso porque, o contrato que instituiu a sociedade em conta de participação é claro em ratear igualmente os lucros obtidos com a venda dos apartamentos, conforme consta no item IV e cláusula quarta dos pactos apresentados no Evento 176, ANEXO 16 e 21, respectivamente.

Não bastasse isso, depreende-se que a ré não acostou aos autos os documentos na forma que lhe foram incumbidos, notadamente a mercantil. Conforme lição de Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim, em seus comentários ao art. 917 do CPC/73, atual art. 551:

“1. Forma mercantil das contas. De acordo com o art. 917, as contas apresentadas pelo autor e pelo réu, nas oportunidades que lhes são oferecidas, deverão sê-lo na forma mercantil. A forma mercantil respeita à organização contábil. É preciso discriminar receitas e despesas, créditos e débitos, o ativo e passivo, como usualmente utilizado em livros e balanços financeiros, indicando-se o saldo final ou parcial. E, com efeito, a exigência de contas não encerra, necessariamente, a relação das partes. É apurado, portanto, o saldo existente em determinada data. [...]. A forma mercantil é imprescindível, porque serve à finalidade do ato. Dispensada essa formalidade, tornar-se-ia difícil, senão impossível, o exame, a discussão e o julgamento das contas”. (Comentários ao CPC, 2ª ed., RT, pág. 1.825).

No caso em apreço, contudo, a ré se limitou a acostar aos autos um livro diário de 2005 e três livros auxiliares dos anos de 2006, 2007 e 2008, sem qualquer prestação de contas devida. De igual modo, não há no processo

os respectivos livros principais, tampouco elementos sólidos que pudessem descrever quais foram as quantias exatas investidas por cada parte no empreendimento.

Outrossim, denota-se que os livros por ela apresentados foram registrados na junta comercial em tempo muito após o legalmente previsto, o que ressalta a fragilidade da prestação de contas aportada.

Nesse contexto, como se observa dos autos, a ré não apresentou as contas especificando as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houvessem, não se eximindo, pois, do ônus que lhe foi conferido.

À guisa de fundamentação, colaciono precedente do nosso e. TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA QUE DETERMINOU A PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO RÉU. INÉRCIA. DESRESPEITO AO RITO PREVISTO. EXEGESE DO ART. 917 DO CPC. HOMOLOGAÇÃO DAS CONTAS APRESENTADAS PELA AUTORA. INCONFORMISMO DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - É assente que a ação de prestação de contas é fracionada em duas fases procedimentais bem distintas: a primeira, consistente na análise do dever de prestar as contas, e, a segunda, atinente a prestação de contas propriamente dita e a apuração de eventual importância, credora ou devedora. Nessa toada, a segunda fase da ação de prestação de contas destina-se apenas à verificação e à apuração do “quantum debeatur”, não cabendo discussões acerca de outras questões. II - Não cumprindo o Réu sua obrigação de prestar contas, conforme determina o art. 917 do Código de Processo Civil, ou seja, em forma mercantil e instruída com os documentos justificativos, devem ser acolhidas aquelas prestadas pela Autora. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.074874-9, de Biguaçu, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 23-04-2015, grifei).

Desse modo, à míngua de qualquer retoque a ser efetuado nas contas apresentadas pelo perito designado, reputo hígido o valor apurado no ev. 241, isto é, R\$ 5.482.302,48 (ev. 346, eproc1).

Admitido o recurso de apelação interposto pela empresa ré, passo ao exame das preliminares suscitadas.

a) violação ao art. 1.022 do CPC

Asseverou a parte apelante “a violação ao art. 1022, do Código de Processo Civil, pois, nos termos das normas referidas, deveria a magistrada singular elucidar os argumentos opostos nos embargos de declaração, o que impõe a nulidade da sentença do Evento 353” (ev. 384, eproc1).

Nos aclaratórios, a recorrente suscitou a omissão da sentença “[pois] não se manifestou dos argumentos levantados quanto às omissões do perito judicial” e a obscuridade quanto ao suposto registro dos livros empresariais “em tempo muito após o legalmente previsto, o que ressalta a fragilidade da prestação de contas aportada”, o que resultaria, na interpretação da parte recorrente, “[em informação que] não encontra ressonância com nenhuma prova dos autos” (ev. 350, eproc1).

Os aclaratórios constituem recurso de fundamentação vinculada e limitado aos vícios indicados em lei (art. 1.022 do CPC), razão pela qual não se destinam à rediscussão da conclusão adotada. Ademais, a sentença foi textual ao enfrentar a suposta omissão em quanto à evolução dos valores e repartição da proporcional participação na empreitada, *verbis*:

Por seu turno, referente ao percentual de lucro devido a cada parte, não há que se falar em importe menor do que 50%. Isso porque, o contrato que instituiu a sociedade em conta de participação é claro em ratear igualmente os lucros obtidos com a venda dos apartamentos, conforme consta no item IV e cláusula quarta dos pactos apresentados no Evento 176, ANEXO 16 e 21, respectivamente (ev. 346, eproc1).

A contradição, por sua vez, no intuito de autorizar o manejo dos embargos de declaração, demanda a sua verificação de maneira interna, isto é, quando constatada a incoerência entre os elementos que compõem a estrutura da decisão judicial, e não entre a solução alcançada e o resultado que almejava o jurisdicionado, consoante já fixou o STJ:

[...] VII - A contradição que vicia o julgado de nulidade é a interna, em que se constata uma inadequação lógica entre a fundamentação posta e a conclusão adotada, o que, a toda evidência, não retrata a hipótese dos autos. Nesse sentido: EDcl no AgInt no RMS 51.806/ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017; EDcl no REsp 1.532.943/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 2/6/2017. [...] IX - Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgInt no REsp n. 1.922.179/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 24/8/2022).

No caso concreto, a decisão judicial asseverou não ter a ré apresentado as contas de forma mercantil, com o destaque da juntada “[de] um livro diário de 2005 e três livros auxiliares dos anos de 2006, 2007 e 2008, sem qualquer prestação de contas”, sem os respectivos livros principais, “tampouco elementos sólidos que pudessem descrever quais foram as quantias exatas investidas por cada parte no empreendimento” e que, em decorrência desses fatos, eventual registro posterior da escrituração “[ressaltava] a fragilidade da prestação de contas aportada”.

A conclusão, como se pode observar, é clara, dialética, textual e decorreu de maneira lógica das teses abordadas, razão pela qual rejeito a preliminar arguida.

b) cerceamento de defesa

Aduziu a recorrente a nulidade da sentença recorrida em razão do cerceamento de defesa, pois “do exame dos elementos que circundam a controvérsia, observa-se que há obrigatória necessidade de se perscrutar as teses defensivas da apelante, o que restou *olimpicamente* ignorado pelo julgado” e que “tal direito restou ceifado diante das reintegradas omissões do magistrado, que mesmo instado em cinco oportunidades distintas [alegações finais do evento 340 e nas petições dos eventos 307, 316 e 333 e nos embargos de declaração do evento 350], restando evidente o cerceamento de defesa”.

Em continuidade da tese:

Excelência, apenas para que não se alegue a inexistência de prejuízo, é translúcido que o juiz de piso ignorou, totalmente, os argumentos da Apelante [alegações finais do Evento 340 e nas petições dos Eventos 307, 316 e 333 e nos embargos de declaração do Evento 350], deixando de fazer qualquer manifestação a respeito.

A respeito da controvérsia, aliás, é certo que através das petições dos Eventos 307, 316, 333, a parte Apelante vem destacando as ilegalidades ocorridas no laudo pericial, sem qualquer manifestação deste juízo, argumento reiterado nas alegações finais do Evento 340 e nos embargos de declaração do Evento 350.

[...]

Deste modo, é claro e indiscutível o cerceamento à ampla defesa, direito este conferido pelo inc. LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, restando evidente a nulidade do julgado por violação ao art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988 c/c art. 489, § 1.º, inc. IV do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, frente a evidente cerceamento de defesa, deve ser reconhecida a nulidade da sentença vergastada, para que a mesma enfrente todas as questões suscitadas pela Apelante, quanto a perícia judicial (ev. 384, eproc1).

Todavia, consoante se infere dos autos, é possível observar que o magistrado fundamentou de forma detalhada o seu posicionamento, à luz de todas as provas apresentadas, ponderada a conclusão pericial pelas razões expostas na sentença e nos elementos de convicção produzidos em juízo e sob o contraditório.

Registro, por oportuno, consoante entendimento pacificado pelo STF nos autos do AI n. 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/6/2010, que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (Repercussão Geral - Tema 339).

Não se exige, portanto, que o julgador emita fundamentação pormenorizada e exauriente, mas sim necessária e suficiente à conclusão adotada, apta a demonstrar a aplicação melhor do direito ao caso concreto e a afastar as ponderações ou os elementos que poderiam, em tese, infirmar, a solução implementada.

Ademais, à luz da dialética processual civil, cabe ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, além de indeferir, em decisão fundamentada, as diligências protelatórias (art. 370 do CPC).

Consoante se pode observar, as razões estão suficientemente esclarecidas de acordo com as provas produzidas, nos termos do entendimento também firmado pelo STJ:

[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o juízo acerca da necessidade ou não da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá decidir se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção. O juiz, com base em seu convencimento motivado, pode indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias para o regular andamento do processo, o que não configura, em regra, cerceamento de defesa (AgInt no REsp n. 1.798.093/RO, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/10/2020, DJe de 12/11/2020).

[...] 3. “Os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional autorizam o julgador a determinar as provas que repute necessárias ao deslinde da controvérsia, e a indeferir aquelas consideradas

prescindíveis ou meramente protelatórias. Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte, quando devidamente demonstrada a instrução do feito e a presença de dados suficientes à formação do convencimento” (AgInt no AREsp n. 1.457.765/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/8/2019, DJe 22/8/2019). [...] 8. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp n. 1.448.100/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/3/2020, DJe de 26/3/2020).

Não há, portanto, nulidade da sentença impugnada, uma vez que o direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) não resta infirmado em razão de a matéria encontra-se apta à prestação jurisdicional de mérito (art. 4º do CPC), justamente em decorrência da persuasão racional do julgador e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), produzida a prova pericial e justificada de maneira concreta a adoção dos critérios relacionados à homologação do valor impugnado.

Afasto, por via de consequência, a preliminar suscitada.

Diante da inexistência de outras questões preliminares ou prejudiciais pendentes de análise, passo ao exame do mérito.

c) higidez do cálculo pericial

Embora a parte apelante tenha cindido, por ocasião da formulação dos seus pedidos recursais, os requerimentos relacionados (i) à “nulidade do laudo pericial, frente aos equívocos e parcialidade”, (ii) à necessidade “da realização de novo levantamento contábil”, (iii) ao reconhecimento do crédito “recebido pelo apelado no importe de R\$ 1.487.268,80” e (iv) ao “critério da proporcionalidade do lucro do apelado, em relação ao investimento realizado”, o fez, quanto à fundamentação, de maneira direta dentro do capítulo intitulado “do mérito”, como se pode observar das razões deduzidas no reclamo (fls. 14/27, ev. 384, eproc1).

A necessidade de produção de prova técnica no caso concreto foi estabelecida por este Colegiado em 11/7/2017, consoante se infere do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA QUE HOMOLOGA AS CONTAS DO AUTOR. INSURGÊNCIA DA RÉ.

CERCEAMENTO DE DEFESA. CONTAS DO AUTOR. IMPUGNAÇÃO PELA RÉ. IMPOSSIBILIDADE. CONTAS NÃO PRESTADAS DA FORMA DEVIDA PELA PARTE OBRIGADA. IMPERATIVA APLICAÇÃO DA PENALIDADE PREVISTA NO § 2º DO ART. 915 DO CPC/1973. TESE AFASTADA. Uma vez reconhecida, em primeira fase, a obrigação de prestar contas, “instaura-se a segunda fase, onde o réu terá a oportunidade de prestá-las. Caso não o faça, o autor as apresentará, sem, contudo, dar ao réu a oportunidade de impugná-las” (STJ, REsp n. 1.483.855/PE, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 25-4-2017).

CONTAS DO AUTOR. FORMA MERCANTIL NÃO RESPEITADA. EXEGESE DO ART. 918 DO CPC/1973. INOBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DA COISA JULGADA. PERÍODO DOS CÁLCULOS EM DESACORDO COM OS COMANDOS DA SENTENÇA DE PRIMEIRA FASE. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.

RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA O AUXÍLIO DA RESOLUÇÃO DA LIDE, A VIABILIZAR O JULGAMENTO DAS CONTAS SEGUNDO O PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE (Apelação Cível n. 0029643-13.2008.8.24.0023, rel. Altamiro de Oliveira).

E do inteiro teor:

Colhe-se dos autos que, no ano de 2003, três contratos foram firmados. O primeiro (27 de junho): uma “promessa de compra e venda de terreno com dação em pagamento” entre os Ilso Frigo/esposa e Estância Construções e Incorporações Ltda. Nesse pacto o casal comprometeu-se a vender à construtora um terreno com 1.468,24m², no bairro João Paulo, no município de Florianópolis. Em contrapartida receberiam 3 unidades (cobertura + 2 vagas de garagem e box) no edifício que ali seria construído (Residencial Blue Eagle), além de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) no ato da assinatura desse contrato (fls. 23-29).

O segundo (5 de setembro): uma “sociedade por conta de participação” entre o sócio ostensivo, Estância Construções e Incorporações Ltda. - representada por Rui Valério de Souza -, e o sócio oculto, Régua e Compasso Construções e Incorporações Ltda. - representada pelo sócio Murilo Duarte de Oliveira -, com objetivo de adquirir um terreno com área de 1.468,24 m², no bairro João Paulo, no município de Florianópolis, sob o qual financiariam a construção do Edifício Residencial Blue Eagle e, após conclusão da obra, dividiriam o lucro líquido da venda dos unidades (fls. 13-19).

Já o terceiro (19 de setembro): uma “parceria comercial para constituição de sociedade em conta de participação” entre Estância Construções e Incorporações Ltda. e Murilo Duarte de Oliveira, com o propósito de construção, incorporação e venda do Edifício Residencial Blue Eagle, acima referido (fls. 20-22).

Em 18-5-2008, a pessoa física de Murilo Duarte de Oliveira ajuizou Ação de Prestação de Contas contra Estância Construções e Incorporações Ltda., sob a alegação de que, na qualidade de sócio oculto, constituiu sociedade em conta de participação com a ré, a qual, na qualidade de administradora e responsável pela obra, prestou-lhe as contas necessárias e honrou com o contratado até meados do mês de julho 2005. Alegou que, depois disso, deixou de cumprir com os termos do contrato, negando-se, inclusive, a prestar contas, o que ensejou a propositura da presente ação.

Recebida a inicial, a ré foi devidamente citada e, tempestivamente, apresentou contestação. Nessa defesa, além de suscitar preliminares e rebater a pretensão inaugural, carrou cópias de contratos, dentre as quais, a da rescisão do “sociedade por conta de participação” entre Estância Construções e Incorporações Ltda. e a Régua e Compasso Construções e Incorporações Ltda. (fls. 80-84), a da cessão de direitos e obrigações entre Murilo Duarte de Oliveira e Perivali Internacional S.A., (fls. 89-92), a de compromisso de compra e venda entre o casal Norival Francisco Piazza e Marianinha e Murilo Duarte de Oliveira e Estância Construções e Incorporações Ltda. e respectivo recibo (fls. 93-104), e a da planilha da receita do empreendimento entre março/2003 a março/2008 (fls. 105-107).

Em réplica, o autor rebateu os pontos da defesa e colacionou fotocópia do “termo de distrato da cessão de direitos e obrigações” firmado entre ele e a sociedade Perivali Internacional (fls. 126-127) e do contrato de promessa de compra e venda entre Estância Construções e Incorporações Ltda. e o casal Norival Francisco Piazza e Marianinha (fls. 128-153).

Após impugnação da ré aos documentos apresentados pelo demandante (fls. 171-177), sobreveio sentença que, em primeira fase, condenou Estância Construções e Incorporações Ltda. a prestar as devidas contas, desde a

constituição da sociedade (setembro de 2003) até a data da citação (18 de julho de 2008), nos termos do art. 915, § 2º, do CPC/1973 (fls. 179-184).

A ré opôs embargos de declaração (fls. 187-194) que foram rejeitados pelo Juízo a quo (fls. 196-197).

A construtora interpôs recurso de apelação (fls. 200-211). Após o desapensamento da Medida Cautelar Inominada n. 0010185-10.2008.8.24.0023 (fl. 215) e a contraminuta do autor (fls. 219-232), os autos foram remetidos ao Juízo ad quem e distribuídos, por prevenção, a esta Câmara, aos cuidados deste Relator (fls. 236-237).

Em 2-6-2015, por decisão unânime, este Órgão julgador conheceu em parte do recurso e deu-lhe provimento para condenar a construtora a prestar contas a Murilo Duarte de Oliveira, na forma mercantil, acerca da administração da sociedade constituída entre eles, desde agosto de 2005 até a data da citação (fls. 240-252). Essa decisão transitou em julgado em 10-11-2015, sem alterações (fl. 323).

Com a baixa do processo, as partes foram intimadas em 4-12-2015, por meio de seus procuradores, para manifestação sobre o retorno dos autos e o prazo assinalado transcorreu in albis (fls. 326-328).

Em 22-1-2016, o autor apresentou cálculos/documentos e requereu a respectiva homologação das contas (fls. 329-44). Na sequência, sobreveio decisão interlocutória que determinou a intimação pessoal da construtora para prestar contas, por entender que a providência constituía obrigação própria da parte. Veja-se:

Com efeito, a prestação de contas constitui-se obrigação pessoal da parte, de sorte que a intimação a tanto deverá ser realizada pessoalmente à parte.

No caso dos autos, as partes foram intimadas tão somente sobre o retorno dos autos da segunda instância, de modo que pendente, ainda, a determinação específica à prestação de contas.

A propósito, colaciono o seguinte julgado:

[...]

À vista disso, intime-se a ré, pessoalmente, para, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, prestar as devidas contas, na forma mercantil, sobre a administração da sociedade firmada entre os litigantes, desde agosto de 2005 até a citação (18/07/2008), sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autora apresentar (art. 915 e seguintes do CPC).

Florianópolis (SC), 16 de fevereiro de 2016 (fl. 442, sem grifos no original).

Acerca desse comando, foram intimados os procuradores de ambas as partes (fl. 444) e a ré pessoalmente (fls. 447). Esta, por meio de petição tempestiva, apresentou os livros contábeis da sociedade (ns. 01/2006, 02/2007, 03/2008 e 16/2005) e pugnou pelo recebimento a título de prestação de contas (fls. 445-446).

O autor, após intimado, refutou a documentação/prestação de contas da demandada e pleiteou a homologação das contas apresentadas por ele em momento anterior, ao argumento de que a construtora não havia prestado as contas na forma mercantil, o que a impedia, também, de impugnar as contas prestadas por ele (fls. 452-463).

Ato contínuo, o Juízo a quo, ao fundamento de que a simples apresentação dos livros contábeis pela ré não equivalia à apresentação das contas na forma mercantil, homologou as contas do autor, “declarando o crédito, em favor desta, no valor de R\$ 3.598.396, 19” (fl. 466).

Diante do cenário retratado acima, bem como, do conteúdo do caderno processual, vale destacar que a finalidade da presente ação consiste em apurar a regularidade da administração e distribuição dos lucros da sociedade empresarial constituída entre os litigantes - mediante a observância das disposições do instrumento contratual de constituição da sociedade em conta de participação de folhas 20 usque 22 -, o que poderá revelar a existência de crédito ou débito em favor/desfavor de uma das partes.

Para tanto, a lei determina que as contas devem ser prestadas na forma mercantil (art. 917 do CPC/1973) - também denominada pelo ordenamento civilista como forma contábil (arts. 1.020 e 1.183 do CC) -, especificando-se as receitas, as despesas, bem como o respectivo saldo (ou seja: o patrimônio líquido) e a consequente distribuição nos termos do contrato. Tudo isso, por óbvio, com a instrução dos documentos justificativos.

Acerca disso, esclarece a doutrina que:

As contas, tanto prestadas pelo autor (art. 916) como pelo réu (art. 915), devem ser elaboradas em forma mercantil, especificando-se as receitas das despesas, bem como o respectivo saldo (art. 917).

Essa forma mercantil ou contábil exige a organização das diversas parcelas que compõem as contas em colunas distintas para débito e crédito, fazendo-se todo o lançamento por meio de histórico que indique e esclareça a origem de todos os recebimentos e o destino de todos os pagamentos. Outro dado importante é a seqüência cronológica dos dados lançados.

O demonstrativo contábil tanto pode ser elaborado em documento à parte como pode ser incluído no próprio corpo da petição do interessado (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p. 93).

Na hipótese, em que pese o pronunciamento tempestivo da construtora (fls. 445-446), a conduta processual por ela eleita foi de encontro com a obrigação imposta em primeira fase do procedimento, pois, como visto acima, a simples exibição/depósito dos livros contábeis em juízo não serve nem se assemelha à prestação de contas na forma mercantil, como determina os comandos do art. 917 do CPC/1973.

Portanto, não apresentadas as contas na forma devida, inexistente cerceamento ao direito de defesa da ré (ora apelante), porquanto era imperativa a aplicação da penalidade prevista na segunda parte do § 2º do art. 915 do CPC/1973, in verbis:

*§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar contas no prazo de quarenta e oito (48) horas, **sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar** (sem grifos no original)*

Isso porque uma vez reconhecida, em primeira fase, a obrigação de prestar contas, “instaura-se a segunda fase, onde o réu terá a oportunidade de prestá-las. Caso não o faça, o autor as apresentará, sem, contudo, dar ao réu a oportunidade de impugná-las” (STJ, REsp n. 1.483.855/PE, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 25-4-2017).

No mesmo sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PARCERIA AGRÍCOLA. PRESTAÇÃO de CONTAS. SEGUNDA FASE. **Direito à impugnação, pelo réu, das contas do autor. FACULDADE DEPENDENTE DA [sic] Apresentação regular das próprias contas.** REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. 1. Elidir as conclusões do aresto impugnado, comprovando que o réu não apresentou, validamente, suas próprias contas, demandaria o revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor da súmula 07/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (AgRg no REsp n. 1.194.986/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20-9-2012, grifou-se).*

Ainda:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. CONTAS PRESTADAS

FORA DO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 915, § 2º, DO CPC. VÍCIO NA INTIMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO PELA PARTE PREJUDICADA NA PRIMEIRA OCASIÃO EM QUE SE MANIFESTAR NOS AUTOS. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. [...] 5. Correta a deliberação do Tribunal, considerando que as contas foram intempestivas e, com isso, na forma do art. 915, § 3º, do CPC, "... em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil".[...] (REsp n. 961.439/CE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16-4-2009).

Acerca disso, o Prof. Humberto Theodoro Júnior explica que:

*[Na primeira fase], ter-se-á que solucionar a questão prejudicial sobre a existência ou não do dever de prestar contas, por parte do réu. Somente quando for positiva a sentença quanto a essa primeira questão é que o procedimento prosseguirá com a condenação do demandado a cumprir uma obrigação de fazer, qual seja, a de elaborar as contas a que tem direito o autor. Exibidas as contas, abre-se uma nova fase procedimental destinada à discussão de suas verbas e à fixação do saldo final do relacionamento patrimonial existente entre os litigantes. **Descumprida a condenação, incide um efeito cominatório que transfere do réu para o autor a faculdade de elaborar as contas, ficando o inadimplente da obrigação de dar contas privado do direito de discutir as que o autor organizou** (CPC, art. 915, § 2º)» (Curso de Direito Processual Civil. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. III, p. 82, grifos nossos).*

Ademais, a planilha apresentada pela apelante em contestação (fls. 105-107), apesar de constituir documento significativo, não se presta a cumprir a obrigação imposta para a segunda fase do procedimento.

Por isso tudo, afastam-se as preliminares (cerceamento de defesa e ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015) de nulidade da sentença, pois, além de legítima a aplicação da penalidade imposta na segunda parte do § 2º do art. 915 do CPC/1973, a construtora também não prestou as contas devidas em primeira fase do procedimento, como faz crer nas razões desse apelo. Apenas lançou planilha das receitas do empreendimento para rebater a pretensão inaugural deduzida pelo autor.

Ultrapassados tais pontos, impende saber se o julgamento de primeiro grau, ao homologar as contas do autor, deixou de observar os comandos da coisa julgada e de considerar outros elementos constantes do processo.

Como já destacado, em primeira fase, a construtora foi condenada a prestar contas - de forma mercantil - acerca da administração da sociedade constituída entre os litigantes, desde agosto de 2005 até a data da citação (fls. 240-252 e 323). Em segunda fase, como a ré não prestou as contas devidas, coube ao autor apresentá-las, de acordo com a segunda parte do § 3º do art. 915 do CPC/1973.

Contudo, as contas do demandante também não se prestam aos fins colimados na presente lide, uma vez que se limitaram a demonstrar os valores das vendas dos apartamentos, com a distribuição pro rata de tais quantias, e a apresentar os respectivos contratos, o que não traduz uma prestação de contas na forma mercantil, como determina o art. 917 do CPC/1973. Especialmente porque o resultado de operação aritmética indicada não refletiu todos os comandos das disposições contratuais entabuladas entre os litigantes (ver disparidades entre os documentos de folhas 94, 96-104 e 128-144) e, ainda, violou a coisa julgada ao deixar de observar o período da prestação de contas indicado em primeira fase, com o lançamento da venda e divisão do produto dos apartamentos 402 e 302, os quais foram alienados, segundo o próprio autor, em 19-11-2004 e 30-12-2004, respectivamente (fl. 330).

Ora, o fato de a ré não poder impugnar as contas do autor não significa que elas devam ser acolhidas às cegas pelo Juízo, porquanto, de acordo com a parte final do § 3º do art. 915 do CPC/1973, as contas serão "julgadas

segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil”, especialmente porque o saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada” (art. 918 do CPC/1973).

Destarte, considerando que nenhuma das partes prestou as contas da forma devida e que a lei processual possibilita a realização de perícia contábil em hipóteses como a dos autos - a fim de elencar de forma contábil as receitas, despesas e resultado obtido com o empreendimento, e a partir de então proceder a distribuição dos valores nos exatos termos do contrato firmado entre Murilo e Construtora Estância, apurando o valor a ser declarado com força executiva como o devido por uma das partes à outra -, a medida que se impõe é a desconstituição da sentença, com o retorno dos autos ao Juízo a quo, a quem incumbirá o dever de providenciar a realização de perícia contábil a ser custeada pela apelante/construtora ante o requerimento de folha 521.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento para desconstituir a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para realização de perícia contábil.

Com o retorno dos autos à origem, o perito judicial asseverou que “na prestação de contas do empreendimento Blue Eagle cabe à ré Estância Construções e Incorporações Ltda. solver ao autor Murilo Duarte Oliveira o valor de R\$ 5.482.302,48 (com posição em 31/8/2018)” (ev. 241, eproc1).

A parte autora, intimada, requereu a homologação do cálculo (ev. 251, eproc1), ocasião em que a empresa ré requereu o esclarecimento de questões imprescindíveis ao enfoque de todas as teses suscitadas (ev. 252, eproc1).

Indeferido o seu pedido formulado (ev. 255, eproc1), a ré interpôs agravo de instrumento (autos n. 4006430-90.2019.8.24.0000), concedido o efeito ativo “para determinar que os quesitos formulados pela ré/agravante às fls. 837/838 sejam complementados, retificados ou respondidos pelo vistor, levando-se em consideração as alegações apresentadas às fls. 809/836, devendo os atos necessários à concretização da medida serem tomados pelo magistrado de origem”.

O perito, então, ofereceu esclarecimentos adicionais (ev. 282, eproc1), novamente reiterada a tese de omissão por parte da empresa requerida (ev. 286, eproc1), o que resultou na juntada de laudo complementar adicional (ev. 301, eproc1).

Em nova petição, a ré reiterou “as omissões do laudo primitivo” (ev. 307, eproc1), oportunidade em que o magistrado, de forma diligente, despachou no seguinte sentido:

À Ré para no prazo de 5 dias enumerar e especificar os quesitos que entende ainda devam ser respondidos pelo exper.

Após, retornem conclusos para análise dos quesitos especificados (ev. 311, eproc1).

A ré deduziu os questionamentos (ev. 316, eproc1), o julgador determinou a intimação do perito para que “responda aos quesitos” (ev. 318, eproc1), apresentadas as respostas na sequência (ev. 328, eproc1).

Em sucessiva manifestação, a ré reiterou “o perito judicial continua se omitindo em responder aos quesitos levantados, o que não mais se admite” (ev. 333, eproc1).

Declarada encerrada a instrução processual (ev. 336, eproc1) e apresentadas as alegações finais (evs. 340 e 341, eproc1), foi proferida a sentença ora apelada (ev. 346, eproc1).

Antes de analisar qualquer regularidade ou equívoco do perito judicial, reputo fundamental registrar, desde já, que a inconsistência entre a conclusão do *expert* e a opinião do assistente técnico da parte, por si só, não indica irregularidade, ilegalidade, omissão ou manifesto descompasso com a realidade dos autos.

Isso porque, ao contrário do assistente indicado pela parte, o perito judicial é considerado auxiliar do juízo, imparcial e vinculado unicamente aos quesitos formulados, questionamentos relacionados e indicação exata das razões pelas quais lavrou a conclusão do serviço.

Significa dizer, portanto, que a rejeição do laudo pericial, exceção que é, deve estar fundamentada em elementos concretos e convincentes e que também sejam capazes de evidenciar o erro do perito, a indevida valoração de elementos não suscetíveis de consideração e a ausência de conexão entre o trabalho realizado e o contexto fático objeto da prova.

Sobre o tema, extraio da jurisprudência do STJ:

[...] VIII. A Segunda Turma do STJ assentou a ótica de que “a despeito de o julgador não estar adstrito à perícia judicial, é inquestionável que, tratando-se de controvérsia cuja solução dependa de prova técnica, por força do art. 145 do CPC, o juiz só poderá recusar a conclusão do laudo se houver motivo relevante, uma vez que o perito judicial se encontra em posição equidistante das partes, mostrando-se imparcial e com mais credibilidade” (STJ, AgRg no AREsp 500.108/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/08/2014). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.836.299/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/08/2020. [...] XII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp n. 1.424.417/PR, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 16/2/2022).

[...] 4. A jurisprudência valoriza a atuação técnica e científica dos peritos, ressaltando sempre o indispensável exercício imparcial de suas funções como agentes de estrita confiança do juízo, cuja atividade ocorre não em prol de interesses obscuros e tendenciosos mas sim como verdadeiros auxiliares da justiça (REsp n. 1.420.543/MT, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 18/12/2017).

Este Órgão Fracionário posiciona-se no mesmo sentido, consoante se infere dos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. DECISÃO QUE ACOLHEU O CÁLCULO DO PERITO. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE. ALEGADA A AUSÊNCIA DE CREDIBILIDADE NO TRABALHO APRESENTADO PELO PERITO, BEM COMO A UTILIZAÇÃO DE PREMISSAS EQUIVOCADAS PARA A CONFECÇÃO DOS LAUDOS. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DOS VALORES ENCONTRADOS NOS CÁLCULOS QUE FOI JUSTIFICADA PELOS LAUDOS COMPLEMENTARES E

PELO COMANDO JUDICIAL PRETÉRITO PARA SE ADEQUAR AOS PARÂMETROS DEFINIDOS NO TÍTULO EXECUTIVO. TESES RECURSAIS QUE NÃO DEMONSTRARAM A INAPTIDÃO, DE FORMA CONCRETA, DO EXPERT. ALEGAÇÕES SUPERFICIAIS ACERCA DOS EQUÍVOCOS ARITMÉTICOS. LABOR TÉCNICO REVESTIDO DE PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 4032755-05.2019.8.24.0000, desta relatoria, j. 2/6/2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO DO PERITO. RECURSO DO IMPUGNANTE. [...] IMPUGNAÇÃO DE CONTEÚDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DE EQUÍVOCO NO LAUDO PERICIAL. PERÍCIA HÍGIDA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. LAUDO PERICIAL QUE APONTA VALOR SUPERIOR ÀQUELE INDICADO NA INICIAL DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MERA ADEQUAÇÃO DOS CÁLCULOS AOS PARÂMETROS DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. VÍCIO NÃO VERIFICADO. RECURSO DESPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 4028109-20.2017.8.24.0000, rel. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 19/2/2019).

Ainda desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA FIRMADO COM COMPANHIA DE TELEFONIA. DECISÃO QUE ACOLHEU A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, EXTINGUINDO A FASE EXECUTÓRIA EM DECORRÊNCIA DA LIQUIDAÇÃO ZERO. RECURSO DA PARTE AUTORA. ASSERTIVA DE QUE O LAUDO PERICIAL HOMOLOGADO APRESENTA EQUÍVOCOS. INSURGÊNCIA, NA OCASIÃO, REALIZADA DE MODO GENÉRICO, COMO SIMPLES REMISSÃO AO CÁLCULO ANEXO AO REQUERIMENTO INICIAL. FALTA DE APONTAMENTO CONCRETO. ANÁLISE RECURSAL, POR CONSECUTÁRIO, OBSTADA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO (Apelação n. 5000414-36.2017.8.24.0045, rel. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 10/2/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ACOLHIDOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E HOMOLOGOU O CÁLCULO DO EXPERT. INSURGÊNCIA DO BANCO. MÉRITO. IMPUGNAÇÃO AO LAUDO DO PERITO NOMEADO PELO JUÍZO. ARGUMENTAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SOBRE O MONTANTE TIDO POR EXCESSIVO OU QUALQUER IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA A MATEMÁTICA APRESENTADA. EXERCÍCIO DE ADIVINHAÇÃO QUE NÃO COMPETE AO PODER JUDICIÁRIO. REJEIÇÃO ACERTADA. [...] RECURSO IMPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 4023354-79.2019.8.24.0000, rel. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 29/8/2019).

Não obstante a presunção relativa oriunda do trabalho prestado pelo perito judicial, é também fundamental ressaltar a necessidade de a parte prejudicada especificar, de maneira concreta, qual seria o equívoco detectado, insuficiente para tal desiderado a simples dedução de que a conclusão pericial diverge do trabalho realizado pelo assistente técnico.

Desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. DECISÃO QUE DETERMINOU A RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO EXIBIDO PELO EXPERT. RECURSO DO AUTOR. [...] ALEGADO EQUÍVOCO NA PLANILHA DE CÁLCULO JUDICIAL EM RAZÃO DA ANÁLISE CONJUNTA DOS ENCARGOS DA CONTA CORRENTE E DA OPERAÇÃO DE FINANCIAMENTO. ARGUMENTOS CONTRADITÓRIOS NAS DUAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS PELO AGRAVANTE, ALIADOS À AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ESPECÍFICA E FUNDAMENTADA. PEÇA DE OPOSIÇÃO AO LAUDO QUE DEIXA DE CONTESTAR, COM ARGUMENTOS JURÍDICOS, O PROCEDIMENTO ARITMÉTICO ADOTADO PELO EXPERT JUDICIAL. PARECER CONTÁBIL QUE NÃO SUBSTITUI O EXERCÍCIO DO DIREITO DE IMPUGNAÇÃO. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 4023519-29.2019.8.24.0000, desta relatoria, j. 25/5/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO APRESENTADO PELO PERITO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DO BANCO. PARECER CONTÁBIL QUE DEVE SERVIR APENAS PARA AUXILIAR NA DEMONSTRAÇÃO DO ERRO NA ELABORAÇÃO DO LAUDO PERICIAL, MAS QUE NÃO É INSTRUMENTO ADEQUADO PARA O EXERCÍCIO DA IMPUGNAÇÃO. PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 4020806-81.2019.8.24.0000, rel. Janice Goulart Garcia Ubiali, j. 3/12/2019).

Ainda desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS EMBARGANTES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO DO PARECER CONTÁBIL. EMBARGANTES QUE SE LIMITAM A MENCIONAR O LAUDO CONTÁBIL EXTRAJUDICIAL, SEM CONTUDO APONTAR NA PEÇA DE DEFESA EM QUE CONSISTEM AS INCORREÇÕES ENCONTRADAS NO CÁLCULO DO CREDOR E COMO CHEGARAM NO MONTANTE QUE ENTENDEM DEVIDO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS ILEGALIDADES SUPOSTAMENTE PRATICADAS OU DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. PARECER CONTÁBIL QUE DEVE SERVIR TÃO SOMENTE PARA AUXILIAR NA DEMONSTRAÇÃO DO EXCESSO DE EXECUÇÃO, MAS NÃO É O INSTRUMENTO ADEQUADO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE IMPUGNAÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO, PORTANTO, NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Cível n. 0300652-23.2017.8.24.0092, rel. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 31/1/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECISÃO QUE HOMOLOGOU OS CÁLCULOS ELABORADOS PELA CONTADORIA DO JUÍZO - RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA DE TELEFONIA. EXCESSO DE EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DE EVENTUAL DESACERTO NO CÁLCULO APRESENTADO PELA CREDORA - INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO PELO APELANTE DO VALOR QUE ENTENDE EXCEDENTE - REMISSÃO A PARECER CONTÁBIL ELABORADO POR TERCEIRO - NÃO CONHECIMENTO DA INSURGÊNCIA NESSE ASPECTO. Inviável a análise da tese referente à ocorrência de excesso de execução, face à inexistência de efetiva especificação do suposto equívoco no cálculo apresentado pela parte credora. Ademais, o parecer pericial contábil elaborado por terceiro não é o meio adequado para tanto, servindo apenas de elemento probatório para embasar as sustentações tecidas no petitório apresentado pela empresa de telefonia [...] (Agravado de Instrumento n. 0032810-29.2016.8.24.0000, rel. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 18/7/2017).

Fixadas essas premissas instrumentais, passo ao exame das alegações deduzidas pela apelante.

A impugnação à conclusão pericial e, conseqüentemente, ao valor homologado pelo julgador foi inaugurada, na peça recursal, com a dedução de que “em momento algum o douto magistrado tratou de indicar os parâmetros que deveriam nortear a pericial” e “tanto não houve critério judicial, que o perito judicial desconsiderando o valor recebido pelo apelado nos imóveis transferidos a Norival Francisco Piazza e sua esposa, no importe de R\$ 1.487.268,80 [um milhão, quatrocentos e oitenta e sete mil, duzentos e seiscentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos], com alegado pela a apelante”. Por isso, “usurpando a função jurisdicional do magistrado, o perito judicial acabou por decidir os critérios utilizados para elaboração dos cálculos, o que não se pode admitir” (ev. 384, eproc1).

Todas as informações utilizadas para a produção da prova técnica foram descritas pelo perito, serviram de base para eventual impugnação das partes, guardam relação com o objeto da prova e com a pretendida fixação dos valores na segunda fase da prestação de contas.

O perito não usurpou a função jurisdicional, como alegado no recurso. Analisou, na ocasião do serviço, o livro diário com movimentação contábil do ano de 2005 e 3 livros auxiliares, referentes aos anos 2006, 2007 e 2008. O próprio *expert* frisou, em contrariedade ao que foi suscitado pela requerida, que o livro diário de 2005 foi registrado em 2006 e os demais livros auxiliares (2006, 2007 e 2008) apenas em setembro de 2012 (ev. 241, laudo 761, eproc1).

Como se pode observar, a alegação de que o magistrado pautou-se em elemento nem sequer constante nos autos não procede.

O valor de R\$ 1.200.000,00, inerente ao contrato de promessa de compra e venda das unidades 101, 201 e 202 (garagem G4, G11, G10 e B4, B10 e B11), adquirentes Norival Piazza e Marianinha Piazza (apontado pelo perito no ev. 241, laudo 766, eproc1), não decorreu de exercício imaginário ou de substituição ao julgador, mas sim da constatação fática decorrente da própria presunção de veracidade da pactuação com firma reconhecida e devidamente registrada na matrícula do imóvel (ev. 176, anexo 163, eproc1).

O valor da promessa de aquisição constou da maneira literal no instrumento levado a registro no 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Florianópolis/SC (ev. 176, anexo 139, eproc1). Considerá-lo, portanto, não evidencia nenhuma conduta indevida por parte do auxiliar nomeado, tampouco exprime opinião pessoal ou quebra da imparcialidade, o que também infirma o suposto valor da dação em pagamento na ordem de R\$ 1.487.268,80 (ev. 176, anexo 105, eproc1), até porque, além disso, “não é possível afirmar que as unidades tenham sido entregues a título de recebimento de lucro, tendo em vista não restar devidamente contabilizado [o montante] nos livros contábeis apresentados” (ev. 241, laudo 774, eproc1).

Na seqüência, a apelante volta a discutir a omissão do laudo pericial. Alega não ter sido a sua impugnação formulada no ev. 286 enfrentada, porque teria simplesmente reproduzido o laudo complementar do ev. 282, *ipsis litteris*, na ocasião do novo esclarecimento informado no ev. 301.

Por outro lado, deixa a ré de informar que o laudo oferecido no ev. 301 pode até ter sido reproduzido pelo perito, mas não sem antes o *expert* fazer as seguintes ponderações ao retificar o trabalho prestado:

Agora, a parte ré insurge-se através de impugnação reiterando argumentos idênticos antes colacionados, passando este perito a manifestar-se tendo em vista a determinação do juízo.

[...]

O tema é complexo e os autos demasiadamente tumultado pelas teses defendidas pelos nobres causídicos, cada qual em prol do seu cliente, o que fez com que o trabalho demandasse muitas horas de minucioso estudo para o seu desenvolvimento, analisando cada questionamento e o respondendo conforme os elementos encontrados, levando sempre em consideração o objetivo final do trabalho.

[...]

Ao contrário do que alegado, este perito cumpriu integralmente o determinado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça, respondendo e/ou complementando os quesitos formulados às fls. 837/838 (ev. 301, laudo 836, eproc1).

Logo, não há “total desrespeito do perito pelo regular andamento processual”. As ponderações foram todas formuladas, sopesadas e analisadas. A discordância do assistente técnico com a prova pericial, por si só, não coloca em dúvida o trabalho realizado se o seu escopo e a demonstração encontrar ressonância nas provas, cuja competência para valoração de cada elemento é, ao fim, do magistrado sentenciante.

Isso porque, nos termos do art. 479 do CPC, o juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito. Outrossim, a adoção de determinado posicionamento, impugnado pelo assistente da parte ré, por si só, não contempla ilegalidade ou abusividade do *decisum*, vez que indicados na sentença os motivos que ensejaram a adoção do critério proposto pelo *expert*.

Especificamente sobre a valoração da prova técnica e o seu contexto abordado, cito elucidativo julgado desta Corte:

[...] 1. A prova pericial não tem compromisso com as pretensões das partes. O perito, de maneira racionalmente fundamentada, deve expor suas conclusões. Se o exame seguiu o protocolo codificado, não há invalidade, tampouco se podendo meramente desconsiderá-lo para que se atribua força maior a documento produzido fora dos autos. O louvado, tanto quanto o juiz, tem liberdade para, em seu convencimento motivado, expor as conclusões que, à luz da sua ciência, lhe sejam as corretas. Não pode ficar limitado às aspirações da parte. Se não fosse desse modo, em cada processo haveria ao menos duas perícias, pois o insatisfeito com o laudo teria o direito potestativo à renovação do estudo. Pior ainda, se o segundo parecer fosse em sentido oposto, o outro litigante teria a prerrogativa de pretender a designação de um terceiro louvado, buscando-se, por assim dizer, um desempate. A prova pericial, por outro lado, não vincula o juízo quanto às suas conclusões fáticas. Só que

muito menos se pode simplesmente ignorá-la. Ainda que o juiz fosse versado na mesma ciência do perito, não poderia meramente se substituir a ele. A missão do magistrado é apreciar valorativamente o laudo; pesar as demais provas, medir o enquadramento jurídico, refletir sobre o fato e o direito simultaneamente. Em caso de dúvida razoável, pode-se até realizar segundo exame ou complementá-lo. No caso concreto, a perícia está fundamentada e permitiu formar suficiente convicção, não surgindo razões para desconsiderá-la, tampouco para adoção de estudo elaborado extrajudicialmente (Apelação n. 0002205-30.2009.8.24.0038, rel. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 30/9/2021, sem grifos no original).

Ainda, a ré asseverou que “o *expert* do juízo extrapolou a análise documental do caderno processual, trazendo elementos de processo judicial que não faz parte da lide”. Com efeito, eventual utilização de algum elemento constante no processo cautelar, cuja natureza é conservativa e relacionado ao próprio bem da vida objeto da controvérsia estabelecida entre as partes, não possui o condão de macular a prova, tampouco desconstituí-la.

Ao ser produzido o elemento técnico, com a dedução de informações outras, cabe ao magistrado valorar a conclusão ao sentenciar, não se podendo cogitar de cerceamento de defesa quando textualmente declarado o elemento analisado, a sua localização, o seu contexto e, por isso, de fácil obtenção por quem assim pretender.

O ônus da prova, na pretensão de infirmar o laudo pericial, é de quem alega. A matéria, como já ressaltado anteriormente, é de resolução dificultosa, com sucessivas manifestações periciais e dos assistentes técnicos. O feito, em sua fase embrionária, tramita desde 2008, a prova pericial foi amplamente esclarecida, informada às partes, franqueado o livre acesso ao método de cálculo, aos documentos analisados e ao resultado obtido.

Caberia à ré, se assim pretendesse, comprovar a inexistência material de qualquer elemento utilizado pelo perito ou, de outro modo, a negativa comprovada de acesso para fins de contraprova. Meras alegações sobre essa temática, por si só, não confirmam a ilegalidade da prova.

Não se constata, por isso, “a evidência de perícia judicial carregada de parcialidade, equívocos e desrespeitos”.

Quanto à impossibilidade de o rateio ser feito de forma igualitária, alegou a empresa requerida:

Em outro ponto, pondera que o “[...] ao percentual de lucro devido a cada parte, não há que se falar em importe menor do que 50%. Isso porque, o contrato que instituiu a sociedade em conta de participação é claro em ratear igualmente os lucros obtidos com a venda dos apartamentos, conforme consta no item IV e cláusula quarta dos pactos apresentados no Evento 176, ANEXO 16 e 21, respectivamente [...]”.

Novamente, no ponto em questão, o perito judicial decidiu antes do que o magistrado, porquanto, delineou no laudo pericial, em clara interpretação do caderno processual, que o “[...] percentual para cada sócio é de 50%, conforme Contrato de Sociedade por Conta de Participação [...]”.

Todavia, tanto o perito como o magistrado, desconsideraram a existência de provas de descumprimento contratual do Apelado, que suspendeu o repasse dos valores para a obra.

Ora, como destacado no laudo da assistente técnica [Evento 252, INF786], os lucros ou dividendos distribuídos aos sócios da Sociedade por Conta de Participação, deverão ser apurados pelo valor de patrimônio líquido do investimento, e não com base no contrato firmado.

Efetivamente, até outubro de 2005 [laudo pericial - Evento 241 - quesito 4.2.1], por meio das empresas, o Apelado vinha contribuindo com 50% dos custos da obra, porém a partir desse momento a pessoa jurídica, representada pelo recorrido, deixou de contribuir com a construção do empreendimento imobiliário, e o que é pior, ainda exigiu o repasse dos imóveis a Norival e sua esposa, como forma de adiantamento do seu lucro, como acima destacado.

Quem descumpriu os termos do acordo de parceria foi o Apelado, pois a partir da transferência dos imóveis a empresa, não mais contribuiu para a construção do empreendimento, tanto é verdade que própria perícia judicial constatou que o recorrido investiu na obra o importe de R\$ 15.900,00 [letra 'd'].

A partir da paralisação dos investimentos do Apelado, a Apelante se viu em situação extremamente delicada, com uma obra por acabar e tendo sido, literalmente, abandonada por sua sócia investidora.

Assim, a partir da interrupção dos investimentos pelo sócio oculto ou participante [pessoa jurídica representada pelo Apelado] a Apelante teve de custear sozinha o restante da obra até o seu término.

[...]

Vale dizer que a cláusula quarta, do instrumento celebrado entre as partes [Evento 176 - anexo 21], impõe aos sócios o investimento de 50% [cinquenta por cento] para o “[...] financiamento e incorporação do Edifício Blue Eagle (objeto desta sociedade), e igualmente participarão dos lucros da sociedade ora constituída, fruto das vendas dos apartamento [...]”.

Ainda, prevê a cláusula quinta [Evento 176 - anexo 21], que “[...] o valor do capital social corresponderá aos valores totais despendidos com a aquisição do terreno, e custo da construção da obra até obtenção do habite-se [...]”.

Ora, como reconhecido pelo laudo pericial [Evento 241 - quesito 4.2.1], o Apelado investiu no empreendimento apenas até outubro de 2005, em torno de 15%, obrigando a Apelante a se responsabilizar pelo restante do financiamento da obra e obviamente em respeito as normas impostas pela nossa sociedade.

Assim, se o valor do capital social era correspondente ao valor despendido com a obra [aquisição do terreno e custos da obra], como dispõe a cláusula quinta do instrumento contratual [Evento 176 - anexo 21], e não tendo o Apelado realizado o investimento, como afirma o perito, é por demais óbvio que seu lucro não pode ser considerado com igualitário a Apelante, que aportou muito mais do que os 50% exigidos pelo contrato.

Ora, pensar em sentido contrário é privilegiar o enriquecimento sem causa, disposto no art. 884 do Código Civil: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Deste modo, pode-se afirmar que a conduta do Apelado ocasionou a quebra da affectio societatis, conceituada pela doutrina como a vontade de união e participação visando a um objetivo comum.

[...]

Ora, a ausente disposição contratual a respeito da liquidação das cotas, a liquidação das quotas do Apelado será feita com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

Considerando que cada sócio deveria contribuir com 50% [cinquenta por cento], dos custos da obra, para ter direito a retirada de 50% [cinquenta por cento], e tendo o Apelado contribuído apenas com R\$ 15.900,00,

evidente que não pode ser considerado seu direito de retirar no percentual de 50%, como entendeu o laudo pericial.

O critério utilizado pelo perito judicial e pela sentença apelada, são totalmente equivocados, devendo ser observada a proporcionalidade do investimento realizado na obra, para definição do percentual da prestação de contas, conforme a cláusula quinta do contrato entabulado entre as partes.

Portanto, deve a sentença ser reformado no ponto, com o reconhecimento da proporcionalidade do lucro do Apelado, em relação ao investimento realizado (ev. 384, eproc1).

Sobre o tema, o laudo pericial ressaltou “contabilmente falando, tendo em vista os valores de retirada de investimentos apurados nos quesitos 4.2.2.1 e 4.2.2.2, não há o que se apurar em percentual de montante de investimentos”. Isso porque, à luz das informações retiradas dos livros no período de 8/2005 a 7/2008, a instituição Estância teria investido R\$ 1.939.977,93 e retirado R\$ 2.116.475,54 (ev. 241, laudo 771/772, eproc1).

É deveras superficial a simples alegação de que o investimento de R\$ 15.900,00 não possa resultar no valor reconhecido de R\$ 5.482.302,48, já que o contrato expressamente estabelecia a divisão proporcional dos custos e do lucro (ev. 176, anexo 15/16, eproc1) e o detalhamento do cálculo levou em consideração todos os elementos relacionados ao contexto da contratação para fins de atribuir o “patrimônio realizável”: a) investimentos da ré; b) retiradas da ré; c) resultado entre investimentos e retiradas da ré; d) investimentos do autor; e) retiradas do autor; f) resultado entre investimentos e retiradas do autor; g) total das retiradas das partes; h) divisão proporcional das retiradas; i) diferença de retiradas em favor da ré; j) custo total da obra; k) valor custeado pela ré; l) valor custeado pelo autor; m) diferença de custeio em favor da ré; n) total da receita com as vendas; o) total da receita com as vendas [com dedução das diferenças entre os valores retirados pela ré e a diferença de custeio em favor da ré]; p) apuração da parte de Murilo; q) retirada de Murilo [apartamentos 101, 201 e 202]; e r) saldo em favor de Murilo (R\$ 5.482.302,48 até 31/8/2018).

Todas as informações constantes do laudo pericial descrevem os elementos analisados e a forma de cálculo, inclusive a ausência de documentos, registro mercantil posterior, divergências de valores lançados no orçamento da obra, na planilha e na contabilidade, além da inobservância de regras contábeis (NBC TG 00, NBC TG 26 e ITG2000) (ev. 241, laudo 775/776, eproc1).

Embora a ré sustente, com base no parecer do seu assistente técnico, a possibilidade de quantificar a proporção do investimento por cada parte (ev. 252, inf. 786, fls. 5/7, eproc1) e que a “ínfima” quantia oferecida pelo apelado seria insuficiente de lhe proporcionar o crédito então reconhecido (R\$ 15.900,00 em detrimento de R\$ 1.939.977,83 da recorrente), deixou de considerar que as suas retiradas somaram R\$ 2.116.475,54, e que as retiradas do apelado, embora na importância de R\$ 277.416,72, também levam em consideração “o valor custeado pelo autor” de R\$ 1.305.066,59 (ev. 241, laudo 757, eproc1).

Por fim, faço um retrospecto quanto à impugnação manejada pela ré no ev. 286, eproc1. Embora insista nas irregularidades procedimentais, é importante ressaltar que o momento oportuno

para asseverar a suposta “desqualificação” do laudo pericial é quando da sua nomeação, e não por ocasião do trabalho prestado em contrariedade aos interesses dos litigantes.

A propósito:

[...] 3. Consoante a jurisprudência desta Corte, “a impugnação da nomeação do perito deve ser alegada na primeira oportunidade de falar nos autos, sob pena de preclusão” (AgRg no AREsp 428.933/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe de 03/04/2014). [...] 5. Agravo interno provido para afastar a falta de dialeticidade recursal, conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial (AgInt no AREsp n. 1.629.154/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10/8/2020, DJe de 26/8/2020).

E deste Colegiado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. IMPUGNAÇÃO À QUALIFICAÇÃO DO PERITO. MATÉRIA NÃO ALEGADA EM MOMENTO OPORTUNO. INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE. PRECLUSÃO. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO (Apelação n. 0300776-68.2016.8.24.0018, desta relatoria, j. 5/4/2022).

De igual modo, não se permite a exclusiva prestação de contas unicamente de acordo com o patrimônio investido, há muito determinada por este Colegiado a confecção do balanço, no caso concreto, em sua forma contábil, com especificação das receitas, despesas e o saldo a formar o patrimônio líquido e a consequente distribuição nos termos do pacto (Apelação Cível n. 0029643-13.2008.8.24.0023, rel. Altamiro de Oliveira, j. 11/7/2017).

O *expert* detalhou as normas técnicas imprescindíveis à elaboração do cálculo, a metodologia aplicada e os livros apresentados pela ré, com movimentação contábil de 1º/1/2005 até 31/12/2008 (ev. 241, laudo, 760, eproc1). O próprio perito, ao responder o quesito da apelante, reiterou que “o período de abrangência da prestação de contas compreende 1º/8/2005 a 18/7/2008” (ev. 241, laudo 771, eproc1), o que afasta a suposta violação à coisa julgada.

O fato de a venda exclusiva dos imóveis não refletir a abrangência necessária à confecção do laudo para apuração do patrimônio líquido, como entendeu este Colegiado em momento pretérito, por si só, não é motivo hígido a impedir a sua consideração para compor todos os demais elementos inerentes ao cálculo contábil, razão pela qual inexistente qualquer contradição com o acórdão. O uso de uma única informação para realizar o cálculo não se equipara ao trabalho amplo e detalhado que, mesmo utilizado o elemento até então individualizado, contemple diversas outras circunstâncias a justificar o valor fixado.

Eventual alegação de quebra do *affectio societatis* não autoriza a conduta omissiva na prestação de contas e no repasse ao sócio participante do saldo verificado à luz das disposições contratuais, despesas, receitas, retiradas, valorização e a diferença entre essas operações.

Em arremate, é possível observar que as contas inicialmente prestadas pela ré nem sequer poderiam ser admitidas, consoante entendimento fixado por este Órgão Fracionário, até porque dotadas de expressivas diferenças entre valores apresentados em planilha, no orçamento e na contabilidade, notadamente em relação ao lançamento de encargos e custos sem previsão contratual, diferenças de aportes e dos custos da obra, descumprimento do contrato e inobservância de regras técnicas para a elaboração da informação e registro em livros contábeis (ev. 241, laudo 764/765, eproc1).

Sobre a valoração da prova pericial, extraído da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE IMÓVEL. REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO POR EXPERT NOMEADO. IMPUGNAÇÃO PELOS EXECUTADOS. INDEFERIMENTO. HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO APRESENTADO. [...] IMPUGNAÇÃO AO LAUDO QUE DEVE ESTAR PAUTADA EM ARGUMENTOS TÉCNICOS. ÔNUS DO IMPUGNANTE NÃO DESINCUMBIDO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS TÉCNICOS PARA REFUTAR AS CONCLUSÕES DO LAUDO PERICIAL JUDICIAL. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 5013271-50.2020.8.24.0000, rel. Marcio Rocha Cardoso, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 13/9/2022).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROCEDÊNCIA À ORIGEM. RECURSO DO RÉU. INSURGÊNCIA DO APELANTE CONTRA A CONCLUSÃO DO EXPERT DO JUÍZO. PREVALÊNCIA DA PROVA PERICIAL PRODUZIDA EM JUÍZO. LAUDO SATISFATÓRIO, CONFECCIONADO POR PROFISSIONAL CADASTRADO, HABILITADO E DE CONFIANÇA DO JUÍZO. [...] (Apelação n. 5012439-83.2020.8.24.0075, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 23/8/2022).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. [...] PREVALÊNCIA DO LAUDO PERICIAL PRODUZIDO EM JUÍZO. EQUIDISTÂNCIA DAS PARTES. CONCLUSÕES DO EXPERT SUFICIENTES PARA O CONVENCIMENTO DO JUÍZO. [...] RECLAMO PROVIDO (Apelação n. 5011454-94.2021.8.24.0038, rel. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 31/5/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CARTA PRECATÓRIA - REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA AVALIAÇÃO DE IMÓVEIS, PENHORADOS NO FEITO EXECUTIVO E LOCALIZADOS EM COMARCA DIVERSA DO JUÍZO DEPRECANTE - [...] EXAME DO LAUDO CONFECCIONADO POR ESPECIALISTA NOMEADO PELO JUÍZO, DOTADO DE IMPARCIALIDADE E EQUIDISTÂNCIA DOS INTERESSES PARTICULARES DOS LITIGANTES, O QUAL NÃO SUGERE QUALQUER INCOERÊNCIA - PEÇA PROCESSUAL APRESENTADA PELA AGRAVANTE, POR SUA VEZ, DESPROVIDA DE QUALQUER FUNDAMENTO TÉCNICO E PROVA CAPAZ DE SE CONTRAPOR À PERÍCIA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO JUÍZO "A QUO" QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DO LAUDO - RECLAMO DESPROVIDO. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "o perito judicial encontra-se em posição equidistante das partes, mostrando-se imparcial e com mais credibilidade" (AgRg no AREsp 228.433/PR, rel. Ministro Humberto Martins, j. em 8/10/2013, DJe 18/10/2013). Bem por isso, tem reiteradamente manifestado esta Corte que, "ao impugnar o laudo pericial, o litigante tem o dever de trazer aos autos elementos que se contraponham, suficientemente, à conclusão do experto, pois ele é pessoa da confiança do juiz da causa. Imperioso que os pontos técnicos sejam explicitados adequada e cientificamente (Apelação Cível n. 2012.058809-9, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 14/11/2013)" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4033188-43.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 12-11-2019). No caso, a impugnação apresentada pela executada ao laudo de avaliação, baseada em refutações genéricas - porquanto desprovida de qualquer fundamento técnico e sem respaldo em elemento de comprovação

-, não tem o condão de derruir a perícia elaborada pelo avaliador, profissional com equidistância e isenção de ânimo (Agravo de Instrumento n. 4027408-88.2019.8.24.0000, rel. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 3/5/2022).

APELAÇÃO CÍVEL. [...] DIVERGÊNCIA NOS CÁLCULOS DAS PARTES QUE JUSTIFICOU A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO QUE SE FEZ POR MEIO DE PERÍCIA CONTÁBIL. [...] PREVALÊNCIA DO LAUDO PERICIAL, CUJA ELABORAÇÃO FOI REALIZADA POR PROFISSIONAL HABILITADO E IMPARCIAL. PRECEDENTES DA CÂMARA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação n. 0000248-73.2015.8.24.0073, rel. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 17/3/2022).

Nesse contexto, a proporção detalhadamente explicitada pelo perito encontra previsão no contrato, nos livros apresentados (omitidas algumas informações, registrados posteriormente e em conflito com outros elementos também analisados), encontra-se em convergência com todas as provas carreadas ao feito e, por isso, fica preservado o valor homologado, mantida integralmente a sentença lavrada pelo magistrado Celso Henrique de Castro Baptista Vallim (ev. 346, eproc1).

d) má-fé da parte requerida arguida em contrarrazões

Em relação à suposta prática de má-fé da apelante, suscitada em contrarrazões (ev. 391, eproc1, fl. 48), sabe-se que aludida sanção compreende a prática de ato doloso ou malicioso, no qual se busca evitar a procedência da ação, retardar a entrega da prestação jurisdicional ou obter vantagem processual, não sendo permitido presumi-la e, diante disso, sua prova deve ocorrer através do cotejo entre a lei e os elementos objetivos do processo.

Com efeito, “a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia segundo a qual a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (REsp n. 1.837.320/PR, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 31/3/2022).

Essa penalidade processual pressupõe a prática de conduta maliciosa ou reveladora de deslealdade que possa caracterizar o manifesto intuito de buscar com o processo objetivo ilegal ou benefício vedado pelo ordenamento jurídico.

No caso concreto, o manejo do recurso de apelação é permitido pela legislação de regência e, por mais que as teses suscitadas pela apelante não sejam acolhidas pelo Colegiado, considerada a complexidade da matéria, as ponderações são críveis e plenamente sustentáveis em juízo, inclusive ratificada pela Corte Superior a necessidade de análise do reclamo nesta instância, o que não corrobora o manifesto propósito protelatório ou intuito de ato atentatório à dignidade da justiça.

Nesse viés, “a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não se aplica a multa por litigância de má-fé quando a parte utiliza recurso previsto no ordenamento jurídico, sem abusar do direito de recorrer, como é o caso dos autos” (AgInt no AREsp n. 1.393.897/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe de 23/8/2019).

e) honorários recursais

A inadmissão do recurso de apelação do autor, em razão da prejudicialidade, não autoriza a fixação da verba honorária em favor do patrono da parte adversa, eis que ausente a sua condenação ao adimplemento dessa obrigação desde a origem.

Todavia, porque preenchidos os requisitos legais quanto ao desprovimento do recurso de apelação manejado pela parte requerida (§§ 2º e 11 do art. 85 do CPC), fixo os honorários recursais em 10% sobre o valor atualizado da condenação, percentual a ser acrescido ao montante estabelecido na origem sobre a mesma base de cálculo.

Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de julgar prejudicado o recurso do autor e negar provimento ao reclamo apelativo da ré.

Documento eletrônico assinado por **TORRES MARQUES, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2731580v64** e do código CRC **773fe15d**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): TORRES MARQUES

Data e Hora: 11/10/2022, às 16:24:27

APELAÇÃO Nº 0000311-33.2020.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR TULIO PINHEIRO

APELANTE: ISMAEL ALVES DOS SANTOS

APELADO: ALEX SCHWAB FILHO

EMENTA

APELAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARGUIÇÃO, PELA PARTE EXECUTADA, DE NULIDADE DO FEITO EXPROPRIATÓRIO, EM RAZÃO DA INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO PERSEGUIDO. SENTENÇA EM QUE FOI ACOLHIDA A TESE DEFENSIVA, A FIM DE DECRETAR A EXTINÇÃO DO FEITO, COM A CONDENAÇÃO DO EXEQUENTE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA, ESTES FIXADOS EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO.

RECURSO DA PARTE EXEQUENTE.

PRETENDIDA CASSAÇÃO DO *DECISUM* EXTINTIVO, COM O CONSEQUENTE PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA ORIGEM. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA FIXADA EM DESFAVOR DE PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO PELA PARTE EXEQUENTE DA SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO EXECUTADO. IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA QUE DEVE SER DEMONSTRADO DE PLANO, NA PEÇA INICIAL DA FASE EXPROPRIATÓRIA. EXEGESE DOS ARTIGOS 514 E 98, § 3º, AMBOS DA LEI PROCESSUAL CIVIL. CASO CONCRETO. PETIÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NA QUAL SE LIMITOU O EXEQUENTE A COBRAR A VERBA HONORÁRIA, SEM DEMONSTRAR, TAMPOUCO SEQUER ALEGAR, A ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO EXECUTADO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO (DE PAGAR) INEXIGÍVEL. NULIDADE ABSOLUTA DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 783, 786, *CAPUT*, E 803, INC. I, DO CPC. INVOCADA INÉRCIA DA PARTE EXECUTADA NO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IRRELEVÂNCIA. EIVA SUSCITADA (NULIDADE ABSOLUTA POR AUSÊNCIA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO) QUE ENVOLVE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, PASSÍVEL DE ARGUIÇÃO MEDIANTE SIMPLES PETIÇÃO NOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS NA ORIGEM PARA DEMONSTRAÇÃO DA SUPERAÇÃO DO ESTADO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS DO DEVEDOR EXECUTADO. IMPROCEDÊNCIA. MODIFICAÇÃO NA SITUAÇÃO FÁTICA MANIFESTADA PELO EXEQUENTE DE MANEIRA EXTEMPORÂNEA, APENAS APÓS: 1) A APRESENTAÇÃO DE DEFESA PELO ADVERSO, QUANDO NÃO MAIS POSSÍVEL A EMENDA À INICIAL; E 2) O DECURSO DO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS, A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DEFERIU O BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. ADEMAIS, DOCUMENTAÇÃO CARREADA PELO APELANTE INSUFICIENTE PARA COMPROVAR A MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO APELADO. ALMEJADA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE O PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DO CENÁRIO FÁTICO QUE ENSEJOU A CONCESSÃO DO BENEPLÁCITO QUE DEVERIA SER DEMONSTRADA DE PLANO, MEDIANTE

PROVA PRECONSTITUÍDA NA INICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA QUE SE IMPÕE.

PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DESCABIMENTO. DEMANDA EXPROPRIATÓRIA AJUIZADA COM BASE EM TÍTULO INEXIGÍVEL. APRESENTAÇÃO DE DEFESA PELA PARTE EXECUTADA. EXEQUENTE QUE, EM RESPOSTA, OPÔS RESISTÊNCIA À PRETENSÃO DO DEVEDOR. SENTENÇA EM QUE FOI ACOLHIDA A TESE DEFENSIVA, COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO FEITO. OBRIGAÇÃO DO EXEQUENTE DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS, À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS.

IMPROVIMENTO INTEGRAL DO RECLAMO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL DA PARTE APELANTE. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA AO PATRONO DO APELADO PELA ATUAÇÃO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. IMPOSIÇÃO DO ARTIGO 85, §§ 1º E 11, DO CPC. ESTIPÊNDIO PATRONAL ELEVADO DE 10% (DEZ POR CENTO) PARA 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO.

ACÓRDÃO

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 negar-lhe provimento; além de majorar a verba honorária sucumbencial, com esteio no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Joinville, Ismael Alves dos Santos formulou pedido de cumprimento de sentença no bojo da “ação ordinária” (de cunho anulatório) autuada sob o n. 0028057-08.1999.8.24.0038, a fim de perseguir crédito referente a honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais) na decisão final da fase de conhecimento do feito.

Intimado, o executado - Alex Schwab Filho - manifestou-se nos autos, em petitório digitalizado em “evento 1 - petição 29”. Na ocasião, sustentou, em suma, inexigibilidade do crédito executado, ao argumento de que lhe foi concedido, ainda na fase de conhecimento, o benefício da justiça gratuita, sendo que o exequente não logrou demonstrar, dentro do prazo suspensivo de 5 (cinco) anos, alteração na condição financeira da parte agraciada com a benesse.

Em resposta, o exequente afirmou haver indícios suficientes de que o executado não se encontra em condição de pobreza. Para tanto, apresentou documentos e pugnou, subsidiariamente, pela expedição de ofícios à Receita Federal, “(...) *para fazer juntar aos autos as últimas 05 (cinco) declarações de IR do executado, para os fins de direito (...)*” (evento 6).

Sobreveio, então, a sentença combatida, na qual o MM. Juiz Rafael Osorio Cassiano julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, e condenou a parte exequente ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução.

Segundo o douto magistrado sentenciante, “(...) *à configuração de atributo executivo ao título judicial exequendo, constata-se a ausência do requisito essencial da exigibilidade em relação ao executado, de sorte que a presente ação merece ser extinta pela falta do interesse de agir (...)*” (evento 1 - sentença 43).

O exequente opôs, inicialmente, embargos de declaração, alegando omissão no *decisum* quanto à análise da alegação de que teria sido devidamente demonstrada a alteração na condição financeira da parte executada (evento 1 - embargos de declaração 47).

Os aclaratórios foram acolhidos, apenas para se complementar a sentença, com a análise da tese questionada, rejeitando-se expressamente o pedido de revogação da justiça gratuita (evento 1 - sentença 53).

Irresignado, o exequente interpôs o presente recurso de apelação. Nas razões do inconformismo, enfatiza, inicialmente, ter ajuizado de maneira tempestiva o pedido de cumprimento de sentença voltado ao recebimento da verba honorária. Segue aduzindo que “(...) *comprovou satisfatoriamente a mudança na atual situação econômica do Apelado, apta a declarar sua possibilidade de arcar com as condenações que lhe foram impostas, cuja suspensão de exigibilidade se operou tão somente de forma provisória, revogando portanto, os benefícios da Gratuidade Judicial concedidos ao aqui Apelado.*”. Salaria, de outra banda, que em caso de dúvida quanto à solvabilidade do executado, deveria o magistrado de origem ter atendido o pleito de expedição de ofício à Receita Federal, para apresentação de cópias de declarações de Imposto de Renda. Alega, ainda, que o fato de o apelado não ter manifestado-se oportunamente acerca do pedido de cumprimento de sentença implica concordância tácita com a pretensão executória. Ainda a corroborar a tese de que o executado não faz jus ao benefício da gratuita, suscita o fato de ter-se logrado êxito logo na primeira tentativa de bloqueio judicial, via Sisbajud, de R\$ 4.404,47 (quatro mil, quatrocentos e quatro reais e quarenta e sete centavos) junto a sua conta corrente. Por fim, pugna, subsidiariamente, pelo afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência (evento 1 - apelação 58).

Contrarrazões da parte apelada digitalizadas em “evento 1 - petição 64”).

VOTO

A irresignação, adianta-se, não merece acolhimento.

Na fase de conhecimento do feito, seu demandante foi condenado ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), observada, contudo, a suspensão da exigibilidade dos encargos, em razão do deferimento, naquela mesma ocasião, do benefício da justiça gratuita (“evento 1 - informação 13”).

O cumprimento de sentença versado nos autos volta-se à execução do crédito referente à verba honorária sucumbencial.

À luz do artigo 98, § 3º, da Lei Processual Civil, tem-se que a exigibilidade da verba honorária fixada em desfavor da parte beneficiária da justiça gratuita fica suspensa por 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que tenha imposto o encargo sucumbencial. Nesse período, a execução do crédito em questão depende da comprovação pela parte exequente da superação da situação de hipossuficiência financeira por parte do executado.

Nesse norte, segue o texto do dispositivo legal supramencionado:

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.

(...)

§ 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.

Caso não demonstrada, dentro do prazo quinquenal, a modificação na situação financeira do beneficiário da gratuidade, carece de exigibilidade o crédito relativo à verba honorária, o que enseja a nulidade da demanda expropriatória por ausência de título executivo apto.

A propósito, oportuno colacionar os teores dos arts. 783, 786, *caput*, e 803, inc. I, todos do Código de Processo Civil:

Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.

(...)

Art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; (...).

Ainda a esse respeito, relevante salientar que por se tratar de execução de obrigação de pagar quantia certa sujeita à condição (qual seja, como dito, a superação da situação de incapacidade econômica por parte do executado beneficiário da justiça gratuita), a demonstração da ocorrência de tal circunstância é *conditio sine qua non* para o procedimento expropriatório, haja vista o disposto no art. 514 do CPC, cujo teor segue *in verbis*: “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o cumprimento da sentença dependerá de demonstração de que se realizou a condição ou de que ocorreu o termo.”

Nesses casos, dado o espectro cognitivo limitado inerente aos processos de execução, incumbe à parte exequente comprovar de plano (já na peça inicial da demanda) a exigibilidade do crédito executado, ou seja, o implemento da condição suspensiva da obrigação.

Nesse viés, traz-se à baila os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

(...) As relações jurídicas sujeitas à condição ou termo podem ser reconhecidas em sentença condenatória, mas a exigibilidade de tal espécie de obrigação depende da comprovação de que o se realizou o evento futuro e incerto, que foi cumprida a contraprestação ou o advento do termo. Trata-se de questão relacionada à exigibilidade, cabendo ao credor provar por meio de prova documental - e eventualmente documentada - o advento do termo ou o implemento da condição, já em caso contrário, a execução será nula e deverá ser extinta. (in Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. Salvador, JusPodivm, 2.016. p. 867-868).

Aplicando tal entendimento em situações de execução de honorários advocatícios fixados em desfavor de parte beneficiária de justiça gratuita, seguem precedentes jurisprudenciais da Corte da Cidadania:

(...) 6. Nos termos do art. 98, § 3º, do CPC, a obrigação do beneficiário da gratuidade de justiça de pagar as verbas de sucumbência fica sob condição suspensiva de exigibilidade, somente podendo ser executada se, no prazo de 5 (cinco) anos, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão do benefício. 7. A execução das verbas de sucumbência não pressupõe prévia revogação do benefício concedido. Pelo contrário, a norma do art. 98, § 3º, do CPC, combinada com o art. 514 do mesmo Código, viabiliza o requerimento de cumprimento de sentença pelo credor, desde que este comprove o implemento da condição suspensiva, consistente na modificação da situação financeira do beneficiário da gratuidade de justiça. (...) 10. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp n. 1.733.505/RS, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 17.09.2019) (grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VERBA SUCUMBENCIAL. DEVEDOR BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. COMPROVAÇÃO PELO CREDOR DA MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. (...) 3. Encerrado, contudo, o processo, eventual condenação aos ônus

sucumbenciais daquele que litigou sob o pálio da gratuidade da justiça ficará com sua exigibilidade suspensa enquanto perdurar seu estado de pobreza e prescreverá após decorrido o prazo de cinco anos (art. 12 da Lei n. 1.060/50). 4. Configurada a hipótese de execução de título judicial sujeito a condição suspensiva, basta que o credor, na inicial do pedido de cumprimento de sentença, faça a devida comprovação do implemento da condição, conforme preceituam os arts. 572 e 614, III, do CPC.5. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 1.341.144/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 03.05.2016).

In casu, a decisão final da fase de conhecimento alcançou o trânsito em julgado em julho de 2012 (“evento 1 - informação 14”).

A petição inicial da fase expropriatória foi protocolizada em novembro de 2016, dentro, portanto, do prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Contudo, dado que o executado litigava sob o pálio da justiça gratuita, competia ao exequente, conforme visto, instruir a exordial com prova preconstituída da superação da situação de hipossuficiência financeira que ensejou a concessão da benesse. Não houve, porém, tal demonstração por parte do apelante.

Na verdade, na peça exordial, limitou-se o exequente a requerer a execução dos honorários, sem sequer informar que o executado era beneficiário da justiça gratuita, muito menos alegar eventual alteração na situação financeira deste.

Ou seja, o procedimento expropriatório lastreou-se, desde a sua origem, em título inexigível e, portanto, inapto a aparelhar a demanda.

Ante a flagrante nulidade do feito, carece da mínima plausibilidade a alegação do apelante de que o fato de o apelado não ter manifestado-se oportunamente acerca do pedido de cumprimento de sentença teria implicado concordância tácita com a pretensão executória.

Ainda a esse respeito, afigura-se irrelevante no caso o fato de a defesa do executado ter sido apresentada após o prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, notadamente porquanto a tese suscitada - de nulidade absoluta da execução por inexigibilidade do crédito perseguido - compreende matéria de ordem pública, podendo ser agitada por simples petição no bojo da expropriatória a qualquer momento (v.g. Apelação Cível n. 0006580-12.2011.8.24.0036, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 23.01.2017).

Em situações análogas à vertente, manifestou-se esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA QUE RECONHECEU A INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO, EM RAZÃO DE SER O EXECUTADO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. SENTENÇA TERMINATIVA. RECURSO DO EXEQUENTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E DA REVOGAÇÃO, NA FASE EXECUTIVA DA LIDE, DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA CONCEDIDA AO DEVEDOR. INSUBSISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE

AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO CONDICIONADA A DEMONSTRAÇÃO IPSO FACTO DA ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO DEVEDOR. EXEGESE DOS ARTIGOS 514 E 434, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PARTE QUE SEQUER ARGÚI A EXISTÊNCIA DE QUALQUER FATO QUE DEMONSTRE A MODIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO EXECUTADO. NULIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA, EX VI DO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação n. 5004189-80.2019.8.24.0080, rel.^a Des.^a Denise Volpato, j. em 20.10.2020).

(...) PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - EXECUTADO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA - MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA - DEMONSTRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EXTINÇÃO DO FEITO - MANUTENÇÃO. 1. O art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil determina que no caso de beneficiário da gratuidade da justiça “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”. 2 É cabível, diretamente em cumprimento de sentença, a demonstração da modificação das condições financeiras do beneficiário da justiça gratuita para executar, em desfavor dele, honorários advocatícios de sucumbência, mas deve o credor juntar com a peça de execução documentação suficiente que demonstre, inequivocamente, ter sido superada a condição de miserabilidade do executado. (...) (Apelação Cível n. 0303656-71.2017.8.24.0091, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 05.11.2019 - grifou-se).

À luz da premissa estabelecida nos parágrafos anteriores - de que a demonstração da superação da situação de hipossuficiência do devedor deveria, impreterivelmente, ocorrer já na peça inicial do procedimento expropriatório -, não procede a tese recursal segundo a qual o magistrado de origem deveria ter atendido o pleito de expedição de ofício à Receita Federal para obtenção de cópias de Declarações de Imposto de Renda do executado.

No mais, ao contrário do que argumenta o apelante, a suposta demonstração da superação do estado de pobreza do executado - manifestada no petitório junto ao evento 6 - afigura-se irrelevante para o desiderato no caso.

A uma, porque a petição veiculando tal tese foi apresentada apenas após o executado comparecer ao feito para suscitar exatamente a nulidade do cumprimento de sentença em razão da inexigibilidade da obrigação executada (vide “evento 1 - petição 29”). Ou seja, quando não mais era viável a emenda à inicial, com a modificação da causa de pedir (v.g. Apelação Cível n. 0301885-88.2017.8.24.0081, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 05.05.2020).

E a duas, porque a indigitada petição foi protocolizada somente em maio de 2019, após transcorridos mais de 6 (seis) anos a contar do trânsito em julgado da decisão que fixou a verba honorária. Isto é, quando já decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, insculpido no já mencionado art. 98, § 3º, da Lei Processual Civil.

Ressoa patente, pois, a extemporaneidade da alegação de superação do estado de incapacidade financeira da parte executada.

Ad argumentandum tantum, não é demais registrar a insuficiência da documentação apresentada pelo exequente para comprovar a suposta modificação na situação financeira do executado.

Conforme relatado pelo douto magistrado sentenciante, “(...) a parte exequente trouxe ao feito, com a finalidade de comprovar o suposto cabimento da revogação dos benefícios da gratuidade da justiça concedida ao executado, os documentos sigilosos protocolados sob o n. WJVE. 19.10102148-6, consistindo em: uma lista de aprovados no concurso público para Engenheiro de Segurança do Trabalho da Fundação Universidade Regional de Blumenau, do ano de 2013, constando o nome da parte Alex Schwab Filho; uma certidão do CIRETRAN contendo um veículo Citroen C4, de placa MJM 2203 no nome do executado; e, uma captura de tela de redes sociais de Alex Schwab Filho, onde o mesmo se qualifica como Perito Judicial na Justiça do Trabalho.” (evento 1 - sentença 53).

Os meros fatos de o executado ter sido aprovado em concurso público, possuir veículo automotor próprio e estar empregado no momento não têm o condão, apenas por si, de derruir a condição de hipossuficiência financeira já reconhecida em decisão pretérita no feito e sobre a qual o executado beneficiário não tenha pronunciado-se posteriormente para noticiar eventual alteração.

Igualmente irrelevante, para fins de revogação da benesse, a circunstância de ter-se logrado êxito em tentativa de bloqueio judicial via Sisbajud de verba pecuniária equivalente a R\$ 4.404,47 (quatro mil, quatrocentos e quatro reais e quarenta e sete centavos) junto à conta corrente do executado. Como se vê, o saldo atingido não pode ser considerado significativo, sendo incapaz de indicar, apenas por si, que o devedor possua renda e/ou patrimônio consideráveis.

Logo, também sob esse viés, deve ser mantida incólume a decisão que reconheceu a nulidade do feito expropriatório, em razão da inexigibilidade do crédito perseguido.

A corroborar, cita-se julgados deste Areópago:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PARTE EXECUTADA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE EXIGIBILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MODIFICAÇÃO DA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA DEVEDORA. ÔNUS DO CREDOR. PRECEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação n. 5000903-41.2021.8.24.0075, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 30.11.2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INEXIGIBILIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PARTE EXECUTADA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA NOS AUTOS PRINCIPAIS. RECURSO DA EXEQUENTE. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. AVENTADA A EVOLUÇÃO PATRIMONIAL. INSUBSISTÊNCIA. DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS QUE SÃO INCAPAZES DE DEMONSTRAR A ALTERAÇÃO NA SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO EXECUTADO. DECISÓRIO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 5054766-40.2021.8.24.0000, rel. Des. Osmar Nunes Júnior, j. em 05.05.2022).

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. EXTINÇÃO NA ORIGEM (ART. 803, I, C/C ART. 485, IV, AMBOS DO CPC). RECLAMO DO EXEQUENTE. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. REMUNERAÇÃO LÍQUIDA DA EXECUTADA QUE, APESAR DE NÃO SE

MOSTRAR PEQUENA, TAMBÉM NÃO PODE SER CONSIDERADA EXPRESSIVA. INVIABILIDADE DA REVOGAÇÃO. Se a parte (servidora pública aposentada) comprova que não reúne condições financeiras que lhe permitam arcar com as custas e despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento e o adverso não se desincumbe do ônus de derruir essa presunção, o benefício da Justiça gratuita não pode ser revogado. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação n. 5000945-43.2016.8.24.0018, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. em 13.05.2021).

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO EXTINTO. PARTE EXECUTADA COM BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. EXIGIBILIDADE SUSPensa PELO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS. ART. 98, § 3º, DO CÓDIGO DE RITOS. NÃO REVOGAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO INEXIGÍVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. O benefício da justiça gratuita, se não revogado, se estende durante todo o processo e a exigibilidade das verbas sucumbenciais fica suspensa pelo prazo de 5 (cinco) anos, conforme art. 98, § 3º, do Código de Ritos, razão pela qual a cobrança de honorários sucumbenciais, com a exigibilidade sobrestada, não forma título hábil a amparar a execução, porquanto lhe falta, liquidez, exigibilidade e certeza. (Apelação Cível n. 0700004-64.2016.8.24.0010, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 05.06.2018 - sublinhou-se).

APELAÇÃO CÍVEL CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO EXEQUENDO. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO OCORRIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. POSTERGAÇÃO DOS EFEITOS À PRÓXIMA FASE PROCESSUAL. ADEMAIS, NÃO COMPROVADA ALTERAÇÃO NA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) (Apelação n. 5000049-33.2016.8.24.0007, rel. Des. Júlio César Knoll, j. em 03.08.2021).

Por fim, não merece acolhimento o pleito recursal de isenção do exequente/apelante do pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Consoante entendimento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, “(...) são devidos honorários advocatícios ao executado/impugnante quando o acolhimento da impugnação do cumprimento de sentença resulte em extinção do procedimento executivo ou redução do montante executado” (AgInt no AREsp n. 1.679.816/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 17.05.2021).

In casu, a extinção do procedimento expropriatório resultou exatamente da arguição pela parte executada da nulidade do feito, em razão da inexigibilidade do crédito perseguido (petitório em “evento 1 - petição 29”).

Ademais, além de ter deflagrado o cumprimento de sentença com base em título inexigível - dando causa, com isso, à atuação do patrono da parte adversa -, o exequente, após a apresentação da defesa mencionada no parágrafo anterior, manifestou-se nos autos opondo resistência à tese ventilada pelo executado, o que atrai a incidência do princípio da sucumbência no caso.

Nesse norte:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (EXECUCIONAL DE HONORÁRIOS FIXADOS EM COBRANÇA DE SEGURO) - DEMANDA MOVIDA CONTRA EMPRESA FALIDA - SENTENÇA QUE RECONHECEU A SUBMISSÃO DO CRÉDITO AO JUÍZO DA FALÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM 1º GRAU COM SUCUMBÊNCIA A

CARGO DA EMPRESA EXECUTADA - RECURSO DA EXECUTADA - PLEITO DE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS MEDIANTE IMPOSIÇÃO À SOCIEDADE EXEQUENTE - ACOLHIMENTO - EXEQUENTE QUE, EM RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, OPÔS RESISTÊNCIA À EXTINÇÃO DO FEITO - SUCUMBÊNCIA DA EXEQUENTE CONFIGURADA - APLICAÇÃO ANALÓGICA DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.452.840/SP) - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em decorrência do princípio da sucumbência, os ônus sucumbenciais devem ser suportados pelo exequente que propôs demanda destituída de condições da ação e opôs resistência à sua extinção. (Apelação n. 0303758-71.2019.8.24.0011, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 06.05.2021).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (...) 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RESISTÊNCIA À IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 3. Em homenagem ao princípio da sucumbência, o exequente/impugnado que ofereceu resistência à impugnação à execução e restou vencido, com a extinção da execução, responde pelos ônus sucumbenciais (Apelação Cível n. 0009978-25.2019.8.24.0023, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 19.11.2020).

Desse modo, não merece reparo o *decisum* no que toca à condenação do exequente ao pagamento das verbas de sucumbência.

Aliás, tendo em conta o total desprovimento do recurso, bem como a apresentação de contrarrazões pelo apelado, necessária a majoração da verba devida ao causídico deste último, por imposição do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC.

Destarte, eleva-se o estipêndio patronal de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor da execução.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento; além de majorar a verba honorária sucumbencial, com esteio no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **TULIO JOSE MOURA PINHEIRO**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2723990v50** e do código CRC **38b0f212**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): TULIO JOSE MOURA PINHEIRO

Data e Hora: 25/10/2022, às 18:9:53

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008985-58.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR TULIO PINHEIRO

AGRAVANTE: SANTINVEST S/A CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS

AGRAVADO: TERRAPLANAGEM E PAVIMENTACAO VOGELSANGER LTDA

AGRAVADO: VOGELSANGER PAVIMENTACAO EIRELI

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL POR PARTE DAS SOCIEDADES RECUPERANDAS, EM RAZÃO DE ATRASO NO IMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PERANTE A CREDORA ORA AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE QUE PACTUOU JUNTO ÀS DEVEDORAS A SUA INCLUSÃO NA SUBCLASSE DE CREDITORES COLABORATIVOS. DECISÃO NA QUAL FOI RECHAÇADA A PRETENSÃO DA CREDORA, POR REPUTAR NÃO CONFIGURADA A CONDIÇÃO DE “FORNECEDORA COLABORATIVA FINANCEIRA”.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA.

PRELIMINAR. SUSCITADA INTEMPESTIVIDADE DA MANIFESTAÇÃO DAS SOCIEDADES RECUPERANDAS NA ORIGEM ACERCA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO, NESSA TOADA, DE PRECLUSÃO DA MATÉRIA. TESE RECHAÇADA. DESPACHO ORDINATÓRIO INSTANDO AS REQUERENTES A DIZER, NO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS, SOBRE A SUPOSTA IMPONTUALIDADE NO PAGAMENTO DO CRÉDITO DA AGRAVANTE. RESPOSTA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS 2 (DOIS) DIAS APÓS O DECURSO DO LAPSO CONFERIDO. IRRELEVÂNCIA. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. ADEMAIS, ATRASO TOTALMENTE IRRELEVANTE PARA A APRECIÇÃO DA QUESTÃO PELO JUÍZO A QUO, O QUAL, AINDA QUE FOSSE CASO DE SILÊNCIO DAS EMPRESAS RECUPERANDAS A ESSE RESPEITO, PODERIA E DEVERIA RECHAÇAR O PLEITO DE RECLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO PARA SUBCLASSE PREFERENCIAL, SE CONSTATADA A NÃO SUBSUNÇÃO DO CREDOR À CATEGORIA ALEGADA (NO CASO, DE CREDITORES COLABORATIVOS/PARCEIROS). PREFACIAL REPELIDA.

MÉRITO. SUSTENTADA SUBSUNÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AGRAVANTE À SUBCLASSE DE “CREDITORES COLABORADORES”. TESE ALICERÇADA EM “TERMO DE ADESÃO”, PELO QUAL AS EMPRESAS RECUPERANDAS ANUÍRAM EXPRESSAMENTE COM O ENQUADRAMENTO DA AGRAVANTE NA CONDIÇÃO DE “FORNECEDORA COLABORATIVA FINANCEIRA”. INSUBSISTÊNCIA. ARTIGO 67, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.101/2005 QUE CONDICIONA O TRATAMENTO DIFERENCIADO ALMEJADO A CREDITORES QUE CONTINUEM A PRESTAR ÀS DEVEDORAS SERVIÇOS ESSENCIAIS APÓS O AJUIZAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADEMAIS, EXIGÊNCIA LEGAL DEVIDAMENTE OBSERVADA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO HOMOLOGADO, CUJA MINUTA DISPÕE EXPRESSAMENTE QUE A CONCESSÃO DOS PRIVILÉGIOS QUANTO AO PAGAMENTO A CREDITORES PARCEIROS DEPENDE DA EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR PARTE DESTES DURANTE O PROCESSO DE SOERGUMENTO. INSUFICIÊNCIA, POIS, DA PACTUAÇÃO ENTRE AS PARTES QUANTO À CONDIÇÃO DA AGRAVANTE COMO CREDORA COLABORATIVA. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE PROVA DA

CONCESSÃO DE CRÉDITO OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ASSESSORIA FINANCEIRA PELA AGRAVANTE ÀS RECUPERANDAS DURANTE O TRÂMITE DA RECUPERACIONAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE INVIABILIZA A INCLUSÃO DA RECORRENTE NA SUBCLASSE DESEJADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SOLUÇÃO JURÍDICA APLICADA NO *DECISUM* EM CONSONÂNCIA, OUTROSSIM, COM PARECERES DO ADMINISTRADOR JUDICIAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DECISÃO MANTIDA NO PONTO.

PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ANULAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ALEGAÇÃO DE QUE TERIA SIDO A AGRAVANTE INDUZIDA A ERRO AO VOTAR PELA APROVAÇÃO DO PLANO. TESE REPELIDA. EXIGÊNCIA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PELOS CREDORES COLABORATIVOS DURANTE O PROCESSO DE SOERGIMENTO QUE CONSTA TANTO NA LEI DE REGÊNCIA QUANTO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA OCORRÊNCIA DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO AVENTADO. ÔNUS QUE INCUMBE À PARTE QUE ALEGA.

ALMEJADO AFASTAMENTO DA MULTA APLICADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM FULCRO NO ARTIGO 1.026, § 2º, DA LEI PROCESSUAL CIVIL. ACOLHIMENTO. CARÁTER PROTETÓRIO DOS ACLARATÓRIOS NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA CREDORA RECORRENTE EM ATRASAR O ANDAMENTO DO FEITO. PENALIDADE SUPRIMIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

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 moldes da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Santinvest S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos contra decisão do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Joinville, proferida pelo MM. Juiz Luis Paulo dal Pont Lodetti nos autos da Recuperação Judicial n. 0323798-61.2017.8.24.0038, na qual foi rechaçada pretensão da financeira agravante para que fosse reconhecida como credora colaborativa (com caráter, portanto, preferencial frente aos demais credores) da recuperanda Vogelsanger Pavimentação Eireli, bem como aplicada multa, no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, pela oposição, em face de tal *decisum*, de embargos reputados protetórios (eventos 1153 e 1177, respectivamente).

Nas razões do inconformismo, a agravante relata, inicialmente, que: a) o Plano de Recuperação Judicial das agravadas - aprovado em setembro de 2019 e homologado em maio de 2020 - estabeleceu condições diferenciadas em favor de credores denominados “fornecedores colaborativos financeiros”; b) “*na condição de credora colaborativa – por ter firmado Termo de Adesão específico e por ter votado favoravelmente ao PRJ – compareceu ao feito (evento nº 726), denunciando o descumprimento dos prazos para pagamento (...)*”; c) ato contínuo, as sociedades recuperandas foram intimadas para se manifestar sobre o aludido descumprimento, tendo, porém, deixado transcorrer *in albis* o prazo de 5 (cinco) dias conferido pelo juízo de origem; d) de maneira intempestiva, as agravadas compareceram nos autos, alegando, em suma, que a agravante não se enquadra como “credora colaborativa”; e) sobreveio, então, a decisão agravada, na qual foi acolhida a argumentação das sociedades recuperandas; e f) contra o *decisum* em referência, a agravante opôs, primeiramente, embargos de declaração, os quais foram, na sequência, rejeitados, com a aplicação de multa à embargante no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no artigo 1026, § 2º, do CPC.

Sob tal perspectiva, pugna a recorrente, preliminarmente, por que seja desconsiderada a manifestação das agravadas que ensejou a decisão combatida, porquanto protocolizada a petição de maneira intempestiva, tendo ocorrido, pois, a preclusão sobre a matéria em debate. No mérito, reitera a tese aventada na origem, segundo a qual há prova documental suficiente nos autos de que as agravadas teriam anuído com a inclusão da agravante como “credora colaboradora”. Nessa toada, enfatiza a juntada de “Termo de Adesão”, pelo qual, em suas palavras, “*(...) é possível extrair a totalidade das condições (já aceitas pelas Partes signatárias) que fazem da Agravante uma credora colaborativa*”. Postula, ainda, o afastamento da condenação ao pagamento da multa hasteada no artigo 1026, § 2º, do CPC, ao argumento, em suma, de não cabimento da sanção no caso. Por fim, requer, subsidiariamente, “*(...) seja reconhecido o vício de vontade (erro) para determinar a anulação do PRJ aprovado e determinada a sua reapresentação para votação em assembleia de credores, oportunidade na qual a Santinvest poderá, ciente de que não figurará como credora colaborativa, expressar validamente sua vontade quanto a aprovação, ou não do plano.*”

Em decisão monocrática/interlocutória, este Relator deferiu o pedido de efeito suspensivo ao reclamo, especificamente no que toca ao sobrestamento da multa por litigância de má-fé (evento 7).

Apesar de intimadas, as agravadas não ofertaram contrarrazões.

Por fim, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, opinou por conferir caráter meramente formal a sua intervenção (evento 133).

Por fim, restou indeferido petitório apresentado pelo polo agravado que sustentava a ocorrência de vício no aprazamento da pauta de julgamento, arredando-se sustentada mácula atinente à suposta não intimação para oferta de contrarrazões.

VOTO

Cuida-se, na origem, do processo de recuperação judicial das sociedades ora agravadas, Volgelsanger Pavimentação Ltda. e Terraplenagem e Pavimentação Vogelsanger Ltda, autuado sob o n. 0323798-61.2017.8.24.0038.

No bojo da recuperacional, a credora ora agravante, Santinvest S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos, peticionou nos autos, alegando que: 1) o item 4.3.1.2 do plano de recuperação judicial homologado em juízo estabeleceu a forma de pagamento dos créditos devidos pelas recuperandas aos “Fornecedores Colaborativos Financeiros”; 2) firmou “Termo de Adesão” junto às empresas devedoras formalizando a sua condição de “credora colaborativa financeira”; 3) no entanto, “(...) *em que pese o disposto nos subitens “i” a” vii” do item 4.3.1.2 do PRJ (com destaque ao subitem “v”, que dispõe que o pagamento do Fornecedor Colaborativo Financeiro se iniciaria no prazo de 24h a contar da data da publicação da decisão homologatória do PRJ, que se deu em 03/07/2020), a SANTINVEST ainda não recebeu qualquer valor das recuperandas, mesmo já tendo transcorrido mais de 90 dias da data que marca o início da obrigação de pagar*”; e 4) nesse cenário, houve, portanto, descumprimento do plano de recuperação por parte das sociedades recuperandas (evento 726).

Instadas a se manifestar, as agravadas, em petitório digitalizado no evento 821, negaram a condição da agravante de “credora parceira”. A propósito, alegaram na ocasião que para se cogitar no enquadramento nessa subclasse de credores, “*há que se ter efetiva colaboração, com a prestação de ajuda consistente, verdadeira, aferível, que contribua para superação da crise e para o cumprimento do PRJ. E isto, infelizmente, até o momento, não houve. (...) Diante disso, o que se constata é que o Termo de Adesão firmado pelas partes consiste, no fundo, em um compromisso que, todavia, dependia e depende de consubstanciação através dos meios efetivos de colaboração. Falta-lhe algo que o complete para que se possa pretender o enquadramento como Credor Colaborativo - a efetiva colaboração*”.

Após novo pronunciamento da credora (evento 829), manifestaram-se acerca da controvérsia o Administrador Judicial (evento 1014) e o Ministério Público (parecer em evento 1127), ambos no sentido de que a agravante não se enquadra como fornecedora colaborativa financeira.

Sobreveio, então, a decisão agravada, na qual foi rechaçada a pretensão da financeira agravante para que fosse reconhecida como credora parceira (com caráter, portanto, preferencial frente aos demais credores).

Na insurgência ora *sub examine*, pugna a agravante, preliminarmente, por que seja desconsiderada a objeção das agravadas na origem quanto à arguição do descumprimento do PRJ, ao argumento de que a petição foi protocolizada, naquela ocasião, após o decurso do prazo de 5 (cinco) dias conferido pelo magistrado de origem. Sustenta, com isso, ter ocorrido a preclusão sobre a matéria em debate.

Razão não lhe assiste.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, “A *preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal)*.” (in *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018).

In casu, ao receber a denúncia da financeira credora da ocorrência de descumprimento do PRJ, o douto magistrado de origem determinou, em decisão digitalizada no evento 773, a intimação das sociedades recuperandas, “(...) *para, no prazo de 5 (cinco) dias, juntar aos autos o comprovante de pagamento, conforme plano aprovado, ou, no mesmo prazo manifestar a razão do descumprimento, de forma justificada.*”

Consoante se infere dos autos, a petição das devedoras manifestando-se a esse respeito foi, de fato, protocolizada 2 (dois) dias após o término do quinquídio conferido pelo togado.

Totalmente irrelevante, contudo, o atraso ocorrido.

Primeiro, porque ainda que não se pudesse levar em conta as informações prestadas pelas devedoras no petitório em questão, isso não induziria o acolhimento pelo juízo da tese da credora. Ou seja, em verificando o magistrado a ausência dos requisitos para se reconhecer o caráter de “fornecedora colaborativa”, poderia, e deveria, rechaçar a pretensão da credora, a despeito de eventual inércia das recuperandas. Até mesmo porque, àquela ocasião, nem sequer ainda houvera sido ouvido o Administrador Judicial acerca da questão.

Ademais, não há dúvida de que o prazo (de cinco dias) concedido pelo magistrado para a manifestação das requerentes na oportunidade não possui caráter peremptório, de modo que o seu transcurso *in albis* não implica extinção de direito processual da parte inerte por força de preclusão.

A propósito, registra-se, *mutatis mutandis*, que “O prazo para a manifestação da parte acerca da satisfação do débito não é peremptório, mas dilatatório, de forma que poderá ser ampliado, desde que o magistrado não tenha, até então, reconhecido os efeitos da preclusão e não tenha havido comportamento desidioso do litigante, o que não se tem notícia no caso dos autos.” (AgInt no AREsp 452.338/SP, Rel.^a Min.^a Maria Isabel Galloti, j. em 20.2.2018).

A corroborar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. SINDICATO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (CPC/1973, ART. 269, I). IRRESIGNAÇÃO DO REQUERIDO/PRESIDENTE DA ENTIDADE SINDICAL. ADUZIDA CARACTERIZAÇÃO DA PRECLUSÃO TEMPORAL. TESE REPELIDA. DESPACHO QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA MANIFESTAREM-SE A RESPEITO DO ACORDO CELEBRADO NOS AUTOS DO PROCESSO CAUTELAR. PRAZO MERAMENTE DILATÓRIO. INTERESSE PARTICULAR DOS LITIGANTES. INOBSERVÂNCIA QUE NÃO CONDUZ AO RECONHECIMENTO INARREDÁVEL DA PERDA DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO. PRECEDENTES. - “Conquanto inobservado o dies ad quem, o prazo dilatatório não conduz ao reconhecimento inevitável da preclusão, de modo a se prestigiar a instrumentalidade e a economia processuais.” (Apelação Cível n. 0000930-06.2009.8.24.0019, rel. Des. Álvaro Luiz Pereira De Andrade, j. em 24.01.2019).

APELAÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO (ART. 924, II, DO CPC). INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO PELA SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. VEDAÇÃO À RENÚNCIA TÁCITA DO CRÉDITO EXEQUENDO REMANESCENTE. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA PELO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DOIS DIAS APÓS O TÉRMINO DO PRAZO, MAS ANTES DA DECISÃO. PRAZO DILATÓRIO. PRECLUSÃO AFASTADA. (...) (Apelação Cível n. 0801408-61.2012.8.24.0023, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 21.05.2020).

Apelação cível. Ação de execução de título extrajudicial. Cédula rural pignoratícia e hipotecária. Sentença de extinção do feito, sem resolução do mérito. (...) Juntada de petição, com o comprovante de pagamento, na data da prolação da sentença, mas posteriormente ao lapso estabelecido. Prazo dilatatório e não peremptório. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Observância, ademais, dos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas. Ausência de prejuízo processual à parte contrária, sequer citada. Decisum desconstituído. Prosseguimento do feito no primeiro grau. Recurso provido. (Apelação Cível n. 0304210-25.2015.8.24.0075, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 16.02.2017).

Repele-se, pois, a prefacial suscitada e passa-se à análise do mérito recursal.

Registra-se, preambularmente, a legalidade da criação de subclasse de credores com tratamento diferenciado àqueles prestadores de serviços essenciais, que iniciem ou mantenham relações com as sociedades em recuperação, com o intuito de auxiliá-las em seus processos de reestruturação.

Nessa toada, preceitua o artigo 67, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005:

Art. 67. (...)

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura. (grifou-se).

Do próprio teor do dispositivo em referência, é possível extrair-se, porém, que o tratamento diferenciado em questão depende da efetiva prestação de serviço pelo credor em favor da empresa recuperanda após iniciado o trâmite da recuperação judicial.

Até mesmo porque eventual subsunção de certos credores a condições especiais e diferenciadas de pagamento sem a correspondente contrapartida de sua parte [no caso, a concessão de linha de crédito ou assessoria financeira a preços e condições de pagamento competitivos aos praticados no mercado] acarretaria manifesta vantagem desproporcional àqueles, em detrimento tanto das empresas recuperandas quanto dos demais credores quirografários, em clara afronta ao princípio da paridade entre credores.

Nesse norte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AGRAVADA. INSURGÊNCIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 7. Invalidade das cláusulas 8.2.7.3.1, 8.2.7.3.2., 8.3.6.3.1., 8.3.6.3.2, quando estabelecem condição privilegiada aos credores parceiros sem contraprestação efetiva. O benefício nelas contido só é válido, para as hipóteses em que o crédito for concedido. (...) As cláusulas referentes aos credores colaboradores que os submetem a condições especiais e diferenciadas de pagamento, sem que estejam obrigados ao cumprimento de sua prestação, transferem todos os ônus às recuperadas e ao demais credores, e viola a paridade que deve existir entre eles. Desse modo, na forma como foram estabelecidas, sem qualquer contraprestação, as cláusulas são inválidas; entretanto, não há qualquer óbice para as hipóteses em que o crédito for concedido. (...) (TJSP, Agravo de Instrumento 2057070-43.2020.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. em 10.09.2020).

In casu, conforme bem salientado na decisão combatida, o plano de recuperação judicial das agravadas, já homologado em juízo, também condiciona, de maneira expressa, a concessão da natureza privilegiada dos credores colaboradores à efetiva prestação dos serviços elencados na ocasião.

Ou seja, de acordo com o PRJ, poderão ser enquadrados nessa subcategoria de credores aqueles que: “(...) aprovem o Plano de Recuperação e que, durante o processo de recuperação judicial (a partir da data da homologação do plano de recuperação), concedam à recuperanda crédito por meio de instrumentos de mútuo, fomento, desconto e serviço de cobrança simples de recebíveis junto a tomadores de serviços ou produtos das recuperandas, com ou sem colateralização e, cumulativa ou alternativamente, prestem às recuperandas serviços de assessoria econômico-financeira (...) (e desde que tal crédito e/ou serviço seja efetivamente utilizado pelas recuperandas) (...) (f. 13 do evento 585.1759). “ (evento 1153).

Não obstante, a despeito da formalização - em contrato firmado entre as partes - da condição de credora parceira da agravante, não há nos autos prova de que esta tenha prestado qualquer serviço, seja de crédito seja de assessoria, às agravadas após a homologação do PRJ.

Tenho, portanto, que assiste razão ao douto magistrado de origem ao afirmar que “(...) o mero arrependimento no ajuste, que realizou, daquela forma, por sua conta e risco, não autoriza a conclusão desejada [pela financeira agravante], de que a mera assinatura ao termo de adesão seria suficiente para obtenção dos benefícios.” (evento 1153).

A corroborar, colaciona-se precedente jurisprudencial:

Recuperação judicial. Decisão que rejeitou impugnação de crédito apresentada por banco credor visando à sua classificação na subclasse dos colaboradores. Agravo de instrumento deste. Ausência de provas de liberação de novos recursos à recuperanda após a assembleia de credores. Situação que inviabiliza a inclusão da instituição financeira nesta subclasse. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 2012628-94.2017.8.26.0000, rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 04.10.2017).

Exatamente nesse sentido, aliás, a manifestação do Ministério Público na origem, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Cléber Augusto Hanisch, cujo teor segue *in verbis*:

(...) A fundamentação explanada pela recuperanda e pelo administrador judicial, para desconsiderar a Santinvest como credor colaborativo, está nas condições gerais explicitadas no item 4.3.1.2, em que a concessão de crédito e/ou prestação de serviço de assessoria econômico-financeira deve ser efetivamente realizada a partir da data de homologação do plano de recuperação, devendo existir interesse mútuo entre as partes.

Neste ponto, argumentam que não ocorreram transações entre as partes, não sendo possível considerar a empresa Santinvest como credor colaborativo.

Por seu turno, a referida empresa argumenta que todas as tratativas, inclusive antes da assembleia geral de credores, foram no sentido de considerá-la como credor colaborativo. Tanto o é, que, foi assinado o Termo de Adesão em que consta a Santinvest nesta qualidade. (...)

Constata-se no Plano de Recuperação Judicial aprovado que a classificação como credor colaborativo depende do cumprimento dos seguintes requisitos: a) formalização da colaboração por meio de Termo de Adesão; b) que a partir da homologação do plano de recuperação os credores concedam à Recuperanda crédito ou prestem serviços de assessoria econômico-financeira; c) mútuo interesse; d) utilização do crédito pelas recuperandas.

(...)

Além da celebração do termo de adesão não se vislumbra o cumprimento de qualquer dos outros requisitos necessários para que seja classificada como credor colaborativo.

Em análise aos documentos juntados, verifica-se que as partes negociaram a abertura de limite de crédito para desconto de recebíveis, conforme minuta juntada no evento 829:8, contudo não há notícias de que o contrato tenha sido de fato firmado.

No e-mail encaminhado pela Recuperanda à Credora, após a celebração do Termo de Adesão (evento 829:9), estipulou-se as condições necessárias para que a Santinvest fosse considerada como credora colaborativa:

Para podermos aceitar a Santinvest como credor colaborativo para que a empresa possa se recuperar necessitamos: Que a Santinvest abra um limite de R\$ 2.500.000,00 para antecipações de contratos, sendo que poderíamos fixar uma taxa [sic] de juros atrativos de 1,25% par remuneração, sendo que das operações sejam descontados os valores da parcela acordada proporcionalmente.

No entanto, não há qualquer comprovação de que a credora tenha concordado com as condições pleiteadas pela recuperanda para fornecimento de crédito.

Não se pode negar que consta no Plano de Recuperação Judicial que a aplicação das cláusulas atinente ao credor colaborativo estariam condicionadas ao aceite da recuperanda e a concessão de linhas de crédito e/ou prestação de serviços de assessoria econômico-financeira. (...) (evento 1127).

Por tais razões, deve ser mantida incólume a decisão combatida no ponto.

De outra banda, pretende a agravante, subsidiariamente, a anulação do PRJ, ao argumento de que a sua anuência quanto à aprovação afigura-se eivada de vício de vontade (erro), na medida em que foi levada a acreditar que figuraria como credora colaborativa.

Inviável, todavia, o acolhimento da súplica no ponto.

Conforme visto acima, tanto a Lei n. 11.101/2005 (em seu art. 67, parágrafo único) quanto a própria minuta do plano a cuja aprovação anuiu a agravante são expressos ao estabelecer que o tratamento diferenciado aos credores colaborativos/fomentadores/parceiros depende da efetiva prestação de serviços pelo respectivo credor após o início do procedimento recuperacional, de modo que não é plausível que a instituição financeira tenha sido induzida a erro a esse respeito.

Ademais, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que “*o vício de consentimento não se presume, devendo ser cabalmente demonstrado através de prova escoimada de dúvidas, sem o que não se mostra possível invalidar transação perfeita e acabada, realizada por pessoas maiores, capazes e livres para deliberar sobre suas conveniências*” (AC n. 2010.046445-6, Des. Jorge Luis Costa Beber; AC n. 2010.065398-1, Des. Gilberto Gomes de Oliveira; AC n. 2014.001599-4, Des. Fernando Carioni)” (AC n. 0000676-51.2004.8.24.0005, Des. Newton Trisotto).” (Apelação n. 0316457-47.2018.8.24.0038, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 09.11.2021).

In casu, a arguição do suposto vício de consentimento veio desacompanhada de qualquer prova nesse sentido, sendo, portanto, insuficiente ao desiderato pretendido.

Por fim, melhor sorte socorre a recorrente no que toca ao pretense afastamento da multa aplicada em sede de embargos de declaração, alicerçada no artigo 1.026, § 2º, do CPC, cuja redação segue *in verbis*:

Art. 1.026: (...)

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

Na hipótese, o douto magistrado de origem aplicou a penalidade em questão, por considerar que os aclaratórios opostos pela agravante seriam destinados exclusivamente à rediscussão da matéria abordada na interlocutória atacada.

Com a devida vênia, não vislumbro, porém, a ocorrência da circunstância fática exigida pelo dispositivo legal em testilha para a incidência da respectiva sanção. Ou seja, não se está, a meu ver, diante de oposição de aclaratórios manifestamente protelatórios.

A propósito, “*Conquanto não configurem os embargos aclaratórios meio adequado à rediscussão de questões decididas, especialmente quando inexistente omissão, obscuridade ou contradição no pronunciamento judicial atacado, isso não significa que sejam meramente protelatórios (...)*” (Agravo de Instrumento n. 5013944-09.2021.8.24.0000, rel. Des. Robson Luz Varela, j. em 14.09.2021).

Nos embargos de declaração digitalizados no evento 1172, a agravante suscitou diversos questionamentos acerca de supostas omissões e obscuridades na interlocutória embargada. Além

disso, não se vislumbra sequer vantagem à parte - credora da empresa em recuperação judicial - em retardar o julgamento da questão controvertida (caracterização ou não da condição de credora colaborativa).

Logo, ainda que o juízo de origem tenha reputado ausentes os vícios apontados e ocorrente mera tentativa de rediscussão da matéria pela embargante, não há como se afirmar que o inconformismo teria intuito meramente protelatório.

Nessa toada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) MULTA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ARTIGO 1.026, § 2º, DO CPC/2015). SUSTENTADA AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM, PELO QUE INDEVIDA A SANÇÃO IMPOSTA NA DECISÃO QUE OS REJEITOU. TESE ACOLHIDA. SOMENTE SE CONSIDERA PROTELATÓRIO O RECURSO QUANDO EVIDENTE A INTENÇÃO DE CAUSAR EMBARAÇO E ATRASO NA SOLUÇÃO DA LIDE, OU QUANDO EXISTENTE VIOLAÇÃO DOLOSA AOS DEVERES PROCESSUAIS. HIPÓTESES NÃO OCORRIDAS NO CASO CONCRETO. ACLARATÓRIOS QUE, EMBORA DESVESTIDOS DA MELHOR TÉCNICA JURÍDICA, APONTARAM A EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA DECISÃO RECORRIDA PRETENDENDO A MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO SOBRE PONTO OMISSO NO COMANDO EMBARGADO. MULTA DESCABIDA E, POR ISTO, AFASTADA. (...) (Agravo de Instrumento n. 5014499-26.2021.8.24.0000, rel. Des. Luiz Zanelato, j. em 22.07.2021).

Desse modo, deve ser afastada a penalidade em voga.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos moldes da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **TULIO JOSE MOURA PINHEIRO**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2947617v57** e do código CRC **48a25987**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): TULIO JOSE MOURA PINHEIRO

Data e Hora: 13/12/2022, às 19:6:29

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO Nº 0319829-88.2014.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÂNIO MACHADO

APELANTE: SERGIO SPOTTI (AUTOR)

APELANTE: PME EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA. (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. PRETENSÃO DE SÓCIO PARTICIPANTE DE EXIGÊNCIA DO VALOR DEVIDO PELA SÓCIA OSTENSIVA A TÍTULO DE COMPLEMENTAÇÃO DE LUCROS E DE RETORNO DE CAPITAL INVESTIDO EM EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. PRODUÇÃO DA PROVA ORAL QUE FOI INDEFERIDA, ENCERRANDO-SE A INSTRUÇÃO SEM QUALQUER OBJEÇÃO DA REQUERIDA. OPORTUNIDADE PARA PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL QUE TAMBÉM FOI CONCEDIDA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO DO SÓCIO PARTICIPANTE QUE NÃO FICA INVIABILIZADO EM FACE DA ALEGAÇÃO DE QUE AINDA NÃO TERIA HAVIDO A “COMERCIALIZAÇÃO DA ÚLTIMA UNIDADE IMOBILIÁRIA” SE TODAS AQUELAS APONTADAS PELA SÓCIA OSTENSIVA NA CONDIÇÃO “EM ESTOQUE” JÁ FORAM VENDIDAS OU DISTRIBUÍDAS ENTRE OS SÓCIOS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS NÃO RELACIONADAS AO CUSTO DA OBRA QUE INCUMBE À SÓCIA OSTENSIVA, O QUE COMPREENDE AS DESPESAS ADMINISTRATIVAS, ATÉ PORQUE É POR ESTE MOTIVO QUE ELA FAZ JUS À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. ART. 991 DO CÓDIGO CIVIL. EXAME DO CUSTO DO EMPREENDIMENTO E, INCLUSIVE, DAS “PROVISÕES CONTÁBEIS” REALIZADAS NO TOCANTE AO PERÍODO POSTERIOR À CONSTRUÇÃO QUE SE FEZ POR MEIO DE PERÍCIA. MANIFESTAÇÕES SOBRE O LAUDO QUE FORAM RESPONDIDAS PELO PERITO NOMEADO, SENDO OS ESCLARECIMENTOS APRESENTADOS SUFICIENTES PARA SANAR AS DÚVIDAS APONTADAS. PREVALÊNCIA DO LAUDO PERICIAL, CUJA ELABORAÇÃO FOI REALIZADA POR PROFISSIONAL HABILITADO E IMPARCIAL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É MANTIDA. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE OBSERVOU A ORIENTAÇÃO QUE VEM DA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.746.072/PR. MAJORAÇÃO DA VERBA EM RAZÃO DO TRABALHO REALIZADO PELOS ADVOGADOS NAS CONTRARRAZÕES. ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSOS DESPROVIDOS.

ACÓRDÃO

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 aos recursos, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Sérgio Spotti ajuizou “ação de rito ordinário c/c antecipação dos efeitos da tutela” contra PME Empreendimentos Imobiliários Ltda. sob a alegação de que, em dezembro de 2009, firmou com a requerida “Instrumento Particular de Contrato Social de Sociedade em Conta de Participação” para construção do empreendimento imobiliário residencial e comercial “Il Colosseo” no Bairro Pedra Branca, na cidade de Palhoça/SC; na condição de “sócio participante”, obrigou-se a integralizar capital (no valor de R\$756.000,00), a prestar assessoria e a participar do processo decisório, quando solicitado pela requerida; ocorre que, embora o empreendimento tenha sido concluído em agosto de 2012, sendo convencionado no dia 17 daquele mês o retorno parcial do capital investido e a distribuição parcial dos lucros, não concorda com as contas prestadas pela requerida, que apresentaram custos muito acima do orçamento da obra nos dois últimos meses de construção. Assim, porque tais custos não foram esclarecidos, pleiteou a: a) antecipação da tutela para determinar a averbação nas matrículas dos imóveis da existência desta ação e proibir a sua alienação a terceiros ou que sejam “gravados com qualquer tipo de ônus” e; b) condenação da requerida a complementar o valor de retorno do capital e a distribuição de lucros.

A antecipação da tutela foi indeferida (evento 5) e a requerida ofereceu contestação (evento 23) e juntou documentos (evento 25), que foram impugnados (evento 31). As partes apresentaram manifestações (eventos 37 e 43), o incidente de impugnação ao valor da causa foi acolhido para retificar aquele indicado pelo autor, devendo constar o valor de R\$2.070.540,00 (dois milhões e setenta mil, quinhentos e quarenta reais) (fls. 9/10 dos autos n. 0319829-88.2014.8.24.0023/00001 do SAJ), e a realização da prova pericial foi deferida, nomeando-se perito (evento 47).

O laudo pericial foi entregue (evento 105) e as partes apresentaram manifestações (eventos 111 e 112). O perito nomeado complementou o laudo pericial (evento 118) e, após as manifestações das partes (eventos 122 e 123), respondeu aos questionamentos apresentados (evento 142). A requerida formulou quesitos suplementares (evento 146) e o autor aplaudiu o laudo do perito do juízo (evento 147), bem ainda insistiu no pedido de tutela de urgência para determinar a averbação da existência da presente ação nas matrículas n. 64.910/6 e n. 64.918/9 do cartório de registro de imóveis da comarca de Palhoça (evento 155). O perito complementou o laudo pericial (evento 156) e a tutela de

urgência foi deferida (evento 162). A requerida impugnou o laudo pericial complementar (evento 171) e, irresignada, interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão do evento 155 (evento 178), que foi desprovido pela Quarta Câmara de Direito Civil (evento 198).

Após o autor oferecer manifestação concordando com o laudo pericial complementar (evento 174) e ter pleiteado o julgamento da lide (evento 184), a requerida pleiteou a produção da prova oral (evento 197), que foi indeferida (evento 200), e as partes apresentaram alegações finais (eventos 204 e 205). Na sequência, o digno magistrado Yannick Caubet proferiu sentença (evento 207), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto, confirmo a decisão que concedeu a tutela de urgência e **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos** deduzidos por SERGIO SPOTTI em face de PME EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, para **CONDENAR a requerida a pagar ao autor a quantia de R\$1.057.442,75 (um milhão, cinquenta e sete mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e setenta e cinco centavos)**, a título de retorno de capital e distribuição de lucros relativos ao empreendimento ‘Il Colosseo’, corrigida monetariamente pelo INPC a contar da data a que se refere o cálculo do laudo pericial complementar definitivo (31.8.2019 - evento 156, doc. 389, p. 50) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Diante da sucumbência recíproca, levando-se em consideração a quantia pretendida pelo autor na inicial e que inclusive motivou o acolhimento da impugnação ao valor da causa, deverão as partes arcar com o pagamento das custas e honorários periciais e advocatícios, na proporção de 50% cada. Fixo os honorários advocatícios em dez por cento do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.” (o grifo está no original).

Os embargos de declaração opostos pelo autor (evento 211) e pela requerida (evento 215) foram rejeitados (evento 223).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação cível (evento 229) sustentando a necessidade da imposição do ônus da sucumbência à requerida, com exclusividade.

Inconformada, a requerida também interpôs recurso de apelação cível (evento 237) argumentando com a: a) nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide sem a realização da prova oral e a juntada de novos documentos; b) correta distribuição antecipada de lucros; c) impossibilidade do encerramento da sociedade e da distribuição total dos lucros se ainda não foi comercializada a última unidade do empreendimento com recebimento de mais de 80% (oitenta por cento) do valor deste, conforme o previsto no parágrafo quarto da cláusula quinta do contrato celebrado pelas partes; d) inviabilidade da responsabilização exclusiva da sócia ostensiva pelo pagamento de “indenizações, verbas trabalhistas, fiscais, previdenciárias, etc.”, que devem ser consideradas como “custos e/ou despesas do empreendimento”, no caso, as “provisões futuras” que obstam o encerramento da sociedade; e) indevida baixa de “provisões contábeis” pelo perito nomeado, que também “não considerou como custo do empreendimento a Taxa de Administração (...) de 15% prevista no contrato” e ainda expurgou todas as despesas administrativas

dos anos de 2009 a 2011 por insuficiência de documentos, apesar destes terem sido entregues e; f) necessidade da majoração do valor fixado para os honorários advocatícios.

Os apelados apresentaram respostas (eventos 240 e 242) e os autos vieram a esta Corte, sendo distribuídos para a Quarta Câmara de Direito Civil, sob a relatoria do desembargador Luiz Felipe S. Schuch, que determinou a sua redistribuição ao desembargador José Agenor de Aragão, por prevenção (evento 10 do eproc2g). Na sessão do dia 25.11.2021, a Quarta Câmara de Direito Civil não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição para uma das Câmaras de Direito Comercial (evento 25 do eproc2g), vindo conclusos.

VOTO

A sentença não é nula e, tampouco, o direito da requerida à defesa foi cerceado em razão da prova oral não ter sido realizada. Afinal, o pedido de produção da prova (evento 197) foi indeferido pela magistrada por decisão irrecorrida (evento 200). Sabe-se que ao juiz assiste o poder discricionário de valorar a prova e dizer a respeito da necessidade dela para a formação do seu convencimento motivado (arts. 370 e 371, ambos do Código de Processo Civil de 2015). Então se a dispensou e a parte interessada na produção da prova mostrou-se conformada, a reabertura da discussão do tema fica inviabilizada pela preclusão (art. 507 do Código de Processo Civil de 2015).

Os documentos, por sua vez, deveriam ter acompanhado a contestação (art. 434 do Código de Processo Civil de 2015), não se admitindo a juntada em momento posterior, exceto se novos (art. 435 do Código de Processo Civil de 2015). De qualquer modo, a oportunidade para juntada de documentos foi concedida, tendo a requerida questionado por 4 (quatro) vezes o laudo do perito judicial (eventos 112, 123, 146 e 171) com a exibição de documentos em 2 (duas) delas, que foram sempre considerados.

Consta que as partes constituíram sociedade em conta de participação em 22.12.2009 tendo por objeto a implementação e construção do empreendimento “Il Colosso”, nela figurando na condição de “sócia ostensiva” a requerida e como “sócio participante” o autor (“Informação 3”, evento 1). E, no parágrafo quarto, do contrato social assim ficou estabelecido em relação à distribuição dos lucros:

“Os lucros apurados, deduzidos todos os custos obtidos com a execução do empreendimento, tais como, taxas, emolumentos, tributos, contratações, taxa de administração para a **SÓCIA OSTENSIVA** conforme citada no parágrafo sexto, distribuições mensais para o **SÓCIO PARTICIPANTE** conforme citado no parágrafo quinto, corretagem, materiais, seguros, juros bancários, etc.; serão distribuídos entre os sócios, no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada uma; após a comercialização da última unidade imobiliária e desde que já tenha sido recebido 80% (oitenta por cento) do valor do empreendimento.» (o grifo está no original) (fl. 3 da «Informação 3», evento 1).

Do que se viu, “os lucros apurados” seriam distribuídos somente “após a comercialização da última unidade imobiliária e desde que já tenha sido recebido 80% (oitenta por cento) do valor do empreendimento”.

E com o propósito de demonstrar que não houve “a comercialização da última unidade imobiliária”, a requerida apresentou a “tabela de vendas” em que se verifica a situação das unidades n. 706, n. 708, n. 802, n. 803, n. 806, n. 901 e n. 902 como em “estoque” (“Informação 127”, evento 37). Ocorre que todas estas unidades já foram vendidas ou distribuídas entre os sócios, conforme o que foi constatado pelo perito nomeado (itens n. 7 e 11, fls. 17 e 20 da “Petição 193”, evento 105) e nada está a indicar que não teria havido o pagamento do preço. Logo, o contrato foi, sim, observado, sendo viável a distribuição de lucros, pouco importando o fato de o perito ter constatado a existência de 2 (duas) vagas de garagem “em estoque” (item n. 8, fl. 17 da “Petição 193”, evento 105) se, para a requerida, estas não foram contabilizadas como unidades imobiliárias.

A alegação pela requerida, de que não poderia ser responsabilizada, com exclusividade, pelo pagamento de “indenizações, verbas trabalhistas, fiscais, previdenciárias, etc.” (parágrafo n. 75 da “Apelação 1”, evento 237), é refutada pela cláusula quarta, “a”, do contrato social, e pelo art. 991 do Código Civil:

“Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.”

Ora, o sócio ostensivo é o único responsável pelos atos de gestão do empreendimento, o que compreende todas as despesas não relacionadas ao custo da construção em si, dentre as quais as indenizações e os encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários.

A respeito da responsabilidade do sócio ostensivo, colhe-se a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

“O sócio que figurar no contrato social e que tem toda a responsabilidade patrimonial e pessoal é chamado de *sócio ostensivo*, sendo os ocultos denominados *sócios participantes*. Tanto os sócios ostensivos como os ocultos podem ser uma ou várias pessoas. Portanto, há duas relações jurídicas que nascem dessa espécie de contrato: uma entre o sócio ostensivo e os terceiros que com ele celebram contratos empresariais e outra entre o sócio ostensivo e os sócios participantes. Assim, no caso de inadimplemento de uma obrigação perante fornecedor, por exemplo, é do sócio ostensivo exclusivamente a responsabilidade patrimonial, observado, é claro, o regime societário pelo qual a atividade empresarial é por ele explorada. Poderá, entretanto, o sócio ostensivo voltar-se contra os sócios participantes se houver previsão do regresso pactuado no contrato participativo.” (*Código civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 902).

E, sobre os encargos fiscais, Arnaldo Rizzardo complementa:

“Considerando que unicamente o sócio ostensivo aparece, apenas ele exerce a atividade constitutiva do objeto social, somente ele é o obrigado tributário, ou na sua pessoa recai a responsabilidade. Daí incumbe-lhe reter os valores concernentes ao imposto. Observa Bernardo Lopes Portugal: ‘Todos os tributos são calculados e recolhidos pelo sócio ostensivo, sendo que também a responsabilidade tributária estende-se apenas a este. Entretanto, a apuração de tais tributos devidos pela pessoa jurídica equiparada – Sociedade em Conta de Participação – é feita independentemente da pessoa jurídica ostensiva.’” (*Direito de empresa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92).

De outro tanto, com base no teor da cláusula quarta, “c”, do contrato social, que prevê a obrigação da requerida de “Custear a infraestrutura necessária para a implantação, administração e execução dos serviços contratados, utilizando-se de recursos próprios ou oriundos da própria parceria” (fl. 2 da “Informação 3”, evento 1), o perito nomeado bem discriminou a responsabilidade da sócia ostensiva pelo custeio das despesas administrativas, o que inviabiliza a pretensão de incluir a taxa de administração prevista na cláusula quinta, parágrafo sexto, do contrato social dentre os custos do empreendimento:

“Pelo contrato assinado é de responsabilidade do sócio ostensivo as despesas administrativas, pois, cobra a taxa de administração da obra juntamente para administrá-la não cabendo a cobrança de despesas administrativas. (...)

Assim, não restam dúvidas que o contrato assinado pelas partes imputa à responsabilidade do custeio das despesas administrativas exclusivamente à Sócia Ostensiva e Ré PME Empreendimentos Imobiliários LTDA.

Desta forma, merece reparo nos relatórios contábeis apresentados, desconsiderando as despesas administrativas como parte da obra e também reduzindo os 15% cobrados ao longo dos exercícios.” (fl. 32 do “Laudo/perícia 389”, evento 156).

De igual modo, não se revela indevida a baixa de “provisões contábeis” pelo perito nomeado se, para tanto, foram apresentadas justificativas suficientes no item 8.2 do laudo complementar apresentado no evento 156 e a requerida não logrou justificar sua manutenção.

A alegação de que o expurgo das despesas administrativas dos anos de 2009 a 2011 por insuficiência de documentos seria indevido, por sua vez, nunca foi refutada por documentos que evidenciassem o contrário. Afinal, não se mostra crível que o perito nomeado teria deixado de considerar documentos relevantes, recaindo sobre a requerida o ônus de demonstrar quais despesas foram ignoradas e a sua prova documental, o que nunca foi satisfeito.

Ademais, o juiz não está adstrito ao laudo pericial (art. 479 do Código de Processo Civil de 2015), uma vez que a convicção emana do exame conjunto de toda a prova produzida (art. 371 do Código de Processo Civil de 2015). Mas, se conclusivo e coerente o laudo apresentado pelo perito

nomeado pelo juízo, nada impede que ele seja acolhido na íntegra (recurso especial n. 670.255/RN, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro Luiz Fux, j. em 28.3.2006). A sua desconsideração é que importará no dever de fundamentação por parte do julgador (recurso especial n. 802.568/SP, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora a ministra Denise Arruda, j. em 26.9.2006). A propósito, confira-se: agravo de instrumento n. 2013.036269-4, da Capital - Continente, Terceira Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Fernando Carioni, j. em 15.04.2014.

No caso, os argumentos postos pela requerida não são suficientes para derruir o que foi considerado pelo auxiliar do juízo, não sendo ignorado o fato de que se trata de profissional habilitado e imparcial.

A distribuição do ônus da sucumbência realizada em primeiro grau é mantida, pois os litigantes foram vencedores e vencidos em igual proporção (convém enfatizar que o pedido inicial é somente condenatório e, levando-se em consideração o valor da causa, R\$2.070.540,00, o direito de crédito efetivamente reconhecido, R\$1.057.442,75, corresponde aproximadamente à metade daquele pretendido), o que justificou a aplicação da regra prevista no art. 86, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

O arbitramento dos honorários advocatícios realizado na sentença em 10% (dez por cento) do valor da condenação, observada a mesma proporção prevista para o pagamento das custas processuais, mostra-se suficiente e necessário à digna remuneração do causídico, além do que está em conformidade com a orientação que vem da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do recurso especial n. 1.746.072, do Paraná, relator para o acórdão o ministro Raul Araujo, na sessão de 13.2.2019. Contudo, em razão da necessidade de remuneração do trabalho realizado nas contrarrazões (§ 1º e 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios fixados em primeiro grau são majorados em 1% (um por cento) do valor da causa (§ 2º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015), observada a proporção estabelecida na sentença.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento aos recursos.

Documento eletrônico assinado por **JANIO DE SOUZA MACHADO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **1808029v43** e do código CRC **5f30f8c1**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JANIO DE SOUZA MACHADO

Data e Hora: 28/7/2022, às 19:29:23

APELAÇÃO Nº 5035458-35.2020.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÂNIO MACHADO

APELANTE: ADELAIDE PEREIRA SENFF (AUTOR)

APELADO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. (RÉU)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE/INEXIGIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS”. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM FUNDAMENTO NOS ARTIGOS 321, PARÁGRAFO ÚNICO, E 485, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCUMPRIMENTO DA ORDEM DE REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL POR MEIO DA APRESENTAÇÃO DE PROCURAÇÃO COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO. PROVIDÊNCIA DESNECESSÁRIA, EM SE CONSIDERANDO QUE O INSTRUMENTO DE MANDATO QUE ACOMPANHA A PETIÇÃO INICIAL PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 105 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E DO ARTIGO 654 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AFASTAMENTO DO MOTIVO QUE ENSEJOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. CAUSA QUE SE ENCONTRA EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1.013, § 3º, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INVIABILIDADE DA REUNIÃO DE AÇÕES SE UMA DELAS JÁ FOI JULGADA E INEXISTE O “RISCO DE PROLAÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES OU CONTRADITÓRIAS”. ARTIGO 55, §§ 1º E 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, E SÚMULA 235 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LITISPENDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 337 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA AFASTADA. ARTIGO 292, INCISOS II, V E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. ARTIGO 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA CAPACIDADE FINANCEIRA DA APELANTE QUE IMPEDE A REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE DESCONTO EFETUADO NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA APELANTE. CONSULTA AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO QUE REVELA A EXCLUSÃO DO CONTRATO E DO RESPECTIVO DESCONTO EM DATA ANTERIOR ÀQUELA PREVISTA PARA O INÍCIO DOS DESCONTOS DAS PARCELAS. APELANTE QUE DEIXOU DE JUNTAR O “EXTRATO DE PAGAMENTO” OU OUTRO DOCUMENTO QUE COMPROVASSE O EFETIVO DESCONTO DO VALOR NO SEU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, CONFORME O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, QUE NÃO É ABSOLUTA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES NÃO EVIDENCIADA NO CASO CONCRETO. PREVALÊNCIA DA REGRA ORDINÁRIA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE CONDUTA PROCESSUAL DOLOSA OU INTENÇÃO MALICIOSA. INAPLICABILIDADE DOS ARTIGOS 80 E 81 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INVOCADA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO PROCURADOR DA MUTUÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É IMPOSTO À LITIGANTE VENCIDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 85, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE

2015, OBSERVANDO-SE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA À MUTUÁRIA. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA E, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.013, § 3º, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

ACÓRDÃO

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, dar provimento ao recurso para anular a sentença e, com fundamento no artigo 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, julgar improcedente o pedido inicial, condenando a apelante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que são arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, não se olvidando da concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Adelaide Pereira Senff ajuizou “ação declaratória de nulidade/inexigibilidade de desconto em folha de pagamento cumulada com repetição de indébito e danos morais” contra Banco Santander (Brasil) S/A sob o fundamento de que não se recorda de ter realizado os inúmeros empréstimos constantes do seu benefício previdenciário, mostrando-se indevido o desconto referente ao “contrato n. 349652716 – início em 04/2019 no valor de R\$ 1.932,33 – a ser quitado em 60 parcelas de R\$ 59,05 – contrato excluído com 01 parcela descontada”, a razão de ter pleiteado a restituição em dobro do indébito e o pagamento de indenização por danos morais.

Declarada a competência do juiz de direito da 5ª vara cível da comarca de Joinville (eventos 8, 15 e 22), o benefício da justiça gratuita foi deferido (evento 29).

A instituição financeira ofereceu contestação (evento 33), sobrevindo a impugnação (evento 37).

O digno magistrado determinou a intimação da autora para juntar procuração com firma reconhecida em razão dos inúmeros processos similares e ajuizados contra instituições financeiras, informar se recebeu, ou não, e quanto, do valor do empréstimo sob pena de litigância de má-fé, bem ainda esclarecer o contrato de cada uma das demandas para averiguação de eventual litispendência ou conexão (evento 45).

Após a manifestação da autora (evento 55), a instituição financeira requereu a improcedência, a extinção ou o sobrestamento do processo “em razão de possível prática de advocacia predatória e consequente inutilidade da prestação jurisdicional”, com a condenação nas penas por litigância de má-fé (evento 56).

Na sequência, o ilustre magistrado Edson Luiz de Oliveira proferiu sentença nos seguintes termos:

“Ante o exposto, o mais que dos autos consta e o direito aplicável à espécie, indefiro a petição inicial, na forma do art. 321, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil, para julgar extinto o presente feito, com espeque no art. 485, inciso VI, do mesmo Estatuto Processual.

Custas *ex lege*.

P.R.I. Arquive-se, após.” (evento 60).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (evento 65) sustentando a validade da procuração que acompanhou a petição inicial.

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida (evento 71) e, sem a resposta do apelado (evento 77), os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A presente ação foi ajuizada com o objetivo de declarar a nulidade de desconto realizado em benefício previdenciário, obter a restituição em dobro do indébito e condenar a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais.

Na sentença, diante do descumprimento da ordem de juntada de procuração com firma reconhecida em cartório, a petição inicial foi indeferida, julgando-se extinto o processo, com fundamento nos artigos 321, parágrafo único, e 485, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015 (evento 60).

O artigo 105 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que:

“Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

§ 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei.

§ 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

§ 3º Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome dessa, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

§ 4º Salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença."

Lembre-se que no artigo 38 do Código de Processo Civil de 1973, com a redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, já não havia a exigência do reconhecimento de firma na procuração, o que foi mantido pela atual legislação.

O artigo 654 do Código Civil de 2002 também dispõe sobre o mandato:

"Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.».

Do que se viu, o instrumento de mandato que acompanha a petição inicial preenche os requisitos legais, até porque a assinatura constante da procuração é semelhante àquela posta na carteira de identidade e a apelante outorgou poderes ao advogado Luiz Fernando Cardoso Ramos para atuar em juízo, especialmente para "realizar pedidos administrativos junto à autarquia e instituição financeira, bem como para propor ações em desfavor de todas instituições bancárias que achar pertinentes, podendo ainda, ajuizar demandas em desfavor dos órgãos de proteção ao consumidor e empresa de proteção ao crédito" (evento 1, procuração 2 e identidade 4).

Então, a providência exigida pelo magistrado mostra-se desnecessária, o que vem sendo afirmado na Corte:

"APELAÇÃO CÍVEL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL ANTE A AUSÊNCIA DA JUNTADA DE PROCURAÇÃO ATUALIZADA, COM PODERES ESPECÍFICOS E FIRMA RECONHECIDA. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM LEI. EXCESSO DE FORMALISMO E OFENSA AO ACESSO À JUSTIÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. PROVIMENTO DO RECURSO." (apelação cível n. 5053125-97.2021.8.24.0038, Primeira Câmara de Direito Comercial, relatora a desembargadora Andrea Cristina Rodrigues Studer, j. em 21.7.2022).

Some-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC) C/C INDENIZATÓRIA. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. MAGISTRADO DA ORIGEM QUE DETERMINOU A EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL COM A JUNTADA DE PROCURAÇÃO ATUAL ACOMPANHADA POR FIRMA RECONHECIDA PELA PARTE AUTORA. DOCUMENTO QUE INSTRUIU A INICIAL QUE CUMPRIU OS REQUISITOS DISPOSTOS NO ARTIGO 105 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIDÊNCIA DETERMINADA NO PRIMEIRO GRAU QUE NÃO ENCONTRA PREVISÃO LEGAL E CONFIGURA EXCESSO DE FORMALISMO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA E RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO NO PRESENTE CASO.” (apelação cível n. 5000474-68.2022.8.24.0001, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Salim Schead dos Santos, j. em 27.9.2022).

Ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINATÓRIA DE DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO C/C COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, I, DO CPC, EM RAZÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DE PROCURAÇÃO COM FIRMA RECONHECIDA E PODERES ESPECÍFICOS PARA O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. RECURSO DA PARTE AUTORA. AVENTADA AUSÊNCIA DE QUAISQUER VÍCIOS NA PROCURAÇÃO. SUBSISTÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 105, CAPUT, DO CPC CUMPRIDOS. CLÁUSULA AD JUDICIA EXPRESSA, ALÉM DE TANTOS OUTROS PODERES E FINALIDADE DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE DA FIRMA RECONHECIDA. EXIGÊNCIA REQUERIDA PELO MAGISTRADO A QUO QUE CONFIGURA EXCESSO DE FORMALISMO. ÓBICE AO ACESSO À JUSTIÇA. APELO PROVIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA, COM A NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES ENSEJADORAS DA MAJORAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (apelação cível n. 5001748-53.2022.8.24.0038, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Dinart Francisco Machado, j. em 6.10.2022).

Mais:

“APELAÇÃO. ‘AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE/INEXIGIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/AUSÊNCIA DO EFETIVO PROVEITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS’. SENTENÇA QUE EXTINGUIU A ACTIO, NOS TERMOS DO ART. 485, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, POR NÃO TER A PARTE AUTORA JUNTADO PROCURAÇÃO ESPECÍFICA AOS AUTOS E COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO. RECURSO DO POLO DEMANDANTE. ALMEJADA CASSAÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA. ACOLHIMENTO. ORDEM DE EMENDA EQUIVOCADA NO CASO. PROCURAÇÃO GERAL PARA O FORO, OUTORGADA POR INSTRUMENTO PARTICULAR, ASSINADA PELA PARTE QUE HABILITA O PATRONO A ATUAR NO PRESENTE FEITO, NOS TERMOS DO ART. 105 DO DIPLOMA

PROCESSUAL CIVIL. PRECEDENTES, INCLUSIVE DESTA CORTE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA QUE SE DÊ REGULAR PROSSEGUIMENTO AO FEITO. RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO.” (apelação cível n. 5000831-09.2020.8.24.0166, Quarta Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Tulio Pinheiro, j. em 4.10.2022).

O afastamento do fundamento que justificou a extinção da demanda permite que a Câmara aprecie, desde logo, o mérito porque a causa encontra-se “madura”, nos termos do artigo 1.013, § 3º, inciso I, Código de Processo Civil de 2015.

A apelante ajuizou, além da presente, as ações n. 5043747-54.2020.8.24.0038, n. 5043752-76.2020.8.24.0038, n. 5043775-22.2020.8.24.0038, cada uma delas fazendo referência a contrato com número distinto, conforme se verifica na consulta de empréstimo consignado (evento 1, extrato 7).

A regra que dita a reunião de processos distintos é providência que se adota por mera conveniência do Judiciário e encontra justificativa na necessidade de evitar-se julgamentos contraditórios. No caso concreto, a despeito da identidade de partes, os objetos são diversos, nada justificando a reunião das ações em face do disposto no artigo 55, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015 e na súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 337 do Código de Processo Civil de 2015 diz haver litispendência “quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” (§ 1º) e “se repete ação que está em curso” (§ 3º) e que “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (§ 2º). Logo, com dito anteriormente, as ações possuem objetos distintos, o que afasta a alegada litispendência.

A impugnação ao valor da causa não merece prosperar. Assim se diz porque o valor atribuído à causa (R\$10.144,80) corresponde ao somatório das quantias pretendidas a título de dano material (R\$144,80) e moral (R\$10.000,00), estando em consonância com o artigo 292, incisos II, V e VI, do Código de Processo Civil de 2015.

A prévia reclamação na via administrativa ou por meio da plataforma digital “consumidor.gov.br” não é pressuposto para o ajuizamento da ação declaratória de nulidade/inexistência de relação jurídica, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (confira-se o agravo de instrumento n. 5053676-94.2021.8.24.0000, Quinta Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Roberto Lucas Pacheco, j. em 24.2.2022).

A impugnação ao benefício da justiça gratuita não veio acompanhada de novos elementos de prova que justifiquem a alteração do que foi decidido em primeiro grau (evento 29). Afinal, a revogação da benesse pressupõe a existência de prova robusta da capacidade financeira da apelante para arcar com as despesas do processo, o que nunca foi demonstrado pela instituição financeira.

A apelante sustentou a nulidade do desconto efetuado em seu benefício previdenciário referente ao “contrato n. 349652716 – início em 04/2019 no valor de R\$ 1.932,33 – a ser quitado em 60 parcelas de R\$ 59,05 – contrato excluído com 01 parcela descontada” (evento 1).

O exame atento do documento nominado de “consulta de empréstimo consignado” revela que no contrato n. 349652716 (valor emprestado de R\$1.932,33 e valor da parcela de R\$59,05) consta como início do desconto em 04/2019 e fim do desconto em 03/2019, bem ainda como data de inclusão em 9.3.2019 e data de exclusão em 28.3.2019, além da situação “excluído” (evento 1, extrato 7).

Logo, diante da exclusão do contrato no mês de março de 2019, antes mesmo da data prevista para o início dos descontos (abril de 2019), é certo que não houve qualquer valor deduzido do benefício previdenciário da apelante.

Aliás, na contestação, a instituição financeira afirmou que a proposta do contrato n. 349652716 não foi formalizada (evento 33, contestação 1, fl. 13), tendo a apelante, na réplica, feito a singela menção de que no extrato apresentado consta “parcela/total” “01/60” (evento 37, fl. 6).

Contudo, tal informação, por si só, não comprova o efetivo desconto de 1 (uma) parcela no benefício previdenciário da apelante, especialmente porque os demais elementos da referida consulta demonstram o cancelamento do contrato em data anterior ao início previsto para os descontos. Ademais, cabia à apelante provar a existência do efetivo desconto da parcela no seu benefício previdenciário, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, bastando a simples juntada do “extrato de pagamento” dos meses de março ou abril de 2019, com o desconto do valor de R\$59,05 (cinquenta e nove reais e cinco centavos).

Não se desconhece que a inversão do ônus da prova, em tema abrigado pelo Código de Defesa do Consumidor, constitui eficiente e idôneo meio de apuração dos fatos controvertidos e postos a exame pelo juiz. Porém, ainda que a relação contratual esteja submetida à legislação de proteção ao consumidor (súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça), a inversão absoluta do ônus da prova, no caso examinado, não se mostra possível.

Então, prevalece a distribuição do ônus probatório ditado pela legislação processual civil: à autora incumbe o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao requerido a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (artigo 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015).

Lembre-se que a inversão do ônus da prova assegurada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pressupõe, também, a verossimilhança da alegação da hipossuficiente, o que não se verifica nos autos. Além disso, o instituto tem apenas o objetivo de facilitar a defesa dos direitos da hipossuficiente, não se confundindo com a isenção do ônus (a consumidora não está desobrigada de exhibir em juízo a prova que possui ou pode produzir com facilidade).

Portanto, ausente o efetivo desconto no benefício previdenciário da apelante em razão do cancelamento do contrato, mostra-se inviável o acolhimento dos pedidos de repetição do indébito e de indenização por danos morais.

Ultimando, registra-se que o pedido de condenação da apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé é rejeitado. Afinal, não se vislumbra o comportamento malicioso da apelante

para o fim de justificar a imposição da referida penalidade, podendo-se afirmar que exerceu simples prerrogativa constitucional de levar à apreciação do Judiciário o argumento que considera válido para a defesa do que acredita ser seu direito violado (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal).

A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery definem o litigante de má-fé, a hipótese não retratada nos autos:

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 5.º”. (*Código de processo civil comentado*. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 496).

O pleito de condenação do procurador da mutuária na penalidade por litigância de má-fé é afastado se os advogados não estão sujeitos à aplicação desta penalidade em razão de sua atuação profissional, devendo o órgão de classe apurar eventual responsabilidade disciplinar decorrente de atos praticados no exercício de suas funções (recurso ordinário em mandado de segurança n. 59.322, de Minas Gerais, Quarta Turma, relator o ministro Antônio Carlos Ferreira, j. em 5.2.2019). Ademais, se for do interesse do apelado, poderá dirigir-se à autoridade policial, ao Ministério Público ou à OAB/SC, lá pleiteando o que entender seja mais conveniente, porque são providências que não reclamam a participação do Judiciário.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso para anular a sentença e, com fundamento no artigo 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, julgar improcedente o pedido inicial, condenando a apelante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que são arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, não se olvidando da concessão do benefício da justiça gratuita.

Documento eletrônico assinado por **JANIO DE SOUZA MACHADO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2851367v60** e do código CRC **795ed06b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JANIO DE SOUZA MACHADO

Data e Hora: 17/11/2022, às 18:14:11

APELAÇÃO Nº 5002332-09.2021.8.24.0054/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÂNIO MACHADO

APELANTE: PRODHIGI INTERNACIONAL COMERCIO, REPRESENTACAO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA (AUTOR)

APELADO: GLR SERVICOS COMBINADOS DE ESCRITORIO EIRELI (RÉU)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA FUNDADO NA IMPONTUALIDADE INJUSTIFICADA. ARTIGO 94, INCISO I, DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES LÍQUIDAS MATERIALIZADAS EM DUPLICATAS DE VENDA MERCANTIL PROTESTADAS. PROVIDÊNCIA DE NATUREZA EXTREMA QUE NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA NO INTERESSE DE CREDOR INDIVIDUALIZADO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA QUE SE SOBREPÕE AO INTERESSE DO CREDOR INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE DE USO DO PROCESSO DE FALÊNCIA COM A FINALIDADE DE COBRANÇA DE DÍVIDA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DO TRABALHO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO PELOS ADVOGADOS DA APELADA. ARTIGO 85, §11, DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 pelos advogados da apelada (§§1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios arbitrados são majorados em 2% (dois por cento) sobre o 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, 08 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Prodhigi Internacional Comércio, Representação, Importação e Exportação Ltda. ajuizou pedido de falência contra Bebê com Carinho Indústria e Comércio de Fraldas Descartáveis EIRELI (antiga

denominação de GRL Serviços Combinados de Escritórios EIRELI), com fundamento no artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, dizendo-se credora de dívida líquida (no valor total de R\$ 307.467,46), materializada em duplicatas de venda mercantil protestadas por falta de pagamento.

De plano, determinou-se a intimação da autora para que comprovasse, no prazo assinado, a regularidade de suas atividades empresariais mediante exibição de certidão atualizada emitida pelo Registro Público de Empresas Mercantis (evento 8).

Atendida a determinação judicial e satisfeito o requisito imposto pela Lei n. 11.101, de 9.2.2005 (evento 11), a petição inicial foi recebida, ordenando-se a citação da requerida para oferecer contestação no prazo legal, cientificando-lhe sobre a possibilidade de depositar, em igual lapso, o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios (evento 13).

Citada (eventos 27 e 28), a requerida ofereceu contestação (evento 30), sobrevivendo a impugnação da autora (evento 36).

O Ministério Público, por seu representante legal, pronunciou-se, num primeiro momento, pela rejeição das preliminares arguidas na contestação (evento 41) e, depois de novas manifestações dos litigantes (eventos 46 e 59), manifestou-se favorável ao julgamento de procedência do pedido de decretação da falência (evento 66).

Na sequência, o ilustre magistrado Rafael Goulart Sarda proferiu sentença nos seguintes termos (evento 70):

“Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos iniciais, extinguindo o processo na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Arca o autor com as custas e despesas processuais. Arbitro em favor dos réus honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observados os critérios do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito em julgado, archive-se.” (o grifo está no texto original).

Insatisfeita, a autora interpôs apelação cível (evento 80) sustentando, em resumo, que: a) o pedido de falência não objetivou a cobrança de dívida, e sim a retirada da requerida do mercado, dada a sua incapacidade para continuar exercendo suas atividades; b) a requerida não negou a existência da dívida e o recebimento das mercadorias, sendo confesso o seu estado de insolvência; c) a requerida não exibiu documentos capazes de comprovar o seu estado de solvência; d) para a decretação da falência, é suficiente a demonstração da insolvência jurídica, pressuposto esse que foi atendido no caso dos autos; e e) em face do inadimplemento, sem relevante razão de direito, de dívida líquida superior ao valor de 40 (quarenta) salários-mínimos, materializada em títulos executivos extrajudiciais protestados, impõe-se a decretação da falência de requerida, com fundamento no artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005.

A apelada apresentou resposta (evento 86) e, a seguir, os autos vieram a esta Corte, sendo encaminhados à d. Procuradoria-Geral de Justiça (evento 7 do eproc2g), que, por parecer subscrito pelo ilustre procurador de justiça Alex Sandro Teixeira da Cruz, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (evento 11 do eproc2g).

Em seguida, os autos vieram para julgamento.

VOTO

O recurso é conhecido pela Câmara porque expressa o inconformismo com a sentença e expõe as razões para a sua reforma, ficando rejeitada a alegação de violação ao princípio da dialeticidade veiculada na resposta à apelação cível (evento 86).

O pedido de falência está suportado na alegação de que a apelada, sem relevante razão de direito, não pagou, no vencimento, dívida líquida representada por duplicatas mercantis protestadas por falta de pagamento, cuja importância atinge R\$ 307.467,46 (trezentos e sete mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e quarenta e seis centavos).

O pedido de quebra, ainda que fundado no inadimplemento de quantia líquida materializada em títulos executivos extrajudiciais superior a 40 (quarenta) salários-mínimos (artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005), ignora as sempre nefastas consequências de medida extrema, como é a decretação de uma falência.

O conjunto fático-probatório constante dos autos não evidencia o estado de insolvência da apelada, tampouco demonstra que outros credores tenham sido lesados por eventual inadimplemento por ela incorrido. Recorde-se que a falência encerra a submissão de todo o patrimônio do devedor ao concurso universal, o que pressupõe a existência de plúrimos credores, a situação não retratada no caso concreto.

É bem verdade que a Lei n. 11.101, de 9.2.2005, não elencou o estado de insolvência como um dos pressupostos para a decretação da falência. Todavia, tal requisito nunca pode ser ignorado, devendo o exame judicial do pedido de falência ser sempre pautado por uma análise criteriosa, à luz das circunstâncias de cada caso concreto.

A questão já foi abordada neste Tribunal de Justiça, tendo prevalecido a compreensão de que é necessária a demonstração do estado falimentar, evitando-se, assim, que credores utilizem a medida extrema como forma de coação ao pagamento de dívida (confira-se, entre outros precedentes aplicáveis, as razões de decidir da apelação cível n. 0005721-73.2009.8.24.0033, de Itajaí, relatora a desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 6.8.2019 e da apelação cível n. 0301278-64.2015.8.24.0075, de Tubarão, relator o desembargador Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. em 30.7.2019).

Anota-se que a ação de falência não constitui simples opção do credor. Em verdade, a falência é, por excelência, “o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor” (COELHO,

Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 244) e, por essa razão, a sua utilização com objetivo de substituir as ações de execução ou de cobrança é medida censurável:

“A falência é, igualmente, ação de natureza constitutiva - e não de cobrança -, que, afastando o devedor de suas atividades, busca preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa, como melhor forma de sua realização e liquidação”. (RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 405).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: agravo regimental no recurso especial n. 949.576, de Minas Gerais, Terceira Turma, relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 25.6.2013 e recurso especial n. 920.140, de Mato Grosso, Quarta Turma, relator o ministro Aldir Passarinho Junior, j. em 8.2.2011.

Não bastasse isso, o pedido de falência fundado no inciso I do artigo 94 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, não se compatibiliza com o princípio da preservação da empresa e de sua função social, pois desconsidera os efeitos colaterais da quebra para os segmentos sociais que circundam a atividade empresarial explorada pela devedora:

“A atividade empresarial afeta o mercado e a sociedade. O modo de produção econômica, no sistema capitalista, é determinante das demais instâncias sociais. Por isso, o interesse de agir nos processos regidos pela lei de falências e recuperação de empresas reside na necessidade de umprovimento judiciário para deslindar não só a crise econômico-financeira de umempresário, mas toda espécie de relações daí decorrentes e suas repercussões sociais. A preservação da atividade negocial é o ponto mais delicado do regime jurídico de insolvência. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate”. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 576).

No mesmo sentido, o artigo 47 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, assim dispõe:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Logo, em atenção ao princípio da preservação da empresa, a decretação da falência não se justifica, à míngua de demonstração do estado de insolvência da apelada. Como corolário lógico, a manutenção da sentença hostilizada é medida de rigor.

Na Câmara são encontrados precedentes confortando tudo o que antes se expôs: apelação cível n. 0301109-22.2017.8.24.0103, de Araquari, de minha relatoria, j. em 4.6.2020; apelação cível n. 0317046-89.2015.8.24.0023, da Capital, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 6.10.2016; e apelação cível n. 2015.021513-3, de São José, de minha relatoria, j. em 23.4.2015.

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 pelos advogados da apelada (§§1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios arbitrados são majorados em 2% (dois por cento) sobre o 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.

Documento eletrônico assinado por **JANIO DE SOUZA MACHADO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2946433v39** e do código CRC **8c6c89e8**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JANIO DE SOUZA MACHADO

Data e Hora: 8/12/2022, às 18:49:9

**INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (GRUPO PÚBLICO) Nº
5043904-73.2022.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

SUSCITANTE: 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC). ADMISSÃO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. CONSELHO TUTELAR. ATRIBUIÇÕES PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. REQUISIÇÃO A ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ATENDIMENTO SOCIAL E PSICOLÓGICO E À SAÚDE E DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL OU ENSINO FUNDAMENTO PARA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO PELO PODER PÚBLICO. LEGITIMIDADE E CAPACIDADE PROCESSUAL DO CONSELHO TUTELAR PARA, EM NOME PRÓPRIO E NÃO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL, DIRETAMENTE E INDEPENDENTEMENTE DA INTERVENÇÃO DE ADVOGADO, FORMULAR REPRESENTAÇÃO AO JUÍZO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE PARA QUE ESTE DETERMINE AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES, A FIM DE TORNAR EFETIVA A REQUISIÇÃO TUTELAR FEITA AO ENTE PÚBLICO. FIXAÇÃO DA TESE JURÍDICA DO IAC NESSE SENTIDO. CASO CONCRETO. SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL DA REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR E JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DESACERTO. CASSAÇÃO PARA QUE A REPRESENTAÇÃO TENHA PROSSEGUIMENTO.

TESE JURÍDICA FIRMADA:

Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, o Conselho Tutelar tem atribuição de requisitar de Órgãos da Administração a prestação de serviços públicos, dentre os quais o de disponibilização de vaga em estabelecimento de educação infantil ou ensino fundamental, em favor de criança ou adolescente; e, em caso de descumprimento injustificado, tem legitimidade para, em nome próprio, com capacidade processual que o ECA lhe atribui, em procedimento administrativo-jurisdicional, oferecer representação ao Juízo da Infância e Juventude, para que este determine as medidas protetivas cabíveis, a fim de tornar efetiva a requisição.

CASO CONCRETO:

Recurso provido para cassar a sentença recorrida, a fim de que a representação do Conselho Tutelar tenha seu prosseguimento na Comarca de origem.

ACÓRDÃO

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 votação unânime, admitir o Incidente de Assunção de Competência; e, por maioria, vencido o relator e o Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA, fixar a seguinte tese jurídica: “Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, o Conselho Tutelar tem atribuição de requisitar de Órgãos da Administração a prestação de serviços públicos, dentre os quais o de disponibilização de vaga em estabelecimento de educação infantil ou ensino fundamental, em favor de criança ou adolescente; e, em caso de descumprimento injustificado, tem legitimidade para, em nome próprio, com capacidade processual que o ECA lhe atribui, em procedimento administrativo-jurisdicional, oferecer representação ao Juízo da Infância e Juventude, para que este determine as medidas protetivas cabíveis, a fim de tornar efetiva a requisição”. No caso concreto, dar provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o processamento da representação do Conselho Tutelar, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de setembro de 2022.

VOTO

Como relatório, transcreve-se o que disse o eminente Desembargador Hélio do Valle Pereira, a esse título, no seu voto:

“O Conselho Tutelar de Palhoça ofereceu representação em relação ao Município de Palhoça alegando que a requisição de serviço público feita à Secretaria Municipal de Assistência Social para inserção da família de duas crianças em programas especializados de acompanhamento não foi cumprida.

“Sobreveio sentença sem resolução do mérito na qual se indeferiu a inicial ao entendimento de que o Conselho Tutelar não possui legitimidade para atuar como substituto processual. Acrescentou-se, além disso, que a municipalidade não detém legitimidade passiva para fins de representação, em especial para responder pela infração administrativa descrita no art. 249 do ECA.

“Seguiu-se recurso do Ministério Público.

“Sustentou-se que ‘em nenhum momento o Conselho Tutelar requereu a aplicação da multa pessoal ao apelado’ e que, na realidade, a pretensão era ‘compelir a Administração Pública a garantir o acompanhamento junto ao CREAS’. Quer dizer, não houve observância aos princípios da adstrição ou congruência, restando violado o art. 492 do CPC. Argumentou-se, também, que o Conselho Tutelar tem capacidade postulatória para pleitear o fornecimento do serviço requisitado, tanto que o ECA trouxe previsão no sentido da ‘capacidade e legitimidade para representar junto à Autoridade Judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações’. Por se tratar de relevante questão de direito, com grande repercussão social, clamou-se pela instauração de

Incidente de Assunção de Competência.

“Não houve contrarrazões.

“A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo provimento parcial do recurso no sentido de se determinar o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do feito e também favoravelmente à instauração de incidente de assunção de competência.

A Quinta Câmara de Direito Público, em sessão do dia 6 de junho de 2022, decidiu afetar o julgamento da causa ao Grupo de Câmaras de Direito Público por meio da instauração de IAC.

Intimados da afetação, o recorrente e o Município não se manifestaram.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela admissão do incidente e ‘pela fixação de tese jurídica que diga da legitimidade do Conselho Tutelar para representar à autoridade judiciária em face do descumprimento injustificado de suas deliberações, com esteio na prerrogativa que lhe confere o art. 136, III, alínea ‘b’, da Lei n. 8.069/90”.

Esse parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça foi lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa.

VOTO

Competência para processar e julgar o IAC

Na sessão de julgamento, o eminente Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva aventou a possibilidade de o presente Incidente de Assunção de Competência (IAC) ser julgado pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil ou pelo Órgão Especial, dado que trata de direitos relativos ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujos processos e recursos devem ser julgados pelas Câmaras de Direito Civil, nos termos do art. 73 do Regimento Interno deste Tribunal (RITJSC), como elencado no seu Anexo III.

Dizem os arts. 70 e 73 do RITJSC:

“Art. 70. Compete às câmaras de direito civil, às câmaras de direito comercial e às câmaras de direito público, observados os assuntos que lhes são atribuídos especificamente: I processar e julgar: a) a ação rescisória de decisão proferida por juiz de primeiro grau e a respectiva execução; b) o agravo de instrumento e seus incidentes; c) a habilitação incidente em causa sujeita a seu julgamento; d) a restauração de autos extraviados ou destruídos; e) o conflito de competência entre juízes de primeiro grau ou entre estes e a autoridade administrativa, ressalvada a competência da Câmara de Recursos Delegados; f) o mandado de segurança que tiver como objeto ato ou omissão de autoridade coatora em matéria de sua competência; g) os embargos de declaração contra seus julgados; e h) o cumprimento de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; II julgar: a) a apelação cível e o recurso adesivo; b) a suspeição oposta a juiz quando não reconhecida por este; c) a remessa necessária; e III exercer outras atribuições e competências que lhes forem conferidas em lei ou neste regimento. [...]

“Art. 73. São assuntos atribuídos especificamente: I às câmaras de direito civil os elencados no Anexo III deste

regimento; II às câmaras de direito comercial os elencados no Anexo IV deste regimento; III às câmaras de direito público os elencados no Anexo V deste regimento; e IV às câmaras criminais os elencados no Anexo VI deste regimento”.

O ANEXO III do Regimento Interno, quanto à competência das Câmaras de Direito Civil, estabelece o seguinte:

“ANEXO III

“TABELA PROCESSUAL DO DIREITO CIVIL

“A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes: I consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes: a) relacionados ao direito civil, às ações de cobrança e às ações indenizatórias não incluídas na competência dos demais órgãos; b) que versem sobre responsabilidade civil e tenham por objetivo a indenização por danos morais e materiais pela prática de ato ilícito pelas concessionárias e delegatárias de serviço público; c) relativos a transporte, telefonia e cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja sua personalidade jurídica; e d) as ações civis públicas no âmbito de sua competência. II os feitos ostentando discussão unicamente processual serão distribuídos de acordo com a natureza da relação jurídica de direito material controvertida”.

Dentre os assuntos afetos à competência das Câmaras de Direito Público estão os direitos previstos no ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Código 9633), incluindo medidas de proteção (Código 11818), nas suas mais variadas formas inerentes ao Direito Privado (Códigos 11996 a 12005): Encaminhamento aos pais ou responsável, orientação e acompanhamento temporário, matrícula e frequência obrigatória em escola oficial de ensino fundamental, inclusão em programa de auxílio à família, requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, inclusão em programa de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar, colocação em família substituta, outras medidas de proteção; bem como relativos a Conselho Tutelar (Código 11821).

Todavia, a questão a ser dirimida neste Incidente de Assunção de Competência não se refere a Direito Privado, e sim a Direito Público, uma vez que a requisição feita pelo Conselho Tutelar e a representação por ele formulada ao Juízo da Infância e Juventude é para cumprimento de medidas protetivas pelo Poder Público, de modo que, tendo como interessado no feito um Ente Público, as respectivas ações e seus recursos se inserem na competência das Câmaras de Direito Público, como se apanha do ANEXO V do Regimento Interno deste Tribunal:

“ANEXO V

“TABELA PROCESSUAL DO DIREITO PÚBLICO

“A delimitação das competências das câmaras de direito público observará os arts.

70 e 71 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo, e as seguintes diretrizes: I - consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Público as ações originárias e os respectivos incidentes: a) em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público e empresas públicas e sociedades de economia mista em feitos não referentes à área do direito civil e do direito comercial; 214 b) relativos à cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público; c) qualquer que seja a qualidade da parte, recursos concernentes a ações populares, de improbidade administrativa, sobre concursos públicos, de desapropriação, de servidão administrativa e sobre licitações; e d) mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data e habeas corpus não compreendidos na competência das demais câmaras. II - os feitos ostentando discussão unicamente processual serão distribuídos de acordo com a natureza da relação jurídica de direito material controvertida”.

Dentre os assuntos afetos à competência das Câmaras de Direito Público estão aqueles referentes a DIREITO À SAÚDE (Código 12480) e DIREITO À EDUCAÇÃO (Código 12775), incluindo ACESSO e ‘ausência de vaga’ (Código 2893), dentre outros. Embora não estejam expressamente incluídos os processos referentes ao ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE que aparece no Anexo III referente às Câmaras de Direito Civil, é evidente a apropriação desses temas igualmente às Câmaras de Direito Público sempre que for parte ou interessado um ente público.

Tanto é que os recursos concernentes às ações discutidas neste Incidente de Assunção de Competência estão sendo distribuídos às Câmaras de Direito Público e por elas julgados.

Portanto, dada a presença de Ente Público como interessado nos processos e nos recursos respectivos a que se referem estes autos, bem como o fato de a definição da tese jurídica que se busca neste Incidente de Assunção de Competência se referir, única e exclusivamente, a essa participação subjetiva pública no feito, é indubitável a competência do Grupo de Câmaras de Direito Público para dirimir a controvérsia, nos termos do que estabelece o art. 64, inciso I, do Regimento Interno, segundo o qual *“compete aos grupos de câmaras de direito civil, de direito comercial e de direito público, observadas as áreas de especialização: I uniformizar a jurisprudência por meio da edição de súmulas e do processamento e julgamento do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas, ressalvada a competência do Órgão Especial; [...]”*.

Então, por ocasião do julgamento, foi afastada a competência do Grupo de Câmaras de Direito Civil ou do Órgão Especial, para processar e julgar este Incidente de Assunção de Competência, reafirmando-se a competência deste Grupo de Câmaras de Direito Público.

Juízo de admissibilidade do IAC

Transcrevem-se adiante as considerações feitas pelo Desembargador Hélio do Valle Pereira, no seu voto, acerca do juízo de admissibilidade deste Incidente de Assunção de Competência, à guisa de fundamentação a respeito dessa questão processual:

“Na Quinta Câmara de Direito Público decidimos por afetar o julgamento deste processo a este Grupo de

Câmaras de Direito Público por meio de Incidente de Assunção de Competência.

Esse posicionamento, todavia, não é vinculante para o colegiado maior, que precisa, para que se rume para a análise do tema de fundo, firmar juízo de admissibilidade positivo e é por esse caminho que princípio.

Rememoro o assunto:

O Conselho Tutelar de Palhoça, protestando pelo cumprimento de serviço requisitado em favor de crianças específicas, apresentou representação na Vara da Infância e Juventude da mesma Comarca pretendendo a condenação da municipalidade em obrigação de fazer.

Relatei muitos processos idênticos, sempre decidindo no sentido de que o feito já nascia viciado em razão da ilegitimidade ativa do Conselho Tutelar, que na prática estaria atuando como substituto processual das crianças. Negávamos, ademais, os pleitos para instauração de IAC, compreendendo que se cuidava de assunto de limitada repercussão (uma questão restrita à Comarca de Palhoça e que, aditava, tenderia a ser transitória).

Aquela impressão quanto a uma singeleza do tema, porém, não vingou.

Há incontáveis precedentes favoráveis à validade do procedimento proposto pelo Conselho Tutelar nas demais Câmaras de Direito Público desta Corte. Quer dizer, a compreensão deste Tribunal não tem sido uníssona quanto ao alcance daquele poder de representação do Conselho Tutelar.

Cito exemplificativamente de cada uma das quatro primeiras Câmaras de Direito Público:

A) DIREITO À EDUCAÇÃO. REPRESENTAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DAS REQUISIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

1) INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

2) [...] DIREITO À MATRÍCULA EM ENSINO FUNDAMENTAL CHANCELADO PELA CARTA MAGNA. PRECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DA CF/1988, DO ART. 54, I, §§ 1º E 2º, DO ECA E DO ART. 5º DA LEI N. 9.394/1996. DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE SÃO PRIORIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA REFORMADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.’ (AC N. 5006367-73.2020.8.24.0045, DE PALHOÇA, REL. JORGE LUIZ DE BORBA, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, J. 10-11-2020)

(AC 5017225-32.2021.8.24.0045, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público)

B) ADMINISTRATIVO. REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR CONTRA O MUNICÍPIO DE PALHOÇA. EXPEDIENTE QUE VISA A COMINAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSUBSTANCIADA NA DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA NO QUINTO ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL À CRIANÇA. INDEFERIMENTO LIMINAR EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA À AUTORIDADE PÚBLICA PORQUE A SANÇÃO PREVISTA NO ART. 249 DO ECA DESTINA-SE AOS TITULARES DO PODER FAMILIAR E EM VIRTUDE DE O CONSELHO TUTELAR NÃO GOZAR DE CAPACIDADE PROCESSUAL. JULGAMENTO EXTRA CAUSA PETENDI E EXTRA PETITA. RAZÃO DE DECIDIR ESTRANHA AOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO DECLINADOS E AO PEDIDO FORMULADO NA REPRESENTAÇÃO. ANULAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. ART. 141 C.C. ART. 492, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. CONSELHO TUTELAR. ÓRGÃO PÚBLICO PERMANENTE E AUTÔNOMO QUE ATUA NA DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. LEGITIMIDADE ATIVA E CAPACIDADE PROCESSUAL PARA DEMANDAR EM FACE DE AÇÕES E OMISSÕES DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMA DE INFÂNCIA E

JUVENTUDE. ARTS. 131 E 136, INCS. III, ALÍNEA “B”, IV E V, DO ECA. PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA PREJUDICADO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

(AC 5009747-70.2021.8.24.0045, rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público)

C) CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR PARA GARANTIA DE VAGA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO INFANTIL DA REDE MUNICIPAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA REJEITADO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. LEGITIMIDADE DO CONSELHO TUTELAR PARA PLEITEAR EM JUÍZO A CONCESSÃO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO EM FAVOR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CASSAÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA. CAUSA NÃO MADURA ANTE A AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. JULGAMENTO IMEDIATO OBSTADO. PLEITO DE TUTELA RECURSAL DE URGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DIREITOS DE CRIANÇA E ADOLESCENTE. PRIORIDADE ABSOLUTA. EDUCAÇÃO PÚBLICA GRATUITA. DIREITO SUBJETIVO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL ABSOLUTO E INDISPONÍVEL. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 6º, 23, V, 208, I E IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 163, I E II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989 E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. NORMAS DE EFICÁCIA PLENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PROVA DA ABSOLUTA FALTA DE RECURSOS PARA REALIZAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL. DEVER DO ESTADO DE GARANTIR ACESSO À ESCOLA. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA PARA OBRIGAR O MUNICÍPIO A ADMITIR A CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO INFANTIL PÚBLICO E GRATUITO SOB PENA DE ARCAR COM OS CUSTOS PARA INSERÇÃO EM ESCOLA PARTICULAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(AC 5014446-07.2021.8.24.0045, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público)

D) Conforme se infere da inicial, a representação foi manejada com fundamento no art. 136, III, “b”, do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), a fim de que o Município cumprisse com o serviço requisitado. Não há qualquer pedido de imposição de pena, mas apenas requerimento para que diligenciasse no sentido de incluir a criança na escola (evento 1 - INIC1). Logo, de ilegitimidade ativa não se trata, haja vista que a regra legal (art. 136, III, “b”, do ECA) realmente autoriza o Conselho Tutelar provocar diretamente o Poder Judiciário quando descumpridas suas deliberações. [...]

Com efeito, a legitimação ativa do Conselho Tutelar para representar judicialmente com vistas a fazer cumprir suas deliberações é expressa e evidente.

De igual forma, o ente federativo ostenta legitimidade para providenciar a concessão do serviço de ensino requisitado pelo órgão de defesa dos interesses das crianças e adolescentes.

(AC 5014013-03.2021.8.24.0045, rel.ª Des.ª Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público)

Diante dessa nova conjuntura, propusemos na Quinta Câmara, em sessão do dia 6 de junho de 2022, a instauração de Incidente de Assunção de Competência (IAC) para que o Grupo de Câmaras de Direito Público pudesse dar solução convergente ao tema, enfrentando a seguinte questão jurídica:

Legitimidade ativa do Conselho Tutelar para oferecer representação em juízo, instaurando processo de índole jurisdicional, com objetivo de compelir a municipalidade a ofertar vaga no sistema público de ensino ou de assistência social a criança ou adolescente.

Referendo, de fato, que seja pertinente a admissão do IAC, nos termos do Código de Processo Civil:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Está-se diante de questão de direito relevante. O direito postulado é de índole constitucional (o amparo educacional a crianças e adolescentes) e está em xeque a extensão dos poderes de importante órgão público (o Conselho Tutelar). Há, ainda, cizânia jurisprudencial neste Tribunal. Mesmo que eu defenda posição hoje minoritária, creio que exista espaço para debate, pois o tema não é usual.

É verdade que se poderia cogitar da aplicação de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na medida em que temos algumas centenas de processos dessa natureza enfrentados, e eles continuam vindo para cá. Tenho, no entanto, que sobreleve um aspecto: o fenômeno é limitado à Comarca de Palhoça, tendo surgido até recentemente. Nunca vi como Juiz de Direito esse mesmo questionamento, nem localizei neste Tribunal caso advindo de outra Comarca. Estimo que estejamos diante de uma discussão delimitada, que não justifique aquela figura mais ampla, do IRDR, que tem como pressuposto a “efetiva repetição de processos” (art. 976, inc. I, do CPC), o que compreendo como a perspectiva de uma perene reiteração de uma questão jurídica.

O Procurador de Justiça Jacson Corrêa, aliás, foi na mesma linha:

‘No presente caso, convém anotar que a solução da controvérsia traduz matéria de relevante interesse público e grande repercussão social, eis que resultará em maior segurança jurídica quanto aos limites de atuação do Conselho Tutelar em casos análogos, mormente no tocante à legitimidade para representar à autoridade judiciária o descumprimento injustificado de suas deliberações, além da importância da disponibilização de vaga no sistema público de ensino ou de assistência social a criança ou adolescente, direitos tais que gravitam em torno da controvérsia.

Dessa forma, porque constatada a presença dos requisitos legais, considera-se viável o cabimento do presente IAC. (evento 7, PET1)

A partir daí, tenho como pertinente o IAC, dando-se concretude ao ideal de estabilização da jurisprudência (art. 926 do CPC)’.

Embora este Relator designado para lavrar o acórdão outrora tenha rejeitado, em seus julgados, a instauração do Incidente de Assunção de Competência, é forçoso reconhecer que, de fato, o julgamento do recurso envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, o que determina a admissão do IAC, nos termos do art. 947 do Código de Processo Civil, não obstante a repetição em múltiplos processos, o que recomendaria a adoção do Incidente de

Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 e seguintes do Código de Processo Civil), mas, nos casos em apreciação, incide o § 4º do referido art. 947, segundo o qual: “*aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*».

Tanto é que, na sessão de julgamento do Incidente, o voto do eminente Relator originário, Desembargador Hélio do Valle Pereira, no sentido da admissão do Incidente de Assunção de Competência, foi aprovado por unanimidade, pelos Membros do Grupo de Câmaras de Direito Público presentes à sessão.

Mérito do julgamento do Incidente de Assunção de Competência

Os Conselhos Tutelares do Município de Palhoça, no uso das atribuições que lhe confere o Estatuto da Criança e do Adolescente, têm requisitado, tanto do próprio Município, quanto do Estado em certos casos, a prestação de serviços públicos de saúde, atendimento social ou psicológico e matrícula em estabelecimentos públicos de educação infantil (creches e pré-escolas) e de ensino fundamental, em favor de crianças ou adolescentes; e, em face de reiterado descumprimento injustificado dessas requisições, têm formulado representação ao Juízo de Infância e Juventude da respectiva Comarca, pleiteando que este determine as medidas protetivas correspondentes.

Invariavelmente o Juízo de Infância e Juventude tem decidido pelo indeferimento da ‘*petição inicial*’ e pela extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 330, inciso II, e 485, incisos I e IV, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o Conselho Tutelar não tem legitimidade para, em substituição processual a crianças e adolescentes, pleitear em Juízo a condenação de Ente Público ao cumprimento das obrigações de fazer correspondentes às suas requisições.

Tem o seguinte teor, que se repete, em termos, nos diversos procedimentos, variando conforme os pedidos formulados (prestação de serviços públicos de saúde, matrícula em estabelecimentos de educação infantil ou ensino fundamental, atendimento social ou psicológico, e outros, a sentença da lavra do Juiz de Infância e Juventude Marcos DÁvila Scherer:

*“Trata-se de **Representação** ajuizada pelo CONSELHO TUTELAR PROTEÇÃO - PALHOÇA/SC em face do MUNICÍPIO DE PALHOÇA/SC.*

*Pretende o requerente que a parte requerida seja condenada a cumprir **obrigação de fazer** consistente na inserção nos atendimentos sistemáticos do PAEFI em favor dos adolescentes mencionados na inicial.*

O processo foi autuado como Apuração de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança ou Adolescente.

Intimados a parte autora e o Ministério Público, com fundamento no Art. 10 do CPC, para manifestarem-se sobre a legitimidade das partes (evento 3), o Conselho Tutelar manifestou-se no v. 6, e o Ministério Público manifestou-se no ev. 9.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que é sabido que o Conselho Tutelar é encarregado pela sociedade a zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Nessa senda, a função precípua do Conselho Tutelar consiste em atender crianças e adolescentes que se encontrem em situação de risco, definidas no Art. 98 do ECA.

Para tanto, com vistas à concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, estabelece o Art. 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente que são atribuições do Conselho Tutelar:

‘[...] III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações” [...].’

Feito este apontamento, constata-se, todavia, a **ilegitimidade ativa do Conselho Tutelar** para pleitear a inserção nos serviços de atendimento do PAEFI.

O Conselho Tutelar detém legitimidade para instauração de procedimento de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, as quais encontram-se previstas nos artigos 245 a 258 do ECA, e também para instauração de procedimento judicial de apuração de irregularidades em entidade de atendimento.

No mais, não possui legitimidade para atuar como substituto processual e pleitear em juízo a condenação do MUNICÍPIO DE PALHOÇA/SC em obrigação de fazer.

Nesse sentido, extrai-se da decisão proferida em sede de Apelação nos autos n. 5011658-54.2020.8.24.0045, in verbis:

‘A situação descrita nestes autos é bastante peculiar: Conselho Tutelar apresenta representação, mas na realidade, valendo-se de direito de ação, atua como substituto processual da criança ao buscar sua inserção no ensino fundamental, pretendendo até mesmo a citação e um julgamento de procedência.

‘O Conselho Tutelar possui autoridade para ‘requisitar serviços públicos na área da educação, inclusive representando “junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento” - está no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 136).

‘A requisição referida pelo ECA tem natureza administrativa, passando obviamente longe do juízo. Nesse caso de desatenção, porém, o ECA propicia a “a comunicação” (a aludida representação) ao Juiz de Direito da Infância e Juventude. Essa também é medida sem característica propriamente jurisdicional, pois apenas concitará o juízo a, nos limites de suas atribuições igualmente administrativas, tomar eventuais providências.

‘Onde o ECA fala de representação ou de requisição não trata em legitimidade para propor ação, muito menos propicia que o Conselho Tutelar passe a demandar como se fosse um substituto processual.

‘Aqui, porém, o Conselho Tutelar, repito, atua como substituto processual do menor e pretende uma vaga em seu favor, situação que foge (e muito!) das atribuições do órgão quando pretende provocar a típica atividade jurisdicional.

‘A atuação como substituto processual depende de lei (art. 18 do CPC).’

No mais, malgrado o Conselho Tutelar não tenha requerido expressamente a aplicação da multa constante no Art. 249, do ECA, cabe destacar a ilegitimidade passiva do MUNICÍPIO DE PALHOÇA/SC para figurar no polo passivo da representação, e responder por multa ante o descumprimento da requisição.

A menção é necessária, uma vez que o pedido deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir da leitura de toda a exordial.

Nesse sentido:

'AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AGRAVANTE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que **não configura julgamento ultra petita ou extra petita o provimento jurisdicional inserido nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial.** Precedentes. Incidência da Súmula 83 do STJ. [...] (AgInt nos EDcl no REsp 1660079/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2021, DJe 17/06/2021, sem grifo no original).

Leia-se do teor da decisão proferida em sede de Apelação nos autos n. 5011252- 53.2020.8.24.0045:

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'O ente ministerial suscita a ocorrência de julgamento extra petita no tocante à imposição da multa do art. 249 do ECA.

'Referida assertiva não se sustenta.

'Isso porque, da leitura lógico-sistemática da petição inicial é possível extrair aludida proposição.

'Assim, muito embora não componha o capítulo dos pedidos, a imposição cominatória em desfavor da Secretária Municipal integra a pretensão inicial, sobretudo porque fulcrada no art. 136, III, "b", do ECA que trata sobre a possibilidade de representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

'Junto à peça inaugural consta a própria requisição de serviço público, em que se faz expressa referência ao cometimento de infração administrativa, citando o art. 249 do ECA (fl. 05 do Evento 1, INIC1).

'Sendo esse o contexto, "[...] 3. O princípio da congruência ou da adstrição determina que o magistrado deve decidir a lide dentro dos limites fixados pelas partes (arts. 128 e 460 do CPC/1973). 4. Os pedidos formulados devem ser examinados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta, mesmo porque a obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância aos brocardos da mihi factum dabo tibi ius (dá-me os fatos que te darei o direito) e iura novit curia (o juiz é quem conhece o direito). [...] (STJ, REsp n. 1.637.375/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 17.11.2020). [...] (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0304351-05.2017.8.24.0033, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 09-03- 2021).

Portanto, é de se salientar o teor do Art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

'Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

'Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência'.

Em que pese a existência de discussão doutrinária, forçoso convir que a norma se destina àqueles que detêm o poder familiar sobre crianças/adolescentes, conforme entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, são os julgados do Tribunal da Cidadania:

'PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90). SECRETÁRIO MUNICIPAL. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR.

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 249 DO ECA). NÃO-CONFIGURAÇÃO.

PRECEDENTES DO STJ. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, o art. 249 da Lei 8.069/90 destina-se aos pais ou responsáveis que descumprirem dolosa ou culposamente “os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes da tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”, não podendo recair sobre quem não exerça tais deveres. 2. In casu, trata-se de representação engendrada por Conselho Tutelar em face de Secretário Municipal de Educação e Cultura, por infração ao art. 249, in fine, do Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrente do não atendimento à requisição atinente ao atendimento de menor em Centro de Educação Infantil. 3. Recurso especial desprovido’ (REsp 824.682/SC, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 03/02/2009).

‘ADMINISTRATIVO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO - REPRESENTAÇÃO FORMULADA COM BASE NO ART. 249 DO ECA - INÉPCIA - PRETENDIDA REFORMA - RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A Seção de Direito Público do STJ, ao interpretar o referido dispositivo, entende que a sua aplicação tem como destinatários os pais, tutores e guardiães quando descumprem determinação do juiz ou do Conselho Tutelar, não podendo a regra impositiva recair sobre quem não exerça tais poderes, como no caso particular dos autos, o Senhor Secretário Municipal. 2. Precedentes da Seção de Direito Público: REsp 767.089/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 28.11.2005; REsp 768334/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 22.06.2007; REsp 822807/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 12.11.2007. 3. Recurso especial não provido’ (REsp 847.588/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 21/10/2008).

‘PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90). SECRETÁRIO MUNICIPAL. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 249 DO ECA). NÃO-CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. 1. O art. 249 da Lei 8.069/90, do cognominado Estatuto da Criança e do Adolescente, destina-se aos pais ou responsáveis que descumprirem dolosa ou culposamente “os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes da tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”, por isso que, a fortiori, não podem recair sobre quem não exerça tais deveres. Precedentes do STJ: RESP 769.443/SC, 1ª Turma, DJ de 04.12.2006 e RESP 779.055/SC, 1ª Turma, DJ de 23.10.2006. 2. In casu, trata-se de representação engendrada por Conselho Tutelar em face de Secretário Municipal de Educação e Cultura, por infração ao art. 249, in fine, do Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrente do não atendimento à requisição atinente ao atendimento de menor em Centro de Educação Infantil. 3. Recurso especial desprovido’ (REsp 822.807/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJ 12/11/2007, p. 165).

Na mesma toada, é o recente julgado do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

‘APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 249 DA LEI N. 8.069/1990). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CABIMENTO. DISPOSITIVO LEGAL QUE SE DESTINA TÃO SOMENTE AOS SUJEITOS QUE DETÉM O PODER FAMILIAR OU DEVERES LEGAIS DE GUARDA E TUTELA SOBRE A CRIANÇA. FUNCIONÁRIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS QUE NÃO DEVEM FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. PREFACIAL ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “O art. 249 da Lei 8.069/90, do cognominado Estatuto da Criança e do Adolescente, destina-se aos pais ou responsáveis que descumprirem dolosa ou culposamente “os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes da tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”, por isso que, a fortiori, não podem recair sobre quem não exerça tais deveres” (REsp 822807/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02-10-2007). (TJSC, Apelação Criminal n. 0002839-85.2013.8.24.0167, de Garopaba, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza,

Quinta Câmara Criminal, j. 31-01-2019, sem grifo no original).

Destarte, uma vez que as penalidades previstas no Art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente são aplicáveis apenas aos detentores do poder familiar em relação a crianças e adolescentes, e **uma vez que o Conselho Tutelar não possui legitimidade para atuar como substituto processual e requerer a condenação da parte requerida em obrigação de fazer**, a ação não deve ser admitida.

Por fim, frise-se que a concretização do direito fundamental à assistência social poderá ser buscada mediante o ajuizamento da ação cabível pelos legitimados para tal.

Ante o exposto, **INDEFIRO** a petição inicial, com fundamento no Art. 330, II, do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorários.

P.R.I.

Transitando em julgado, e não havendo pendências, arquivem-se”.

A decisão prolatada na Apelação n. 5011658-54.2020.8.24.0045, a que se refere o MM. Juiz, é da lavra do eminente Desembargador Hélio do Valle Pereira, e foi aprovada por unanimidade, pela Quinta Câmara de Direito Público, na sessão de 4/5/2021, com a seguinte ementa:

“INFÂNCIA E JUVENTUDE REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR REQUISICÃO DE VAGA NO ENSINO FUNDAMENTAL ILEGITIMIDADE ATIVA DIREITO DE AÇÃO SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NÃO ADMITIDA EXTINÇÃO DO PROCESSO ART. 249 DO ECA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO MUNICIPAL IAC AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA DO ASSUNTO BARALHAMENTO PROCEDIMENTAL DELIMITADO À COMARCA DE PALHOÇA.

1. O Conselho Tutelar possui autoridade para ‘requisitar serviços públicos’ na área da educação, inclusive representando ‘junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento’ está no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A requisição é providência administrativa, passando obviamente longe do juízo. No caso de desatenção, porém, o ECA propicia comunicação (a aludida representação) ao Juiz de Direito da Infância e Juventude. Essa também é medida sem característica propriamente jurisdicional, pois apenas concitará o juízo a, nos limites de suas atribuições igualmente administrativas, tomar eventuais providências.

Isso é compreensível porque nesse campo o juiz tem missões mais largas do que as usuais, a exemplo do que se dá no campo eleitoral ou da execução penal, indo além do julgamento de pretensões resultantes do direito de ação exercida pelo autor e com aptidão para formar coisa julgada.

2. Onde o ECA fala de representação ou de requisição não está falando em legitimidade para propor ação, muito menos propicia que o Conselho Tutelar passe a demandar como um substituto processual.

3. O Conselho Tutelar de Palhoça, protestando pela falta de vaga na rede pública de ensino em favor de específica criança, apresentou representação, mas isso valeu por um atípico exercício do direito de ação, tanto que até se postulou citação e julgamento de procedência.

O caso de fundo, além do mais, tem tido unívoca solução neste Tribunal de Justiça, que sempre decide em favor do dever de fornecimento de vaga no ensino fundamental, deferindo-se legitimidade ativa ao próprio interessado (é evidente), por si ou mediante a Defensoria Pública, ou mesmo por substituição processual pelo Ministério Público.

Desnecessidade de interpretação que alargue o rol de legitimados, ainda mais que a substituição processual depende de lei expressa (art. 18 do CPC).

4. *O art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como infração administrativa o ato de “descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, assim como de determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar”.*

O Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal de Justiça decidem que apenas os pais, tutores e curadores do menor podem ser sujeitos ativos da tal infração administrativa, que pode ser tida como própria.

5. *Ociosidade de instauração de incidente de assunção de competência: o mérito da questão já foi avaliado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público mediante o mesmo expediente e o baralhamento procedimental aqui instaurado não justifica a reunião daquele colegiado para assunto que, na visão desta Câmara, não desafia qualquer polêmica. Tudo deve ser resolvido, como vem sendo mesmo feito, mediante verdadeiro exercício de direito de ação por quem de direito, não pela maneira atípica aqui pretendida.*

6. *Recurso desprovido, referendando-se a extinção do processo”.*

Esse é também, basicamente, o texto da ementa proposta pelo estudioso Desembargador Hélio do Valle Pereira, para resumir a solução e a definição da tese jurídica alusiva ao presente Incidente de Assunção de Competência, ao reafirmar sua posição no sentido da ilegitimidade de parte ativa do Conselho Tutelar para, como substituto processual de criança ou adolescente, propor ação judicial, sob jurisdição contenciosa, com pedido de citação e condenação, para obrigar o Município ou o Estado a cumprir a obrigação de fazer inerente ao objeto de sua requisição, ou para imposição de multa pela infração administrativa do art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No corpo de seu voto, e dedicado Relator transcreve parecer da lavra do insigne Procurador de Justiça deste Estado, Dr. Paulo Ricardo da Silva, que se louva em excertos da Pesquisa n. 0033/2021/CIJ e da Pesquisa 090/2021, do Conselho de Apoio Operacional da Infância e Juventude (CIJ), no sentido de que, resumidamente:

“(i) o Conselho tutelar é órgão não jurisdicional e suas atribuições se efetivam no próprio colegiado, em âmbito administrativo, de modo que não necessita da jurisdição para sua efetivação;

(ii) conforme doutrina, a ideia básica da criação do Conselho Tutelar foi a de evitar o quanto possível, o acionamento do Poder Judiciário para aplicação de medidas de proteção a crianças, adolescentes e famílias’;

(iii) ‘ainda que administrativas, as decisões do Conselho Tutelar têm eficácia imediata, independentemente de sua ‘ratificação’ pela autoridade judiciária ou por qualquer outro órgão, sendo obrigatório seu pronto cumprimento, por parte de seu destinatário (particular ou órgão do Poder Público a partir do seu conhecimento’;

(iv) ‘havendo descumprimento da requisição, com recusa injustificada do serviço público, a providência cabível ao Conselho tutelar é o de representar o responsável pelo descumprimento por conta da infração administrativa prevista no art. 249do ECA;

(v) ‘o Conselho tutelar detém legitimidade para ingressar com esse tipo de representação perante a Vara da Infância e Juventude, dando início a procedimento para a imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente’;

(vi) *‘não é juridicamente possível admitir atuação do Conselho Tutelar como substituto processual da criança ou do adolescente, no sentido de pleitear, em juízo, a condenação do Poder Executivo Municipal para garantir serviço público necessário para a satisfação de direito de criança ou de adolescente, como é o caso de vagas na educação infantil ou no ensino fundamental’;*

(vii) *‘nesse caso, o Conselho tutelar deve encaminhar, formalmente, a família à Defensoria Pública (onde houver, ou à advocacia dativa) ou mesmo ao Ministério Público para o ajuizamento da ação individual ou coletiva’; ‘sem prejuízo da representação em Juízo pelo descumprimento de sua requisição a atrair a incidência da multa do art. 249 do ECA’;*

(viii) *‘não se entende possível que, nos autos do procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, seja requerida a tutela satisfativa do direito ameaçado ou lesionado, haja vista que não há tal previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente’.*

Em manifestação prévia para o debate, o Desembargador Carlos Adilson Silva, sobre a qual depois, na sessão de julgamento, acabou refluindo, chegou a sustentar a ausência de capacidade postulatória do Conselho Tutelar para residir em Juízo.

Embora várias das afirmações contidas nessas manifestações sejam absolutamente conformes ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com todo o respeito, é imperativo reconhecer a existência de equívocos, tanto do Juízo, quanto do Órgão Ministerial, quanto, ainda, do ilustre Relator originário, e também do eminente Desembargador Carlos Adilson Silva, naquela manifestação prévia já não mais defendida por ele, que podem ser assim elencados:

1º) ao contrário do que afirmou o MM. Juiz, o Conselho Tutelar não formulou representação ao Juízo de Infância e Juventude para aplicação da multa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sim que fossem adotadas as medidas protetivas em face do descumprimento da requisição de serviço público que fez ao Órgão Administrativo;

2º) o Conselho Tutelar, ao oferecer a representação, não está representando uma criança ou adolescente, ou seja, não está atuando como substituto processual, e sim em nome próprio, ante o descumprimento de sua requisição, cuja defesa pleiteia ao Juízo;

3º) o fato de, equivocadamente, o Conselho Tutelar, na sua representação, cuja forma adequada foi observada, inclusive com vinculação ao dispositivo próprio do ECA, ter requerido a citação do Ente Público e sua condenação ao cumprimento da obrigação de fazer concernente ao serviço público requisitado, não transmuda a representação, de cunho administrativo, em ação judicial contenciosa, pois o título é ‘representação’ e o objetivo é o de que o Juízo de Infância e Juventude determine o cumprimento da medida protetiva requisitada, que, injustificadamente, não foi cumprida pelo Ente Público;

4º) o Conselho Tutelar realmente não tem capacidade postulatória, no sentido de atuação de Advogado em processo judicial, nem se encontra representado por Causídico na sua representação, mas tem capacidade processual para residir em Juízo mediante a apresentação de representação para que suas decisões e requisições sejam cumpridas, quando desconsideradas pelo Poder Público requisitado;

5º) não é necessário transferir as atribuições a um Defensor Público ou Dativo ou ao Ministério Público, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente a atuação e a atribuição do Conselho Tutelar, tanto no âmbito administrativo de sua instituição, para requisitar dos entes públicos a prestação de serviços

públicos a crianças e adolescentes, quanto perante a autoridade judiciária de Infância e Juventude, esta que é competente para conhecer das representações formuladas por aquele em face do descumprimento de suas requisições e tomar as providências devidas.

Para iniciar a discussão de todas essas premissas, é conveniente historiar o aparecimento da figura do Conselho Tutelar, no ordenamento jurídico brasileiro.

O revogado Código de Menores (Lei Federal n. 6.697, de 10/10/1979) baseava-se na hipótese de “*situação irregular do menor*”, que deveria ser apurada em procedimento específico, de ofício ou por provocação do Ministério Público ou pela “*autoridade administrativa competente*” (na atualidade seria o Conselho tutelar), para aplicação de medidas de assistência, proteção e vigilância ao “*menor*” (arts. 8º, 15 e 95).

Aquele Código de Menores, a começar pelo termo “*menor*”, considerado estigmatizante, foi sempre muito criticado por considerar em “*situação irregular*” uma criança ou adolescente que estivesse desprotegida ou vulnerável, por estabelecer medidas repressivas a atos infracionais sem completa garantia de contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, além de envolver mais propriamente pais e responsáveis e não o Poder Público no cumprimento de medidas protetivas.

Para superação disso, sobreveio movimento significativo de Juristas especialistas nesse segmento do Direito, tendo sido representado este Tribunal de Justiça pelo então Juiz de Menores, e depois Desembargador, Antônio Fernando do Amaral e Silva, que se juntou aos demais e percorreu o Brasil e parte da América Latina, trazendo para debate a **teoria da proteção integral**, hoje **erigida à condição de princípio**, e da **prioridade absoluta**, em razão da qual, dentre inúmeras outras alterações, o termo “*menor*” foi banido, passando a designar-se o sujeito de direito como “*criança*” ou “*adolescente*”, e a “*situação irregular*” foi substituída pela condição de sujeito de direitos, portanto, cidadão, que necessita de proteção integral com absoluta prioridade.

O princípio da proteção integral foi aplicado na Constituição de 1988, cujo art. 227 assim declara:

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

Com base nesse dispositivo constitucional foi editado o **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei Federal n. 8.069, de 13/7/1990), um novo microsistema de Direito, que revogou o Código de Menores e declarou já no **art. 1º** que “*esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente*”; no **art. 3º**, que “*a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento*

físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”; e no **art. 4º**, que *“é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*”; sendo que *“a garantia de prioridade compreende: [...] precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública”* (**parágrafo único, letra “b”**); não podendo ser *“objeto de qualquer forma de negligência”* (**art. 5º**). Por sua vez, o **art. 7º** garante a proteção à vida e à saúde. De acordo com o **art. 86**, *“a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios*”; e, conforme o **art. 87**, *“são linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas; II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016); III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; [...]”*. Dentre as diretrizes da política de atendimento está a municipalização (**art. 88, I**).

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema de proteção a crianças e adolescentes, integrado pelo Conselho Tutelar, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Autoridade Judiciária e pelas entidades de atendimento, acolhimento ou internação.

Foi então instituído o Conselho Tutelar, que deve existir em cada Município, integrado por membros escolhidos pela comunidade local, com atribuições específicas, nos termos dos arts. 131, 132, 135, 136 e 137:

Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

Art. 132. Em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal haverá, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida recondução por novos processos de escolha. (Redação dada pela Lei nº 13.824, de 2019)

Art. 135. O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral. (Redação dada pela Lei nº 12.696, de 2012)

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII - expedir notificações;

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal ;

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

XII - promover e incentivar, na comunidade e nos grupos profissionais, ações de divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes. (Incluído pela Lei nº 13.046, de 2014)

XIII - adotar, na esfera de sua competência, ações articuladas e efetivas direcionadas à identificação da agressão, à agilidade no atendimento da criança e do adolescente vítima de violência doméstica e familiar e à responsabilização do agressor; (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

XIV - atender à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar, ou submetido a tratamento cruel ou degradante ou a formas violentas de educação, correção ou disciplina, a seus familiares e a testemunhas, de forma a prover orientação e aconselhamento acerca de seus direitos e dos encaminhamentos necessários; (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

XV - **representar à autoridade judicial ou policial para requerer o afastamento do agressor do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente;** (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

XVI - **representar à autoridade judicial para requerer a concessão de medida protetiva de urgência à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar, bem como a revisão daquelas já concedidas;**

XVII - representar ao Ministério Público para requerer a propositura de ação cautelar de antecipação de produção de prova nas causas que envolvam violência contra a criança e o adolescente; (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

XVIII - tomar as providências cabíveis, na esfera de sua competência, ao receber comunicação da ocorrência de ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que constitua violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente; (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

XIX - receber e encaminhar, quando for o caso, as informações reveladas por noticiantes ou denunciante relativas à prática de violência, ao uso de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente; (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

XX - representar à autoridade judicial ou ao Ministério Público para requerer a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionada à eficácia da proteção de noticiante ou denunciante de informações de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente.” (Incluído pela Lei nº 14.344, de 2022)

Ou seja, o Conselho Tutelar tem atribuição de requisitar dos Órgãos da Administração a prestação de serviços públicos necessários à proteção e ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, dentre os quais os serviços de atendimento à saúde, atendimento social ou psicológico, matrícula em estabelecimentos de educação infantil (creches ou pré-escolas) e de ensino fundamental, de acordo com as competências de cada Ente Público.

A respeito da adoção de medidas de proteção a crianças e adolescentes, dizem os arts. 98, 100 e 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que respeita ao discutido neste processo:

“Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; [...]”

“Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

“Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

VII - *intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)*

VIII - *proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)*

IX - *responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)*

X - *prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)*

XI - *obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)*

XII - *oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)”*

“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras as seguintes medidas:

II - *orientação, apoio e acompanhamento temporários;*

III - *matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;*

IV - *inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)*

V - *requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;*

VI - *inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;*

[...]”

Indubitável, pois, que o Conselho Tutelar tem o poder de requisitar dos Órgãos da Administração a prestação de serviços públicos especialmente para a concretização das medidas de proteção e atendimento a crianças e adolescentes (art. 136, inciso III, letra “a”, do ECA).

Essa requisição não é uma solicitação e sim uma ordem, uma determinação, para que o Poder Público cumpra suas obrigações constitucionais e legais para efetivação dos direitos da criança ou adolescente.

Por isso que, no caso de descumprimento injustificado da requisição, o Conselho Tutelar tem a atribuição, nos termos do art. 136, inciso III, letra “b”, do ECA, de oferecer **representação** ao

Juízo da Infância e Juventude, para que este determine as medidas protetivas adequadas para dar efetividade àquela requisição administrativa.

Essa representação é feita pelo Conselho Tutelar em nome próprio, de acordo com as atribuições que lhe são outorgadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e não como representante de uma criança ou adolescente, tratando-se de verdadeiro equívoco considerá-lo como substituto processual desse sujeito de direitos.

Com efeito, a representação inicial, formulada pelo Conselho Tutelar diretamente ao Juízo da Vara de Infância e Juventude, sem assistência de Advogado, para imposição da medida protetiva de cumprimento da obrigação do Poder Público de admitir a criança ou adolescente em instituição de educação infantil ou em estabelecimento de ensino fundamental, tem supedâneo no Estatuto da Criança e do Adolescente e, inclusive, foi ratificada pelo Ministério Público.

Doutra parte, ao contrário do que decidiu o Magistrado sentenciante, não se trata de representação para fins de aplicação da sanção por infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência” (**Expressão “pátrio poder” substituída por “poder familiar” pela Lei nº 12.010, de 2009**).

É verdade que o Conselho Tutelar pode representar ao Juízo de Infância e Juventude para aplicação da multa prevista nesse dispositivo do ECA, em face do descumprimento, doloso ou culposo, de sua determinação, no caso, referente à sua requisição ao Poder Público da prestação de serviços públicos (art. 194 do ECA).

Mas também é certo que o Conselho Tutelar, em vez de representar diretamente ao Juízo de Infância e Juventude, para aplicação dessa penalidade por infração administrativa, poderá encaminhar ao Ministério Público para que tome as providências devidas (art. 136, inciso IV, do ECA).

Independentemente disso, percebe-se nos processos que vêm a este Tribunal, que o Conselho Tutelar, ao requisitar a prestação de serviço público ao Órgão da Administração, menciona que o descumprimento da requisição poderá importar na infração administrativa do art. 249 do ECA e/ou na prática do crime de desobediência do art. 330 do Código Penal.

No entanto, ao dirigir ao Juízo de Infância e Juventude a sua representação pelo descumprimento injustificado da mencionada requisição, o seu objetivo não é a aplicação de qualquer multa e sim a efetivação do direito de criança ou adolescente mediante a imposição, ao Ente Público recalcitrante, do cumprimento da obrigação de fazer concernente à medida protetiva adequada.

Como se disse, ao oferecer representação perante o Juízo de Infância e Juventude, o Conselho Tutelar não agiu como substituto processual de uma criança ou adolescente e sim em nome próprio, em razão do descumprimento de sua requisição, ao Poder Público, de um serviço público obrigatório em favor de criança ou adolescente desprotegido do direito de usufruir dele.

O art. 18 do Código de Processo Civil deixa bem claro que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Tal é o caso do Conselho Tutelar autorizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente a oferecer representação ao Juízo de Infância e Juventude para tornar efetiva sua requisição ao Poder Público e, assim, garantir a satisfação do direito subjetivo de uma criança ou adolescente.

Por isso a legitimidade do Conselho tutelar para formular a representação que aqui apresentou ao Juízo da Infância e Juventude.

Equivocada é também a afirmação de que o Conselho Tutelar carece de capacidade postulatória para residir em Juízo.

Diz o art. 103 do Código de Processo Civil que “a parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”, mediante a juntada de procuração, podendo “postular em causa própria quando tiver habilitação legal” (parágrafo único).

A capacidade postulatória aí mencionada é inerente à profissão de Advogado.

Todavia, é desnecessário ter capacidade postulatória para a provocação do Juízo de Infância e Juventude pelo Conselho Tutelar, independentemente de representação judicial por Advogado, restrita à formulação da representação para que o Juízo determine o cumprimento, pelo Órgão Público correspondente, da obrigação inerente a direito de criança ou adolescente que ele descumpriu, porque essa atribuição está no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente nos dispositivos legais antes transcritos, não se olvidando que a **proteção integral a crianças e adolescentes** que o art. 227 da Constituição Federal e o ECA consolidaram, envolve o Sistema de Justiça de Infância e Juventude integrado não apenas pela autoridade judiciária, pelo Ministério Público e pelos Advogados de Infância e Juventude (Defensores Públicos específicos), mas também pelos serviços administrativos ou judiciais de apoio, dentre os quais os do Conselho Tutelar, da Assistência Social, da Psicologia Judiciária e dos Comissários de Menores ou Comissários de Infância e Juventude, estes que, antes da previsão estatutária da existência do Conselho Tutelar, já exerciam função administrativa de “*representar ao juiz sobre medida que lhe pareça útil adotar*”, nos termos do art. 174, inciso VII, do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina (Lei Estadual n. 5.624, de 9/11/1979), ainda em vigor, embora um tanto esquecido.

Aliás, a legitimidade e a capacidade de se dirigir diretamente ao Juízo, independentemente da intervenção de Advogado, é conferida, por exemplo, a Delegados de Polícia, quando representam ao Juiz para decretação de prisão temporária (art. 2º, da Lei Federal n. 7.960, de 21/12/1989), ou de prisão preventiva (arts. 13, inciso IV, e 311 do Código de Processo Penal), ou para decretação da incomunicabilidade em inquérito policial (art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Penal); ou quando requerem a determinação, pelo Juízo, de interceptação das comunicações telefônicas (art. 3º, inciso I, da Lei Federal n. 9.296, de 24/7/1996).

Outro exemplo importante de provocação direta do Juiz, para sua atuação judiciária, inclusive para observância de contraditório, sem a participação de Advogado, dispensada, portanto, a

capacidade postulatória, é a possibilidade de as partes comparecerem pessoalmente aos atos dos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis nas causas de valor de até 20 (vinte) salários mínimos, sendo apenas facultativa a assistência por Advogado (art. 9º e seu § 1º, da Lei Federal n. 9.099, de 26/9/1995); e nos Juizados Especiais Federais Cíveis em causas de até 60 (sessenta) salários mínimos (art. 10 da Lei Federal n. 10.259, de 12/7/2001, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 3.168-6), regras essas extensíveis, conforme a doutrina, aos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei Federal n. 12.153, de 22/12/2009).

Aliás, com muita frequência tem sido o Juízo de Infância e Juventude chamado de “*Juizado de Infância e Juventude*”, tão informal muitas vezes é a atuação de todos os seus Órgãos jurisdicionais e administrativos em favor da proteção integral de crianças e adolescentes.

A atribuição de o Conselho Tutelar oferecer representação diretamente ao Juízo de Infância e Juventude se manifesta não apenas no caso do art. 136, inciso III, letra “b”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também na hipótese do art. 194 do mesmo Diploma, para processamento dos casos de infração administrativa.

Ou seja, o Conselho Tutelar tem capacidade processual para, independentemente da assistência ou representação por Advogado, oferecer representação, em nome próprio, ao Juízo da Infância e Juventude, para obter o provimento administrativo-jurisdicional necessário para efetivar a requisição que fez ao Poder Público para a prestação de serviços públicos obrigatórios em favor de criança ou adolescente.

Poder-se-ia dizer, até, que se trata de uma capacidade postulatória específica, que o microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente outorga ao Conselho Tutelar.

Não se olvide, também, que, segundo o art. 148, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “*a Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis*”, o que determina a obrigatoriedade de os Juízes de Infância e Juventude receberem as representações respectivas e lhes darem seguimento, adotando as medidas de proteção a crianças e adolescentes que forem necessárias.

Também é importante mencionar o que diz o art. 153 do ECA (tal como dizia o art. 87 do revogado Código de Menores): “*se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público*”.

É conveniente lembrar que o procedimento da representação do Conselho Tutelar ao Juízo de Infância e Juventude, para que este determine as medidas de proteção necessárias a crianças e adolescentes, deve ser considerado de jurisdição voluntária, um tempo atrás chamado de “*procedimento de jurisdição administrativa*” (como dizia o revogado Código de Menores no art. 86), que envolve atos, inclusive informais, praticados de ofício pelo Juízo ou provocados diretamente pela parte ou por quem tenha a atribuição legal de protegê-las, não sendo obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente

ou oportuna, não no sentido do Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.109), pois revogado o Título “*Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária*”, que não foi reproduzido no Código de Processo Civil de 2015, mas no sentido dos arts. 6º e 100 e seu parágrafo único, especialmente os seus incisos II, III e IV, do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, reproduzindo em termos o que antigamente falava o revogado Código de Menores, segundo o qual “*a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado*” (art. 5º); ou, como dizem o art. 6º, do ECA, “*na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*”; e o art. 100, parágrafo único, inciso II, segundo o qual “*a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares*”

Não há dúvida alguma de que em todos os processos referentes a essas representações deve intervir sempre o Ministério Público, que poderá inclusive assumir a defesa da criança ou adolescente interessado, especialmente no caso em que se torna necessária a formação do contraditório a partir da contrariedade do Ente Público envolvido, nos termos do art. 201, incisos III (parte final), V, VIII e X, e do art. 202, do ECA, podendo promover as ações a que se refere o art. 208 para proteção dos direitos assegurados a crianças e adolescentes, sem prejuízo da intervenção do próprio infante interessado ou de seus pais, aí, sim, devidamente representados por Advogado ou Defensor Público (arts. 141 e seu § 1º, e 206 do ECA). Também é do Ministério Público, e não do Conselho Tutelar titular da representação, a legitimidade para interpor recursos contra as decisões tomadas pelo Juízo da Infância e Juventude que eventualmente forem contrárias aos interesses de criança ou adolescente.

Mas isso não significa que, para oferecer representação à autoridade judiciária para pleitear a imposição de medidas de proteção a criança ou adolescente o Conselho Tutelar tenha necessidade de estar representado por Advogado, ou que a criança ou adolescente precise contratar Advogado ou servir-se da Defensoria Pública ou da Defensoria Dativa (atento ao fato de que as pessoas envolvidas geralmente são de poucos recursos financeiros, vulneráveis e hipossuficientes) para propor uma ação, até porque se sabe que a estrutura da Defensoria Pública é ainda insuficiente para atender a todos os necessitados, por mais que os seus titulares sejam diligentes.

É que a regra é clara no sentido de sua atuação do Conselho tutelar, independentemente de representação judicial e da participação subjetiva da criança ou adolescente ou de seus pais, para obter o provimento jurisdicional necessário para dar efetividade às suas requisições de serviços públicos.

Não obstante a necessidade de intervenção do Ministério Público em todo o procedimento, é desnecessário condicionar o prosseguimento do feito à assunção da autoria da “*ação*” por ele, pois se trata de representação de cunho administrativo que deve ter seguimento imediato no Juízo da Infância e da Juventude, inclusive com a adoção das medidas necessárias para reposição do direito de criança ou adolescente violado pelo Poder Público, antes ou depois da intervenção ministerial.

Aliás, é importante assinalar que nesses mais de trinta (30) anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente jamais se ouviu falar de rejeição, liminar ou posterior, pelos Juízos de

Infância e Juventude de qualquer Comarca, das representações formuladas diretamente a eles, pelos Conselhos Tutelares.

Não será agora que, por força de uma decisão judicial equivocada, com todo o respeito, se vai mudar todo o procedimento inerente a essas representações.

Ninguém pode desconsiderar o direito de crianças e adolescentes à educação e a obrigação do Poder Público de disponibilizá-la em seus estabelecimentos, tanto de educação infantil quanto de ensino fundamental.

Não é à toa que o art. 205, da Constituição Federal, estabelece que “**a educação, direito de todos e dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho»; que o art. 206, inciso IV, prevê a necessidade de o ensino ser ministrado com base no princípio da “*gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais*”; que “*o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria*”; “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*”; “*atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde*” (art. 208, incisos I, IV e VII); que “*o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*”; “*o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente*”; e “*compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola*” (art. 208, §§ 1º, 2º e 3º); que “*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino*” (art. 211); que “*os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil*” (§ 2º); “*os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio*” (§ 3º); “*na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório*” (§ 4º); e “*a educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular*” (§ 5º); que “*a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino*” (art. 212); e que “**os recursos públicos serão destinados às escolas públicas**, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que [...]”; que “*a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto*”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 53 e seguintes, repete as normas constitucionais acerca desses direitos à educação e relembra que “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, *inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria*; II - *progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio*; III - *atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino*; IV - **atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 anos de idade**; V - *oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador*; VII - *atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde*” (art. 54); que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (§ 1º); “**o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente**” (§ 2º); “*competete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola*” (§ 3º); e que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (art. 55).

Da mesma forma, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.9.394/96), nos seus arts. 4º e 5º.

É fora de questão ou propósito imaginar uma criança ou adolescente em idade escolar fora da escola. Tanto se procura erradicar o analfabetismo. Tanto se procura evitar a evasão escolar. Tanto se obriga os pais e responsáveis a matricular e manter suas crianças e adolescentes nas escolas. Tanto os Órgãos de Controle, incluindo aqui os Conselhos Tutelares e o Ministério Público, têm atuado com rigor para que a crianças e adolescentes seja resguardado o direito inalienável à educação formal. E logo com todo o esmero da legislação, da sociedade, das famílias e das autoridades para que todos os problemas sejam resolvidos e ninguém esteja alijado da educação, vem o Poder Público, no presente caso, descumprir a determinação do Conselho Tutelar de conceder vaga em estabelecimento de educação infantil ou de ensino fundamental, que é de sua obrigação para satisfação do direito da criança e do adolescente! E, ainda, com o aval do descumprimento de regras claras, simples e práticas do Estatuto da Criança e do Adolescente, acerca da necessidade de, mediante o procedimento de representação do Conselho Tutelar, compelir o ente público a cumprir seu dever constitucional.

Igualmente, o direito à saúde, previsto na Carta Magna e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e o direito a atendimento social e psicológico.

São **direitos subjetivo fundamentais absolutos** de crianças e adolescentes e não podem ser olvidado em hipótese nenhuma.

Descumprida a obrigação constitucional e legal do Município ou do Estado, de dar atendimento social ou psicológico ou à saúde, ou acolher uma criança ou adolescente em estabelecimento de educação infantil ou de ensino fundamental, é evidente a possibilidade de intervenção do Conselho Tutelar para requisitar a prestação do serviço e, se não for atendido, ir ao Juízo de Infância e Juventude, em nome próprio e não como substituto processual, independentemente da assistência de Advogado, mediante representação, para que sejam determinadas as devidas medidas protetivas

inerentes a essa obrigação do Poder Público, haja vista tudo isso estar garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A respeito, veja-se a jurisprudência deste Tribunal:

“DIREITO À EDUCAÇÃO. REPRESENTAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DAS REQUISIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. 1) INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. 2) JULGAMENTO QUE INFRINGIU O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PLEITO QUE SE RESTRINGIU À CONCESSÃO DE VAGA PARA MENOR EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO PÚBLICO. PRECEDENTES. CAUSA MADURA. CPC, ART. 1.013, § 3º, III. PROVIMENTO. “[...] DIREITO À MATRÍCULA EM ENSINO FUNDAMENTAL CHANCELADO PELA CARTA MAGNA. PRECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DA CF/1988, DO ART. 54, I, §§ 1º E 2º, DO ECA E DO ART. 5º DA LEI N. 9.394/1996. DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE SÃO PRIORIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA REFORMADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.” (AC N. 5006367-73.2020.8.24.0045, DE PALHOÇA, REL. JORGE LUIZ DE BORBA, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, J. 10-11-2020)” (TJSC, Apelação n. 5005178-26.2021.8.24.0045, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, julgada em 10/8/2021).

Na sessão de julgamento deste IAC, o eminente Des. Sandro José Neis, em defesa da legitimidade do Conselho Tutelar, deixou assente o seguinte no voto que proferiu na sessão de julgamento:

“[...] Realmente é um debate extremamente interessante, e me é muito caro, e tenho, certamente, muitas dificuldades para divergir do eminente Desembargador Hélio do Valle Pereira e do Desembargador Carlos Adilson Silva que têm sido aqui neste Tribunal duas fontes iluminadoras das minhas decisões. Não raras às vezes uso acho que devidamente dos ensinamentos de vossas Excelências para encaminhar também as minhas decisões. Mas, nesse caso, ousou divergir, e quero, de pronto, cumprimentar o Desembargador Jaime Ramos, nosso Presidente, homem de extrema experiência no Poder Judiciário catarinense, sensível sempre que foi a essas causas, e quero cumprimentá-lo não só pela questão processual, jurídica de encaminhamento, mas também Desembargador Jaime pela sua inquietude, pela sua emoção, pela sua disposição de tratar desse tema. Existem certos temas que realmente nós temos que dar um passo à frente, e às vezes falar um pouco mais alto, e a posição de vossa Excelência foi firme nesse sentido.

O Desembargador Hélio do Valle Pereira, quando encaminhou o julgamento do caso dos psicotécnicos da Polícia Militar, fez uma frase que eu até fiz questão de registrar porque achei muito interessante. Ele disse “isso muda a vida de uma pessoa”. Isso depois foi, inclusive, recitado pelo Desembargador Pedro Manoel Abreu, nosso decano. Eu uso essa mesma frase indo um pouquinho à frente com relação a esse tema. Isso não muda apenas a vida de uma pessoa, isso muda a vida de uma geração, porque é a partir desses encaminhamentos que muitas questões foram solucionadas com a participação efetiva de todos os órgãos, do Ministério Público, Defensoria e também do Poder Judiciário. E posso citar questões extremamente relevantes como a implantação do próprio Conselho Tutelar. [...]

Lembro da instauração de inquérito civil no âmbito do Ministério Público [...] para exigir, lá no início da

década de 90, que todos os Municípios catarinense tivessem um Conselho Tutelar, porque não era interesse, Desembargador Jaime, do Município instalar o Conselho Tutelar porque, certamente, o Conselho Tutelar seria o grande provocador dos encaminhamentos na esfera do Município. Era cômodo para o Município não ter um Conselho Tutelar. Isso foi vencido, e todos os Municípios catarinense a partir da instauração daquele inquérito civil, sem a necessidade de se ajuizar uma ação civil pública, todos os Municípios catarinense instalaram [...] o seu Conselho Tutelar. [...]

Mas eu preciso trazer para reflexão, [...] outros argumentos que se somam a esses apresentados pelo Desembargador Jaime Ramos.

O art. 136, todos sabem, estabelece a regra da requisição. A primeira questão que nós temos que enfrentar. O que é uma requisição? Requisição não é requerimento. Requisição é exigência legal. E para se avaliar a validade de uma requisição, nós precisamos olhar as duas pontas: de quem requisita e de quem é destinatário da requisição. E a primeira pergunta que devemos fazer: Pode o Conselho Tutelar, tem o Conselho Tutelar no rol das suas atribuições, a específica de expedir requisições? Sim, tem. O ECA estabelece no art. 136. Por outro lado, tem o Município o dever legal de cumprir a requisição? Sim, tem. [...]. Então, portanto, a exigência é legal pelos dois viés. De quem expede e de quem é o destinatário da requisição. E aí, nós precisamos agora entender esse microsistema no âmbito da tramitação dos feitos na esfera do Juízo da Infância e Juventude. Há um microsistema que tem ali especificamente procedimentos de jurisdição contenciosa. [...]

Mas nós temos procedimentos de caráter administrativo. E no rol específico, nós temos lá, nos procedimentos estão previstos nos arts. 152 e seguintes, do ECA, nós temos alguns exemplos de procedimentos de caráter administrativo. O primeiro, por exemplo, não vou citar todos, mas o primeiro está previsto no art. 191, que é o de apuração de irregularidades de entidades de atendimento. [...]. Só lembrando, todos sabem, como é que se instaura esse procedimento? Está aqui no art. 191. O procedimento de apuração de irregularidades em entidades governamentais e não-governamentais terá início mediante portaria da autoridade judiciária [...] por uma portaria de ofício, ou por representação do Ministério Público ou por uma representação do Conselho Tutelar. Não diz que é por advogado representando o Conselho Tutelar, uma representação do Conselho Tutelar. Vai ter um procedimento sim, vai ter citação, e poderá ter um julgamento que vai aplicar, poderá ser uma multa, uma advertência ou uma sanção específica ao dirigente que infringiu uma norma.

Temos na sequência um procedimento de apuração às normas de proteção à criança e ao adolescente. É um outro exemplo. Como é que se instaura esse procedimento administrativo? Tramita no Juizado da Infância e Juventude, mas é administrativo. [...] Como é que se instaura? Por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar. E vai mais longe o artigo. Pode ser até pelo Comissário da Infância e Juventude. Esse procedimento é instaurado por formulário, inclusive o próprio artigo diz. Pode ser um formulário, um formulário preenchido pelo Comissário da Infância e Juventude. Haverá uma instrução, haverá defesa, haverá instrução e julgamento [...]. Então, são claros os exemplos, não só com relação a essa questão do descumprimento, mas são claros outros exemplos em que é possível o Conselho Tutelar estar atuando perante o Juízo da Infância e Juventude, sem necessidade de advogado [...].

O próprio Conselho pode fazer. O ECA já disse o que ele pode fazer. Não é pelo fato de ele estar representado por advogado que ele vai ter mais atribuições ou mais poderes no âmbito jurisdicional. Essa lógica, ela não se fecha, porque tudo aquilo que o ECA diz que ele pode fazer, pode fazer por vontade própria, e não é através de um Conselheiro, é uma decisão Colegiada [...] é uma decisão do Conselho Tutelar.[...]

O que nós temos na prática? A defesa de um ato próprio do Conselho. O Conselho está em juízo defendendo a sua requisição. Nós deveríamos então exigir que o Ministério Público fizesse essa defesa? Não. O Ministério Público não é legitimado para isso. O Ministério Público não é legitimado para defender os interesses de Conselho Tutelar, muito menos a validade de requisição do Conselho Tutelar. Ah, quem sabe poderia ser o Município, porque ele é um órgão municipal. Ledo engano, o Município é o principal demandado pelo Conselho Tutelar.

Jamais o Município entraria em juízo para defender. Então quem seriam os outros? Ora, o próprio ECA dá a solução. É o próprio Conselho Tutelar.

E o que isso vai gerar na prática? Vai gerar na prática, é que se nós entendermos de forma diferente, nós teremos uma burocracia que não vai gerar eficiência, que não vai gerar o fortalecimento do princípio da prioridade absoluta. Nós teremos seguindo em caminho justamente inverso. Nós estaremos, na verdade, dizendo que tudo tem que passar pelo Ministério Público ou pela Defensoria. E não é [...] só da saúde não, não é meia dúzia de casos envolvendo a saúde. Envolve, desculpe, educação. O próprio artigo diz que poderá ser requisitado serviço público na área da saúde, na área da educação, do serviço social, de previdência, trabalho e segurança. Ou seja, todas essas questões que via de regra se revolvem de forma administrativa, nós estaríamos colocando sob a responsabilidade de apreciação e de rápida resposta pelo Ministério Público ou pelos outros legitimados. [...]

Então, com essas observações Senhor Presidente, colegas, eu encaminho acompanhando o voto do Desembargador Jaime Ramos [...].”

O digno Des. Sandro José Neis, no seu voto, citou a decisão do Ministro Herman Benjamin, proferida no REsp n. 1.324.144/MG, da qual se retiram os seguintes excertos:

“A tutela da criança e do adolescente tem fundamento de validade na Constituição Federal, que, em seu art. 227, atribuiu absoluta prioridade às ações de proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana em desenvolvimento, verbis:

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

(...)

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens Em regulamentação ao dito preceito constitucional, sobreveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), de onde extraio alguns dispositivos de especial aplicação ao caso concreto:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

(...)

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

(...)

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional,

encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

(...)

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos. Art. 146. A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local.

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: (...)

VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público. (grifou-se) **Como facilmente se observa do vasto arcabouço normativo acima transcrito, o legislador constituinte e ordinário estabeleceu um conjunto de ações, objetivos e princípios visando assegurar a mais ampla proteção e prioridade na adoção de medidas administrativas e judiciais para a tutela da criança e do adolescente.**

Tenho, pois, que a decisão de origem divorciou-se do espírito que norteia a legislação de regência.

A propósito, extraio do acórdão de origem excerto que evidencia a adoção de formalismo incompatível com a principiologia instrumental que ilumina o Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejam-se os fundamentos trazidos à fl. 81: Em relação ao presente processo, verifico que o pedido de providência (f. 02/03) contra o Município de Mariana, através de sua Secretaria de Saúde, adquiriu a forma de mandado de segurança e, como tal, foi processado.

Não se nega aqui a possibilidade do Conselho Tutelar ‘representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações [administrativas]’ (Lei n.8.069/1990, art. 136, inciso lII, alínea “b”), ou encaminhar notícia ao Ministério Público para providências (Lei n.8.069/1990, art. 220), dentre elas a propositura de ação cível, nos termos do art. 210 da Lei n.8.069/90:

“Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária”.

Percebe-se que não se encontra nesse rol de legitimados para propor ação civil o Conselho Tutelar.

Dessa forma, atendendo ao preceito legal, a jurisprudência deste Eg. Tribunal de

Justiça admite, em decorrência do pedido de providência do Conselho Tutelar, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da competente ação (Lei n.8.069/1990, art. 201, inciso IX), como deveria ter ocorrido no presente caso:

(...)

Com tais considerações, entendo ser legítimo o Conselho Tutelar, não merecendo reparo a sentença primeva.

Em se tratando de tutela prioritária aos direitos da criança e do adolescente, o extremado apego ao formalismo conduz ao descumprimento de inúmeros preceitos legais, dentre os quais destaco, particularmente, os arts. 136, V, 141, 148, VII, e 153, da Lei 8.069/90.

Com efeito, ainda que o procedimento adotado pelo Conselho Tutelar para encaminhar pedido de providências em favor do infante não fosse o mais acertado - e não é esse o caso dos autos -, cumpria ao Poder Judiciário ‘investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias’, tal como estampa o art. 153 do ECA. [...]

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial para reformar o acórdão recorrido e determinar o imediato processamento do pedido de providências encaminhado pelo Conselho Tutelar, nos termos dos fundamentos supra” (STJ

- REsp n. 1.324.144/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 9/5/2014).

Em outro precedente referido pelo digno Des. Sandro José Neis, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino exarou a seguinte decisão:

“Passo a decidir. O recurso especial merece provimento.

Depreende-se dos autos que o Conselho Tutelar de Mariana (MG) requereu ao Juízo da Infância e da Juventude daquela Comarca pedido de providências em benefício dos menores L.C.R. e A.F.M.R., com fundamento no artigo 136, I, IV e V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, requerendo a aplicação de medida de proteção.

O Juízo de primeiro grau entendeu assumir o pedido de providências contornos de procedimento judicial para o qual não estaria legitimado o Conselho Tutelar, extinguindo o processo, sem resolução do mérito.

O Tribunal a quo, a seu turno, confirmou, por maioria, a sentença, divergindo a eminente Desembargadora Maria Elza, que, interpretando os artigos 136, V e 148, VII, da Lei nº 8.069/90 à luz dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, reconheceu a legitimidade ativa do Conselho Tutelar para o presente pedido de providências.

Com razão a ilustre Desembargadora prolatora do voto vencido.

Efetivamente, extrai-se do teor dos referidos artigos que entre as atribuições do Conselho Tutelar esta a de ‘encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência’, bem como compete a Justiça da Infância e da Juventude ‘conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis’.

Assim, a fim de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, missão que, inclusive, é constitucionalmente atribuída a toda a sociedade (Constituição Federal, art. 227), poderá e deverá o Conselho Tutelar levar ao conhecimento do Poder Judiciário situações de risco a que esteja submetido o infante, a fim de serem aplicadas as medidas de proteção cabíveis.

Assume, desse modo, o pedido de providências veiculado pelo Conselho Tutelar, caráter meramente informativo, podendo, ou não, deflagrar o devido procedimento judicial, motivo pelo qual não há exigir-se o preenchimento de formalidades processuais próprias das ações judiciais, sobretudo considerando a obrigatoriedade de assegurar-se com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente.

Por outro lado, permite-se à autoridade judiciária, por força do que dispõe o artigo

153 do ECA, a investigação dos fatos e a ordenação de ofício das providências necessárias à salvaguarda dos direitos das crianças e adolescentes, mitigando-se o formalismo processual.

A regra do art. 153 do ECA é a seguinte:

Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

Nesse ponto, confira-se o comentário de Kazuo Watanabe (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 742) ao artigo 153 do ECA, citado pela i. Desembargadora Revisora do acórdão recorrido em seu voto divergente, verbis:

O texto legal em análise dispõe, a um tempo, sobre o procedimento e sobre os poderes do juiz.

À inexistência de procedimento específico, a regra não é a da aplicação subsidiária

do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Poderá ser adotado pelo juiz, ouvido o Ministério Público, o procedimento que mais lhe parecer adequado. Por outro lado, não está ele sujeito ao princípio dispositivo na instrução da causa, não tendo aplicação estrita no regime do Estatuto, o princípio da iniciativa das partes em matéria de prova (judex secundum alle gata et probata partium judicare debet). Cabe ao magistrado adotar a iniciativa para ‘investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias’, como é explícito o dispositivo comentado, o que bem revela que o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel ‘mais ativo no processo. Isso conduz por outro lado, á atenuação do formalismo processual.

O art. 130 do CPC, interpretado com mente mais aberta e sem apego exagerado ao princípio dispositivo, conduz a essa mesma conclusão, que é, por sinal, aquela explicitada no art. 1.107 em matéria de procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

Também nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

ADMINISTRATIVO.PROCESSUAL CIVIL.PROTEÇÃO DE INTERESSE DIFUSO.SISTEMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. SUJEITOS DE DIREITOS. PRINCÍPIOS DA ABSOLUTA PRIORIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. NOTÍCIA DE VULNERABILIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE ATUAÇÃO URGENTE DO PODER JUDICIÁRIO NO SENTIDO DE DETERMINAR A ADOÇÃO DE TODAS AS MEDIDAS CABÍVEIS E NECESSÁRIAS PARA A PROTEÇÃO DOS MENORES ENVOLVIDOS. PRECEDENTE DO STJ. (...)

2. *No mérito, quanto à necessidade de exaurimento das instâncias administrativas junto ao Conselho Tutelar para, então, poder recorrer ao Juizado da Infância e Juventude, verifica-se que este Sodalício possui o entendimento de que o artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite ao Juiz, até mesmo de ofício, ouvido o Ministério Público, adequar o procedimento às peculiaridades do caso, ordenando as providências necessárias para assegurar a proteção integral da criança e do adolescente. Precedente do STJ.*

3. *Deve ser mantida, a toda evidência, a decisão agravada, considerando a gravidade da situação, que relata a existência de notícia de fatos concretos que possam comprometer a integridade dos menores envolvidos - envolvimento com tráfico de drogas e evasão escolar. Por essa razão, ratifica-se que o presente recurso especial deve ser provido a fim de que sejam determinadas as medidas necessárias para superação desta situação de vulnerabilidade social pelo Juízo de Primeiro Grau, que está mais próximo dos fatos e portanto está mais habilitado para a tomada de todas as medidas necessárias em articulação com o Poder Executivo e demais instâncias competentes.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1323470/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 10/12/2012).*

Por fim, ainda que se pudesse cogitar da ilegitimidade do Conselho Tutelar, deve

ser observado o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, não se afigurando razoável condicionar o acesso do Conselho Tutelar ao Poder Judiciário a prévio requerimento ao Ministério Público, retardando, muitas vezes, o que não pode ser protelado, conforme argumentado pelo recorrente.

Efetivamente, esses problemas envolvendo crianças e adolescentes ocorrem, com frequência, à noite e aos finais de semana, sendo, na maioria das vezes, difícil localizar um Promotor de Justiça de plantão, além da exigência de rápida solução pelo Juiz da Infância e da Juventude.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, reconhecendo a legitimidade ativa do Conselho Tutelar para veicular o presente pedido de providência junto à Justiça da Infância e da Juventude” (STJ - REsp n. 1.190.163/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 18/11/2013).

De igual modo, o eminente Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, em defesa da legitimidade e da capacidade processual do Conselho Tutelar, consignou o seguinte no seu voto:

“[...] Mas aqui, fazendo um enquadramento conceitual das situações, eu vou acompanhar Vossa Excelência, Desembargador Jaime, pedindo vênias aos que pensam em sentido contrário, estabelecendo aqui rapidamente.

Primeiro, a questão da legitimidade concordo com Vossa Excelência, aqui é direito próprio em nome próprio, não é direito alheio em nome próprio. É direito próprio em nome próprio. E essa é a regra geral do Código de Processo Civil, primeira parte do art. 18 do Código de Processo Civil, em que cada um poderá pleitear o seu direito. [...] A segunda parte, a não ser que autorizado pelo ordenamento jurídico, é a hipótese do direito alheio em nome próprio, que também não se confunde com direito próprio em, com o direito alheio em nome alheio, que seriam as hipóteses de representação, da outra modalidade de representação. [...]

No caso aqui, é direito próprio em nome próprio. [...] A questão aqui é que lateralmente ela atinge um direito, mas o que o Conselho Tutelar visa obter do juiz é a validade do seu ato administrativo praticado.

Também a questão da capacidade postulatória, Vossa Excelência também enfrentou, também penso de modo adequado e correto porque, porque o Código reconhece a capacidade postulatória aos advogados, mas nunca excluiu e não exclui a possibilidade de outras legislações de reconhecer outras capacidades também postulatórias. Como é o caso, bem lembrado por Vossa Excelência, da Ação n. 3.186, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, no caso da possibilidade nos Juizados Especiais da Fazenda Pública de que se escolha representante para litigar. Naquele acórdão, aliás, o Ministro Joaquim Barbosa, ele traz essa questão e diz muito bem: olha o CPC 103, 104 reconhece sim capacidade postulatória ao advogado, que postula em juízo, mas isso não exclui a possibilidade de outras legislações de igual estatura ou de superior estatura no ordenamento jurídico também reconhecerem capacidade postulatória. É o que o Estatuto fez em relação ao Conselho Tutelar”.

Afirmou o eminente Relator originário, Desembargador Hélio do Vale Pereira, no seu voto, que, não obstante a legitimidade do Conselho Tutelar para requisitar dos Entes Públicos a prestação de serviços públicos e oferecer representação ao Juízo da Infância e Juventude pelo descumprimento injustificado da requisição, no caso concreto o Conselho Tutelar propôs, na verdade, uma ação judicial, inclusive com a formação de contraditório, uma vez que requereu a citação e a condenação do Ente Público envolvido.

É verdade que esses pedidos de citação e condenação aparecem nas representações formuladas pelo Conselho Tutelar ao Juízo de Infância e Juventude.

Contudo, isso não desnatura o procedimento que é de representação nos termos do art. 136, inciso III, letra “b”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que, em instância administrativo-judiciária, o Juízo determine as medidas protetivas necessárias para tornar efetiva a requisição feita pelo Conselho Tutelar ao Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da obrigação requisitada e os direitos de criança e adolescente.

Se o Juízo de Infância e Juventude, que labora numa Unidade Jurisdicional guiada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece procedimentos simples e expeditos para a atuação da

autoridade judiciária em favor de crianças e adolescentes, pessoas vulneráveis que necessitam de proteção integral e têm prioridade absoluta no atendimento, considerou-se incomodado pelos termos “citação” e “condenação”, utilizados pelo Conselho Tutelar, duas providências poderia ter tomado, no lugar de indeferir a “petição inicial” e extinguir “o processo” sem resolução do mérito: 1º) poderia ter mandado emendar a “petição inicial” para adequar-se ao procedimento da representação do art. 136, inciso III, letra “b”, do ECA, para prosseguir com o encaminhamento da medida protetiva adequada; 2º) ou atuar como Juiz Participativo, aquele que, conforme a doutrina atual de administração judiciária, “conversa” com as instituições para dar o melhor encaminhamento às atividades judiciárias e satisfazer adequadamente os direitos de crianças e adolescentes que foram violados. Essa última é a melhor opção. No sistema de “Juizado” de Infância e Juventude, isso não caracteriza quebra de imparcialidade, e sim integração ao sistema de proteção integral a criança e adolescente.

Com boa vontade, poderia o Juízo ter dado seguimento à representação, com a adoção das medidas protetivas necessárias, independentemente de qualquer emenda, para evitar os prejuízos que passaram a ter as crianças e adolescentes que deixaram de receber os serviços públicos obrigatórios que o Conselho Tutelar buscava garantir em favor deles.

É importante finalizar com a transcrição do lúcido e bem apropriado parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Jacson Corrêa, neste Incidente de Assunção de Competência:

“Dito isso, observa-se que no caso vertente a discussão que deu azo à formação desse incidente gira em torno da legitimidade ativa do Conselho Tutelar, para oferecer representação em juízo com o escopo de compelir a municipalidade a ofertar vaga no sistema público de ensino ou de assistência social à criança ou adolescente.

Desde logo, sublinha-se que não pode o município deixar de prestar serviços públicos mínimos e necessários à garantia de direitos constitucionalmente assegurados, com especial relevo para caso vertente, relacionados à saúde,

educação, e assistência social, sob pena de se por em risco a efetividade desses direitos sociais. Sobre o tema, em linhas gerais, os arts. 6º e 227, caput, da Constituição Federal de 1988 preceituam que:

[...]

Neste sentido, é cediço que a omissão do Estado que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.²

Essas normas constitucionais conferem ao Judiciário, na condição de um dos Poderes da República, um manto de legitimidade para garantir o equilíbrio fundamental na preservação dos direitos da criança e do adolescente, em consonância com a regra constitucional que assegura a sua proteção com absoluta prioridade ante a negligência do Poder Executivo.

Destarte, tratando-se de princípios que albergam a prioridade absoluta e a proteção integral, registra-se, por oportuno, que este “[...] exige que tanto a família quanto a sociedade e o Estado zelem pelos direitos e cuidados inerentes à formação de crianças e adolescentes”³, enquanto o primeiro “[...] significa que os interesses de crianças e adolescentes estão acima de quaisquer outros interesses, e devem ser tratados com absoluta prioridade,

seja pela família, pela sociedade ou pelo Estado, conforme previsão constitucional explícita”⁴.

Essa prioridade também é estabelecida no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente ECA, com o visio de abarcar a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas; e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção da infância e juventude.

Eis a razão pela qual o Estatuto nominado instituiu o Conselho Tutelar como órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente que lhes são constitucionalmente assegurados.

Nesse contexto, com o advento da Lei n. 8.069/90, “por intermédio do Conselho Tutelar, de mera espectadora passiva a sociedade passou a desempenhar um papel decisivo na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, sendo que para o exercício desse fundamental mister, o legislador conferiu àquele órgão verdadeira parcela da soberania estatal, traduzida em poderes e atribuições próprias, que erigem o conselheiro tutelar à condição de autoridade pública, investida de função considerada pela lei como serviço público relevante.”⁵

Com efeito, cabe ao Conselho Tutelar proteger os interesses de crianças e adolescentes, com suas atribuições elencadas no art. 136 da Lei de Regência, dentre as quais se incluem promover a execução de suas decisões, podendo, para tanto, requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação e assistência social, além de “representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações”. De se ver:

[...]

É, pois, obrigação do município assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à educação e à dignidade, de forma a conferir primazia à proteção e ao apoio em quaisquer circunstâncias, além da precedência de atendimento nos serviços públicos.⁶

Bem por isso, Judá Jessé de Bragança Soares preconiza que o Conselho Tutelar se afigura como uma imposição constitucional que decorre da forma de associação política e da democracia participativa, justo porque o “Estatuto, como lei tutelar específica, concretiza, define e personifica, na instituição do Conselho Tutelar, o dever abstratamente imposto, na Constituição Federal, à sociedade. O Conselho deve ser como mandatário da sociedade, o braço forte que zelarà pelos direitos da criança e do adolescente”.⁷

Nesse sentir, ao atender crianças e adolescentes em suas necessidades, o Conselho Tutelar cumpre um mister constitucional vinculado à descentralização político-administrativa, fazendo com que as situações de risco sejam solucionadas em âmbito local e mais próximas dos infantes.

Logo, insiste-se que o órgão em questão detém legitimidade para ingressar com esse modo de Representação junto à Vara da Infância e Juventude, visando deflagrar procedimento próprio destinado a compelir a municipalidade a ofertar vaga no sistema público de ensino ou de assistência social à criança ou adolescente em razão de descumprimento injustificado de suas deliberações em relação às normas de proteção colacionadas pela Lei de Regência.

Desse modo, sabendo-se que o município ignora a requisição do Conselho Tutelar para incluir menor em estabelecimento público de ensino ou em programa de assistência social, omitindo-se quanto à sua obrigação de garantir esses direitos fundamentais, fica evidenciada a legitimidade do Conselho Tutelar para iniciar o procedimento tendente à condenação do ente público ao cumprimento de suas obrigações.

Vale ressaltar, pela relevância, que ao endereçar representação à autoridade judiciária competente o Conselho Tutelar age no exercício de suas atribuições legais, tendo em vista que “representar, no caso, é pedir providências cabíveis, expondo à autoridade judiciária fato ocorrido no âmbito da família, da sociedade ou da administração pública, através do qual alguém, sem justificativa, descumpriu deliberação do Conselho Tutelar, seja quanto à

aplicação de medidas (de proteção ou pertinentes aos pais ou responsável), ou quanto à requisição de serviço público obrigatório.”⁸

Não se pode perder de vista, ainda, que a representação, de acordo com os termos do art. 136, III, alínea “b” do ECA, tem por objetivo dar efetividade à execução das decisões do Conselho Tutelar nos casos de omissão injustificada por quem as deva cumprir.

Nesse contexto, sendo o Conselho Tutelar um órgão colegiado, as atribuições relacionadas no art. 136 da Lei n. 8.069/90 somente poderão ser validamente exercidas se resultarem de uma deliberação igualitária tomada por seus membros, tal qual sabe-se que vem ocorrendo nos casos representados oriundos do Município de Palhoça. Por suposto, considerando que o Conselho Tutelar exerce função essencial como órgão de defesa dos direitos das crianças e adolescentes, é seu dever acionar os órgãos responsáveis para que sejam eles incluídos em serviços e programas de assistência social, de educação, de atenção à saúde, e em tantos quantos forem necessários para que possam integrar-se à sociedade, de modo a apartá-los do cenário de risco e de vulnerabilidade social.

Com semelhante entendimento, colhe-se do repositório de precedentes do Superior Tribunal de Justiça a seguinte decisão monocrática, proferida pelo eminente Ministro Herman Benjamin, a mesma que deu provimento ao Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, reconhecendo a legitimidade do Conselho Tutelar para ofertar representação em juízo com o visio de compelir a municipalidade a encaminhar providências em benefício de infante. Destaca-se:

[...]

A mesma compreensão é encontrada na seguinte decisão de lavra do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ele que proveu o Recurso Especial n. 1.190.163/MG, igualmente manejado pelo Ministério Público mineiro em caso análogo:

[...]

À derradeira, ressalta-se, pela sua importância, que o entendimento amplamente majoritário desse Sodalício vai no sentido de que o Conselho Tutelar tem legitimidade para dar cabo à representação por descumprimento às normas de garantia do ECA, dispensando, nesses casos, maior rigor formal na sua propositura. É o que se observa de precedentes da Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Câmaras de Direito Público dessa Corte de Justiça, todos originários da Comarca de Palhoça:

[...]

Por conseguinte, considera-se que a tese jurídica vinculante a ser fixada neste IAC, à luz dos argumentos expendidos, deve concluir pela legitimidade do Conselho Tutelar para oferecer representação junto à autoridade judiciária, com o objetivo de compelir a municipalidade a ofertar vaga no sistema público de ensino ou assistência social às crianças e adolescentes, nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações, nos moldes do art. 136, III, “b”, do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

Nesse passo, diante dos fundamentos acima alinhados, fixa-se a seguinte tese jurídica sobre o Tema discutido neste Incidente de Assunção de Competência (IAC):

“Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, o Conselho Tutelar tem atribuição de requisitar de Órgãos da Administração a prestação de serviços públicos, dentre os quais o de disponibilização de vaga em estabelecimento de educação infantil ou ensino fundamental, em favor de criança ou adolescente; e, em caso de descumprimento

injustificado, tem legitimidade para, em nome próprio, com capacidade processual que o ECA lhe atribui, em procedimento administrativo- jurisdicional, oferecer representação ao Juízo da Infância e Juventude, para que este determine as medidas protetivas cabíveis, a fim de tornar efetiva a requisição.”

Caso concreto

O MM. Juiz proferiu sentença, sem resolução do mérito, indeferindo a petição inicial da representação sob o fundamento de que o Conselho Tutelar não tem legitimidade para, na condição de substituto processual, *“pleitear em juízo a condenação do MUNICÍPIO DE PALHOÇA/SC em obrigação de fazer”*.

Anotou, ainda, que *“as penalidades previstas no Art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente são aplicáveis apenas aos detentores do poder familiar em relação a crianças e adolescentes, e uma vez que o Conselho Tutelar não possui legitimidade para atuar como substituto processual e requerer a condenação da parte requerida em obrigação de fazer, a ação não deve ser admitida”*.

Inconformado, Ministério Público interpôs recurso de apelação dizendo, como relatado pelo digno Des. Hélio do Valle Pereira, que *“em nenhum momento o Conselho Tutelar requereu a aplicação da multa pessoal ao apelado’ e que, na realidade, a pretensão era ‘compelir a Administração Pública a garantir o acompanhamento junto ao CREAS’. Quer dizer, não houve observância aos princípios da adstrição ou congruência, restando violado o art. 492 do CPC. Argumentou-se, também, que o Conselho Tutelar tem capacidade postulatória para pleitear o fornecimento do serviço requisitado, tanto que o ECA trouxe previsão no sentido da ‘capacidade e legitimidade para representar junto à Autoridade Judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações’. Por se tratar de relevante questão de direito, com grande repercussão social, clamou-se pela instauração de Incidente de Assunção de Competência”*.

Pois bem.

O recurso de apelação deve ser provido.

Com efeito, os fundamentos expendidos ao longo desse acórdão não deixam dúvida quanto à legitimidade do Conselho Tutelar para, em nome próprio, formular representação diretamente ao Juízo de Infância e Juventude, independentemente de capacidade postulatória, para obtenção de medida protetiva em favor de criança ou adolescente, porque o Ente Público acionado deixou de cumprir sua obrigação constitucional e legal e não atendeu à requisição daquele para prestação do serviço público de atendimento social ou psicológico, ou à saúde, ou de inclusão em estabelecimento de ensino fundamental, tal como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, daí por que há que se dar provimento ao recurso para cassar a sentença recorrida, a fim de que a representação do Conselho Tutelar tenha seu prosseguimento na Comarca de origem.

Assim, nos termos da fundamentação:

- (a) admite-se o incidente de assunção de competência;
- (b) fixa-se a seguinte tese jurídica:

“Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, o Conselho Tutelar tem atribuição de requisitar de Órgãos da Administração a prestação de serviços públicos, dentre os quais o de disponibilização de vaga em estabelecimento de educação infantil ou ensino fundamental, em favor de criança ou adolescente; e, em caso de descumprimento injustificado, tem legitimidade para, em nome próprio, com capacidade processual que o ECA lhe atribui, em procedimento administrativo- jurisdicional, oferecer representação ao Juízo da Infância e Juventude, para que este determine as medidas protetivas cabíveis, a fim de tornar efetiva a requisição”;

(c) dá-se provimento ao recurso de apelação para cassar a sentença recorrida, a fim de que a representação do Conselho Tutelar tenha seu regular prosseguimento.

Ante o exposto, voto no sentido de admitir o incidente de assunção de competência, fixar a tese jurídica e dar provimento ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação acima.

Documento eletrônico assinado por **JAIME RAMOS, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **xxx** e do código CRC **xxx**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIME RAMOS

Data e Hora: 30/9/2022, às 20:36:11

APELAÇÃO (GRUPO PÚBLICO) Nº 0006676-61.2014.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIME RAMOS

APELANTE: ZENIR CARLOS VASQUES (EXEQUENTE)

APELADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (EXECUTADO)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ACÓRDÃO DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO PROFERIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTE TRIBUNAL. PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO DELEGADA AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INCOMPETÊNCIA PARA A PRÁTICA DE ATOS DECISÓRIOS. NULIDADE DA SENTENÇA QUE ACOLHEU A REFERIDA IMPUGNAÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO. JULGAMENTO DA CAUSA PELO TRIBUNAL. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO FORMULADO DEPOIS DE TRANSCORRIDOS MAIS DE CINCO ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. SÚMULA 150/STJ. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública é de 5 (cinco) anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença exequenda, nos termos da Súmula 150/STF” (STJ - AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.252.854/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves), daí por que o cumprimento de acórdão requerido após o transcurso do prazo de cinco (5) anos do trânsito em julgado foi alcançado pela prescrição quinquenal.

ACÓRDÃO

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, declarar, de ofício, a nulidade da sentença, ficando prejudicado o recurso de apelação; e, prosseguindo no exame da causa, acolher a impugnação para reconhecer a prescrição da pretensão executória do acórdão, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de setembro de 2022.

RELATÓRIO

O Estado de Santa Catarina impugnou o cumprimento de acórdão deste Grupo de Câmara de Direito Público, proferido no Mandado de Segurança n. 2007.053488-7, alegando que a pretensão executória foi alcançada pela prescrição quinquenal de que tratam o Decreto Federal n. 20.910, de 6/1/1932, e a Súmula 150, do Supremo Tribunal Federal, sob o seguinte fundamento:

“O mandado de segurança transitou em julgado para as partes na data de 11/04/2008. O impugnado fez o protocolo da petição requerendo o desarquivamento dos autos, para o início do cumprimento de sentença, apenas em 22/10/2013, ou seja, depois de transcorridos mais de 05 (cinco) anos do trânsito em julgado da referida ação mandamental.

“Destarte, resta indubitável a prescrição da pretensão de cobrar os efeitos patrimoniais decorrentes do mandado de segurança impetrado pelo impugnado, em consonância com o disciplinado no Decreto n. 22.910/32, devendo ser obstado, portanto, o prosseguimento do cumprimento de sentença, ante a incidência da causa extintiva superveniente à decisão definitiva, nos moldes do art. 535, inciso VI, do CPC/2015.

“É cediço que a execução possui o mesmo prazo prescricional da ação dela decorrente, conforme preceitua a Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal”.

Intimada, a parte exequente assim se manifestou:

“O Presidente do Grupo de Câmaras de Direito Público, Desembargador Gaspar Rubick, no despacho de fls. 70-71, entendeu que a Vara da Fazenda Pública era o juízo competente para processar a execução, de modo que os autos foram remetidos ao Primeiro Grau, conforme certidão de fls. 73. Com a remessa para uma das Varas da Fazenda Pública, a autora foi intimada para requerer a execução, conforme despacho de fls. 75. [...].

“Conforme se verifica, em face das naturezas distintas entre a ação mandamental e a ação executória, distintos também são os Juízos para processar e julgar. Somente quando autorizada a propor a execução (em face da intimação promovida pela Vara competente) é que a parte pode então requerer o que lhe é de direito”.

No dia 21/10/2020, o MM. Juiz, a quem foram delegados os atos executórios, proferiu sentença nos seguintes termos:

“Impugnação ao cumprimento de sentença, ao argumento de prescrição da ação executiva.

“Em resposta, a parte impugnada sustentou a inocorrência da prescrição, pugnando pela rejeição da impugnação.

“Decido.

“O acórdão exequendo transitou em julgado para as partes em 11/04/2008 (Evento 48, CERTTRAN64), contudo, só em 08/06/2017 foi requerido o cumprimento de sentença (Evento 48, EXECUMPR91 até EXECUMPR95), de modo que passados os cinco anos previstos no art. 1º do Dec. 20.910/32, resta configurada a prescrição.

“Ante o exposto, acolho a impugnação e julgo extinto o processo, com base no art. 487, II, do C.P.C.

“À parte exequente imponho o pagamento da taxa de serviços judiciais (T.J.S.) e dos honorários advocatícios, iguais a 10% do valor atualizado da causa, observada, eventualmente, a gratuidade de justiça.

“Após o trânsito em julgado, archive-se a pasta digital”.

Inconformada, a parte exequente opôs embargos de declaração, mas foram rejeitados.

Ainda irredimida, interpôs recurso de apelação em que alega *“que, ao contrário do que aduzem o Estado e o juízo a quo, o prazo prescricional para ajuizamento deste cumprimento de sentença só começou a fluir da remessa dos autos ao juízo de primeiro grau, que é competente para julgar a ação”, motivo pelo qual “não é possível alegar que o prazo prescricional iniciou com o trânsito em julgado do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança – do qual o recorrente não foi intimado”.*

Aduz que, em razão da *“incompetência do Egrégio Tribunal de Justiça para a fase de execução processual, o prazo prescricional para ajuizamento do cumprimento de sentença inicia somente em 11 de dezembro 2013, data da publicação da decisão que determina a remessa ao juízo competente, consoante evento 48 (fls. 74-75) dos autos”, daí por que, se “o cumprimento de sentença foi ajuizado em 06 de junho de 2017”, não se pode falar em prescrição quinquenal.*

Alega que, *“sendo a propositura da execução um ato exclusivo da autora, imprescindível a sua intimação pessoal para que tome as providências necessárias para cumprimento do título executivo”, razão pela qual “inexistindo qualquer comprovação de que a autora tenha sido intimada para se manifestar sobre o interesse em dar prosseguimento à execução, em face da possibilidade de configurar a prescrição intercorrente, não se verifica o encerramento do prazo prescricional”.*

Intimado, o Estado de Santa Catarina não apresentou as contrarrazões.

O recurso foi endereçado à Segunda Turma de Recursos da Comarca da Capital, que declinou da competência e determinou a remessa dos autos a este Tribunal de Justiça.

Recebidos nesta Corte, os autos foram distribuídos ao eminente Des. Júlio César Knoll, na condição de integrante da Terceira Câmara de Direito Público que, por se tratar de execução de acórdão proferido pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, determinou a sua redistribuição que recaiu neste Relator.

Então, embora o eminente Des. Sérgio Roberto Baasch Luz tenha sido o Relator do acórdão objeto do cumprimento de sentença, os autos, por força do que determina o § 4º do art. 117 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, foram redistribuídos a este Relator, tendo em vista que aquele deixou de integrar este Órgão Julgador, em certo tempo, após a prolação do acórdão exequendo, para exercer as funções de 2º Vice-Presidente deste Tribunal, e, por força do citado dispositivo, o seu retorno ao Grupo de Câmaras de Direito Público em vaga diversa daquela que deixou quando de sua saída não o torna prevento para a execução de sentença.

VOTO

Ausência de intervenção do Ministério Público

Registra-se que a ausência de intervenção do Ministério Público no feito se deve ao contido no art. 178, do Código de Processo Civil, nos arts. 127 e 129, da Constituição Federal, e no Ato n. 103/2004/PGJ.

Com efeito, em casos de idêntica natureza, a douta Procuradoria-Geral de Justiça tem entendido que, “ausentes no feito quaisquer dos interesses previstos no art. 127 da Constituição Federal a serem velados pelo Ministério Público, deixo de manifestar-me acerca do mérito, pugnando pelo regular processamento do Recurso” (ver Apelação Cível n. 0307309-62.2015.8.24.0023).

Por isso, é desnecessária a remessa do recurso à douta Procuradoria-Geral da Justiça.

Nulidade da sentença

Imperativo consignar que se deve declarar, de ofício, a nulidade da sentença recorrida.

O acórdão exequendo foi proferido por este Grupo de Câmaras de Direito Público e, nesse caso, o Código de Processo Civil determina que “o cumprimento de sentença efetuar-se-á perante: I - os tribunais, nas causas de sua competência originária” (art. 516, inciso I, do CPC/2015; art. 475-P, inciso I, CPC/1973), sendo possível, no entanto, delegar ao juízo de primeiro grau a prática de atos não decisórios, necessários ao processamento da execução.

O Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, vigente no período de 26/7/1982 a 31/1/2019, que alcança o início do presente cumprimento de sentença, a respeito dessa delegação, previa o seguinte:

“Art. 31 – Às Câmaras Cíveis Reunidas, às Câmaras Cíveis Isoladas, às Câmaras Criminais Reunidas e às Câmaras Criminais Isoladas compete, ainda, nas matérias de suas atribuições: [...]

XII – processar e julgar: [...] g) execução, nas causas de sua competência originária, **podendo delegar, ao juízo de primeiro grau, a prática de atos não decisórios**”.

O atual Regimento Interno desta Corte de Justiça também determina que compete a este Grupo de Câmaras de Direito Público processar e julgar “o cumprimento de sentença nas causas de sua competência originária, **podendo delegar a juízo de primeiro grau a prática de atos não decisórios**” (art. 64, inciso III, alínea “e”).

De igual modo, a Constituição Estadual estabelece que “compete privativamente ao Tribunal de Justiça: [...] XI - processar e julgar, originariamente: [...] h) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais”.

Por isso, o Des. Gaspar Rubick, à época Presidente deste Grupo de Câmaras de Direito Público, ao receber o pedido de desarquivamento e de remessa dos autos ao Juízo de primeiro para a execução do acórdão, protocolado em 22/10/2013, determinou a remessa do feito “à Vara de Execuções contra a Fazenda Pública e Precatórios da Comarca da Capital, delegando àquele juízo competência para processamento da presente execução de título executivo judicial”.

O MM. Juiz, todavia, embora lhe fosse vedada a prática de atos decisórios, prolatou sentença no sentido de acolher a impugnação apresentada pelo Estado de Santa Catarina e julgou “extinto o processo, com base no art. 487, II, do C.P.C.”, vale dizer, não se limitou à prática de atos não decisórios como estabelecem as normas constitucionais e regimentais, daí por que este Grupo de Câmaras de Direito Público tem reconhecido a nulidade de sentenças dessa natureza, diante da incompetência absoluta do Juízo para a respectiva prolação.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ACÓRDÃO PROLATADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. DELEGAÇÃO DO PROCESSAMENTO DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA PRÁTICA DE ATOS NÃO DECISÓRIOS. ART. 83, ‘XI’, ‘H’, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ART. 31, ‘XII’, ‘G’, DO ENTÃO VIGENTE REGIMENTO INTERNO DO TJSC. JUÍZO A QUO QUE, CONTUDO, PROFERE DECISÕES DE MÉRITO. NULIDADE. PRECEDENTES. CONECTIVOS LEGAIS. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO DELIMITOU OS CONECTIVOS LEGAIS. TAXA REFERENCIAL - <TR>. INCONSTITUCIONALIDADE. TEMA N. 810/STF. ÍNDICE IMPRESTÁVEL. TEMA N. 905/STJ. INCIDÊNCIA DO IPCA-E. RECLAMO PREJUDICADO [...]» (TJSC - Agravo de Instrumento n. 4011008-33.2018.8.24.0000, da Capital, Relatora Des^a Sônia Maria Schmitz, julgado em 27/5/2020 - grifo apostro).

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PROLATADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL. DELEGAÇÃO DOS ATOS EXECUTÓRIOS AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DELEGADO PARA PRATICAR ATOS DECISÓRIOS. NULIDADE. PRECEDENTE DESTE ÓRGÃO COLEGIADO. MÉRITO. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE QUE DIZ COM A ALEGAÇÃO DE QUE DECORREU O PRAZO DE CINCO ANOS ENTRE A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EXECUTADO E O PEDIDO DE EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO DECRETO N. 20.910/1932, A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE SE BUSCA EXECUTAR. ENUNCIADO DA SÚMULA N. 150 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO PROCEDENTES” (TJSC - Apelação Cível n. 0028064-20.2014.8.24.0023, da Capital, Relatora Des^a Vera Lúcia Ferreira Copetti, julgada em 23/10/2019 - destaque apostro).

Assim, com base nesses fundamentos, há que se reconhecer, de ofício, a nulidade da sentença recorrida, de modo que fica prejudicado o recurso de apelação.

Anulada a sentença apelada, deve este Grupo de Câmaras de Direito Público julgar a impugnação ao cumprimento de sentença (acórdão) contra a Fazenda Pública, decidindo se a pretensão executiva foi, ou não, alcançada pela prescrição quinquenal.

Pois bem.

É importante deixar assente, desde logo, que é despiciendo o fato de o vencedor da ação não ter sido intimado pessoalmente após o trânsito em julgado da decisão e sobre o arquivamento do feito, se o acórdão foi devidamente publicado no Diário da Justiça para amplo conhecimento de todos os participantes do processo que ficaram intimados para todos os efeitos, e, em face disso, não podem alegar desconhecimento do desfecho do processo.

Logo, ainda que seja comum a intimação da parte vencedora para, querendo, dar início ao cumprimento de sentença, o magistrado não está obrigado a proferir despacho nesse sentido, sobretudo porque não há no Código de Processo Civil nenhuma determinação nesse sentido.

Ademais, com o trânsito em julgado da decisão surge automaticamente, para a parte vencedora, a oportunidade de propor a execução definitiva do título judicial, independentemente de provocação.

Nesse sentido:

“EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PRAZO QUE É DE CINCO ANOS, SOB PENA DE OCORRER A PRESCRIÇÃO. EXEGESE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932 E DA SÚMULA 150 DO STF. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. INÉRCIA DAS PARTES. ARQUIVAMENTO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PRAZO PARA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA ANTE A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PROCEDIMENTO MENCIONADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ACERCA DA NECESSIDADE DE INTIMAR AS PARTES. RECURSO DESPROVIDO” (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2011.044224-0, da Capital, Rel. Des. José Volpato de Souza, em 27/9/2012).

Nos fundamentos do voto desse aresto, o saudoso Des. José Volpato de Souza inscreveu:

“A promoção da execução de título judicial, além de ser de iniciativa exclusiva do credor, prescinde da intimação deste acerca do trânsito em julgado da sentença ou do retorno dos autos à instância de origem após o julgamento de apelação interposta, uma vez que inexistente no ordenamento jurídico vigente dispositivo que imponha ao Juízo a obrigação de advertir ou intimar os litigantes” (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2011.044224-0, da Capital, Rel. Des. José Volpato de Souza, em 27/9/2012).

No caso em discussão, o acórdão deste Grupo de Câmaras de Direito Público, objeto do cumprimento de sentença impugnado pelo Estado de Santa Catarina, transitou em julgado para as partes no dia **11/4/2008** (Certidão de trânsito 64), e está assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA - PROFESSOR EM LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE - SUPRESSÃO DO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO - ILEGALIDADE DO ATO COMBATIDO - AFRONTA

AO DISPOSTO NO ART. 110, DA LEI N. 6.844/86 O QUAL DETERMINA O PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DO VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO DO PROFESSOR LICENCIADO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO PRESENTE - PRETENSÃO A CONCESSÃO DE EFEITOS PRETÉRITOS AO MANDAMUS - POSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA

“- O afastamento da atividade docente por motivo de licença para tratamento de saúde não pode acarretar a supressão ao direito do professor em continuar percebendo o auxílio alimentação, isto porque, nos termos do art. 110, da Lei n. 6.844/86, este compõe a remuneração do servidor.

“- O decreto, como ato administrativo, deve obediência à lei, isto em razão de sua função puramente regulamentadora. Nesta senda, ilegal será o decreto que subtrai o pagamento do auxílio alimentação ao servidor em gozo de licença para tratamento de saúde, pois cria restrição não cogitada na legislação de regência do benefício”.

O Código Civil de 1916 e o de 2002 não estabeleceram regra acerca do prazo de prescrição de pretensão de executar título executivo judicial. Por isso, prepondera a orientação contida na Súmula 150, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*”.

Assim, o prazo prescricional referente ao cumprimento de sentença é idêntico àquele que a parte autora possuía para o exercício judicial da pretensão no processo de conhecimento que dá origem ao respectivo título executivo judicial.

Então, se de acordo com o art. 1º, do Decreto federal n. 20.910/1932, “*as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem*”, também é de cinco (5) anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, o prazo prescricional para a propositura do respectivo cumprimento de sentença (execução do acórdão).

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA 150/STF.

“1. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o prazo para propositura de execução contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932 e da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, é de cinco anos, contados do trânsito em julgado do processo de conhecimento, momento em que o título executivo se torna líquido e certo, ante a incidência do princípio da *actio nata*. Precedentes.

“2. Agravo interno não provido” (STJ - AgInt no AREsp n. 530.094/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 6/5/2021).

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

SÚMULA 168/STJ.

“1. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado, consoante a Súmula 168/STJ.

“2. Inexistindo causa de suspensão ou interrupção, o prazo prescricional de 5 anos para a execução contra a Fazenda Pública tem início com o trânsito em julgado da decisão na ação de conhecimento. Precedentes.

“3. No julgamento do REsp 1.336.026/PE, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, não apenas o tema da pendência de entrega de fichas financeiras foi objeto de exame, mas também a incidência da Súmula 150/STF, que impõe prazos prescricionais iguais para as pretensões deduzidas nas ações de conhecimento e executiva.

“4. No caso, não foi objeto do acórdão embargado a suposta necessidade de liquidação do julgado exequendo.

“5. Agravo interno a que se nega provimento.” (STJ - AgInt nos EREsp n. 1.429.240/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 17/03/2020).

“O STJ tem reiteradamente decidido que, ausentes as hipóteses de suspensão ou interrupção, o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública é de 5 (cinco) anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença exequenda, nos termos da Súmula 150/STF. Precedentes: AgInt nos EDcl no REsp1.475.746/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 9/4/2019; AgRg nos EDcl no AREsp. 619.977/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 8/6/2015; AgInt nos EDcl no AREsp. 644.708/DF, Rel. Min. Regina Helena, DJe 20/3/2017; AgInt nos EDcl no AREsp664.677/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe6/2/2017” (STJ - AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.252.854/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 9/8/2019).

Deste Tribunal de Justiça:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE LAGUNA. DENTISTA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA RECONHECIDA. APLICAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932 E DA SÚMULA N. 150 DO STF. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DAS PARTES. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ATÉ O PEDIDO DE CUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM FUNDAMENTO NO ART. 487, II, DO CPC. DECISUM MANTIDO. PRECEDENTES.

“É pacífico na jurisprudência desta Corte o entendimento no sentido de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença, independentemente de despacho ou de intimação judicial, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 e da Súmula n. 150 do Supremo Tribunal Federal” (TJSC - Apelação n. 5000297-55.2020.8.24.0040, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, julgada em 15/3/2022).

Assim, a partir do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, diante do princípio da “actio nata”, nasce para a parte vencedora o direito de propor o cumprimento de sentença ou acórdão correspondente, e esse direito deverá ser exercido no prazo de cinco (5) anos, contados do referido evento (trânsito em julgado), independentemente de despacho ou de intimação judicial.

Na espécie, após o trânsito em julgado do acórdão exequendo, ocorrido em **11/4/2008**, a parte vencedora, com base na petição protocolada no dia **22/10/2013**, requereu, no que aqui interessa, o seguinte:

*“A parte impetrante busca a execução do julgado que reconheceu o seu direito líquido e certo ao recebimento de verbas aqui pleiteadas, tendo sido concedida a segurança, conforme acórdão do **Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça**, sendo que a decisão já transitou em julgado, conforme a movimentação processual (SAJ). [...]*

*“Diante do exposto, segue o presente pedido de **DESARQUIVAMENTO DOS AUTOS, pleiteando-se a EXECUÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU A SEGURANÇA PLEITEADA**, na forma do art. 14, §§ 3º e 4º da Lei Federal n. 12.016/2009, com posterior remessa dos autos à **Justiça de Primeiro Grau da Comarca da Capital**, para o regular processamento do pedido de execução. Ressalta-se, novamente, que a parte impetrante é **beneficiária do direito à Justiça Gratuita**, já pleiteada e deferida nos presentes autos, pelo que deixa de recolher as custas de desarquivamento, reiterando o pedido de manutenção do benefício da Justiça Gratuita, com o prosseguimento do feito até seus ulteriores termos” (Petição 70/71).*

O eminente Des. Pedro Manoel Abreu, em **23/10/2013**, determinou o desarquivamento do processo (Despacho 66).

No dia **25/7/2013**, o digno Des. Gaspar Rubick, com base “na parte final da alínea ‘h’ do inciso XI do art. 83 da Constituição Estadual de 1989, e nos Provimentos n. 18/93 e 14/94”, determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções contra a Fazenda Pública e Precatórios da Comarca da Capital, delegando àquele juízo competência para o processamento do cumprimento de sentença (Despacho 74/75).

Entretanto, a contagem do prazo de cinco (5) anos não se inicia no dia do protocolo do pedido de desarquivamento dos autos ou na data da decisão que determina esse desarquivamento, nem naquela que remete os autos ao juízo de primeiro grau delegando-lhe competência para o processamento do cumprimento de sentença, mas a partir do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão.

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que “o pedido de desarquivamento não interrompe a prescrição” (STJ - REsp n. 1.940.033/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 3/8/2021), e de que somente “o pedido de cumprimento de sentença é que tem o condão de interromper a prescrição” (STJ - REsp n. 1.155.060/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 10/3/2016).

Contudo, ainda de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a “petição que, apesar de mencionar a expressão cumprimento de sentença, não traz em seu bojo definição do valor a ser executado, memória de cálculos discriminada e atualizada e pedido para que haja o referido cumprimento não têm o condão de interromper o prazo prescricional” (STJ - AgRg no Ag n. 1.185.461/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 11/5/2010).

Portanto, no caso, a contagem do prazo prescricional de cinco (5) anos teve início em **11/4/2008**

(data do trânsito em julgado do acórdão exequendo) e se encerrou no dia **11/4/2013**, razão pela qual em **22/10/2013** (mais de seis meses depois de vencido o prazo prescricional), quando a parte exequente protocolou a petição requerendo o desarquivamento dos autos e o cumprimento de sentença (acórdão), a pretensão executória já havia sido alcançada pela prescrição quinquenal, haja vista não ter ocorrido nenhuma causa suspensiva ou interruptiva.

Nesse passo, diante dos fundamentos acima alinhados, há que se acolher a impugnação ao cumprimento de sentença (acórdão) apresentada pelo Estado de Santa Catarina, a fim de reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão executória.

Acolhida a impugnação, condena-se a parte exequente ao pagamento da Taxa de Serviços Judiciais (TSJ), das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da execução, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, ficando suspensa, no entanto, a sua exigibilidade por ser beneficiária da gratuidade da justiça (art. 98, § 3º, do CPC).

Ante o exposto, voto no sentido de declarar, de ofício, a nulidade da sentença, ficando prejudicado o recurso de apelação; e, prosseguindo no exame da causa, acolher a impugnação para reconhecer a prescrição da pretensão executória do acórdão.

Documento eletrônico assinado por **JAIME RAMOS, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2718211v58** e do código CRC **5100fc87**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIME RAMOS

Data e Hora: 28/9/2022, às 16:48:38

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (GRUPO PÚBLICO) Nº 5051230-84.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

IMPETRANTE: JORGE PERCIVAL RODRIGUES

ADVOGADO: JORGE PERCIVAL RODRIGUES (OAB RS089670)

IMPETRADO: VICE-PRESIDENTE - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

IMPETRADO: ESTADO DE SANTA CATARINA

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (EDITAL N. 01/2020). RESERVA DE VAGAS NOS CARGOS DO PODER JUDICIÁRIO ASSEGURADA PELA RESOLUÇÃO N. 203/2015 DO CNJ, EM OBSERVÂNCIA À LEI FEDERAL N. 12.990/2014, GARANTIDA PELO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ADOÇÃO DO CRITÉRIO FENÓTIPO, A SER AVALIADO POR COMISSÃO PRÓPRIA INSTITUÍDA PARA TAL FIM. NÃO CONVALIDAÇÃO. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE RESPONDEU AO RECURSO INTERPOSTO DE MANEIRA GENÉRICA, SEM ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. NULIDADE POR FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. ‘DÚVIDA RAZOÁVEL’ ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DA FENOTIPIA. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO DA IDENTIDADE RACIAL, NA FORMA DA ADC 41/STF, PRECEDENTES DO STJ E PREVISÃO CONTIDA NO PRÓPRIO EDITAL DO CERTAME. ORDEM CONCEDIDA.

“Em que pese a expertise dos membros da comissão de verificação constituída pela Fundação realizadora do certame, pela simples análise das fotografias constantes dos autos, verifico não ser possível, conforme já mencionado na decisão preambular, declarar o impetrante como pessoa branca, o que configura a ilegalidade do ato de exclusão de seu nome do rol de candidatos habilitados ao provimento das vagas reservadas. Apesar de ele não ostentar todas as características fenotípicas esperadas pela comissão de verificação para enquadramento dos candidatos como negros, com relação aos elementos boca, nariz, cabelo, formato do rosto e tom da pele, em meu sentir o conjunto de seus traços, notadamente o nariz largo, o tom da pele escuro e os cabelos crespos, mais se assemelham à etnia negra que à etnia branca. Também reputo determinante para a concessão da segurança o fato de que o impetrante foi considerado como pessoa negra pelo Poder Executivo, na ocasião em que foi admitido como destinatário da política de cotas para pessoas negras na graduação do curso de direito. Embora essa decisão não seja formalmente vinculante, seria extremamente incoerente que agora o Poder Judiciário não o considerasse como tal, mesmo diante de um quadro em que há, no mínimo, razoável dúvida acerca dessa caracterização. E, conforme já mencionado, no julgamento da ADC 41 o STF afirmou o entendimento de que ‘quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial’” (STJ, AREsp n. 2041244, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 25.08.2022 - grifou-se).

ACÓRDÃO

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, para declarar a nulidade do ato coator e reconhecer o direito do impetrante de ser incluído na lista de candidatos considerados ‘negros’ para fins do concurso inaugurado pelo edital n. 01/2020, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 23 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Jorge Percival Rodrigues impetrou mandado de segurança contra ato do 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que indeferiu seu recurso administrativo, o qual visava a convalidação de sua autodeclaração no concurso público para o cargo de Técnico Judiciário Auxiliar da comarca de Chapecó, aberto pelo Edital n. 01/2020.

Para tanto, narrou que participou do referido certame e foi classificado em 14º lugar na “lista de candidatos negros” (evento 1, petição inicial 1, fl. 1). Relatou que foi convocado para a avaliação dos candidatos autodeclarados negros; contudo, no dia 19.08.2022 foi publicado o resultado preliminar e sua autodeclaração não foi convalidada. Prosseguiu afirmando que interpôs recurso administrativo, o qual foi indeferido com resultado definitivo publicado em 06.09.2022.

Alegou que “a decisão de não convalidação da autodeclaração do impetrante se deu de forma equivocada, visto que, possui fenotípia pertencente à população negra, preenchendo os requisitos das Leis 12.288/2010, 12.990/2014 e da Resolução 203/2015 do Conselho Nacional de Justiça” (evento 1, petição inicial 1, fl. 1).

Informou que já passou por situação idêntica em outro concurso público no ano de 2019 para o cargo de Técnico Judiciário do TRF4, em que impetrou mandado de segurança naquele Tribunal e seu nome foi incluído na lista de candidatos negros aprovados.

Apontou ilegalidade na análise do recurso por vício ao contraditório e a ampla defesa, ao argumento de que as respostas “possuem na íntegra o mesmo texto”, “não há nenhuma identificação/impugnação aos argumentos apresentados” e todos os candidatos receberam “uma resposta padrão e idêntica, independentemente das razões recursais apresentadas” (evento 1, petição inicial 1, fl. 4).

No mérito, afirmou que a resposta ao seu recurso traz argumentos genéricos, ressaltando que “*Se efetivamente a análise tivesse ocorrido a partir da aparência, traços físicos e fisionomia, não haveria dúvida quanto à condição de pessoa negra do impetrante*” (evento 1, petição inicial 1, fl. 5).

Narrou que já foi beneficiado pela reserva de vagas aos candidatos negros em instituição de ensino superior, na Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS), como também para o “IGP/RS, OAB/RS, MPF e para a Corte Especial do TRF4 o impetrante é considerado preto ou pardo” (evento 1, petição inicial 1, fl. 6).

Discorreu que pertence à população negra, na forma do art. 1º, parágrafo único, inciso IV da Lei 12.288/2010, art. 2º da Lei 12.990/2014 e art. 1º e art. 5º da Resolução 2013/2015 do Conselho Nacional de Justiça, inclusive de acordo com os requisitos definidos pelo IBGE, ressaltando que “desde criança se reconhece e vive em sociedade como ‘preto’” (evento 1, petição inicial 1, fl. 7).

Requeru a concessão da ordem “a fim de anular o ato que não convalidou a autodeclaração do impetrante, reconhecendo-o como pessoa negra nos termos da Lei 12.288/2010, Lei 12.990/2014 e Resolução 203/2015 do Conselho Nacional de Justiça, com a consequente inclusão do seu nome em lista de candidatos negros” (evento 1, petição inicial 1, fl. 10).

Os autos vieram a mim distribuídos, oportunidade em que concedi a justiça gratuita e determinei a notificação da autoridade coatora (evento 11, Despacho/decisão 1).

O 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça apresentou informações, alegando a implausibilidade do direito alegado, ao argumento de que o reconhecimento da condição em outros certames, não vincula outras comissões, na forma do art. 5º, § 1º, da Resolução n. 203/2015 e que as comissões de heteroidentificação “são formadas de forma heterogênea e necessariamente por especialistas em questões raciais e direito da antidiscriminação”.

Acrescentou que “a decisão da Comissão Avaliadora, a qual possui as competências e o know-how necessários ao procedimento de verificação da condição dos candidatos autodeclarados negros (pretos ou pardos), deve ser respeitada, a fim de garantir a isonomia do procedimento, referendada pela Comissão, responsável pela aplicação dos mecanismos de ação afirmativa a todos candidatos de forma equânime e incontestes” (evento 20, Informação em Mandado de Segurança 1, pág. 2).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Procurador Plínio Cesar Moreira, opinou pela concessão da segurança (evento 24, Parecer 1).

É o relatório.

VOTO

1. Segundo dispõe o art. 1º da Lei n. 12.016/2009: *“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”*.

Direito líquido e certo, na lição de Hely Lopes Meirelles, “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante” (*Mandado de Segurança, ação Popular, ação civil pública, mandado de injunção e ‘habeas data’*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 11).

Desse modo, o direito líquido e certo exige a sua demonstração desde logo, ou seja, a inicial deve estar munida de provas necessárias ao seu reconhecimento (prova pré-constituída), justamente porque no rito do *mandamus* inexistente a possibilidade de dilação probatória.

Em se tratando do acesso aos cargos públicos, a Constituição Federal exige a prévia aprovação “em concurso público de provas ou de provas e títulos de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei” (art. 37, incisos I e II, da CF/88), sendo que, para sua realização, os entes públicos publicam um Edital, no qual estarão expostas pormenorizadas as regras do certame. Vigora, portanto, o princípio da vinculação ao edital, segundo o qual “O edital do concurso público constitui lei entre as partes, gerando direitos e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o candidato, compelidos ambos à sua fiel observância” (STJ, RMS n. 61.995/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 26.5.2020).

A Lei Federal n. 12.990/2014 assegurou a reserva “aos negros” de “20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

A partir da referida lei, como também o Estatuto da Igualdade Racial e a decisão do STF na ADPF n. 186, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 203/15 para disciplinar “A reserva de vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do **Poder Judiciário**” (art. 1º - grifou-se).

Em consonância com essa orientação, o item n. 6 do Edital n. 01/2020 reservou 20% das vagas por cargo aos candidatos negros, os quais deverão preencher “a autodeclaração de que é preto ou pardo, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE” 6.1.3).

Nos moldes do item n. 6.3 do edital, após a publicação do resultado final do concurso público, os candidatos inscritos nas vagas reservadas aos negros que forem aprovados seriam convocados perante a Comissão de Avaliação instituída pelo Tribunal “para aferição da veracidade da autodeclaração como pessoa negra, a fim de ratificar ou retificar a sua inscrição nessa condição”.

A avaliação, segundo o edital, recai sobre o fenótipo, ou seja, características físicas visíveis, independentemente da ascendência, sendo esse o critério a ser seguido pela comissão:

“6.3.2. A verificação da Comissão quanto à condição de pessoa negra levará em consideração em seu parecer a autodeclaração firmada no ato de inscrição no concurso público e os critérios fenóticos do candidato.”

“6.3.3. A partir da análise das características fenóticas dos candidatos, a Comissão decidirá, por maioria de seus membros, acerca da convalidação da autodeclaração étnico-racial.”

No caso concreto, o candidato não teve sua autodeclaração confirmada pela comissão, sendo que, em resposta ao seu recurso administrativo, a autoridade coatora assim a fundamentou:

“DECISÃO

Cuida-se de recurso administrativo interposto por Jorge Percival Rodrigues, diante da não convalidação, por parte da Comissão de Heteroidentificação, da autodeclaração da parte recorrente.

De início, é importante ressaltar que a adoção da política afirmativa de cotas funda-se “na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente” (STF, ADC n. 41, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 8.6.17).

Com o propósito de resguardar esse direito às pessoas que realmente estão sujeitas ao preconceito, além da autodeclaração devem ser adotados critérios subsidiários, como a avaliação fenotípica.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 457/2022, determinando a criação de Comissões de Heteroidentificação para a confirmação da condição de candidatos negros nos concursos públicos do Poder Judiciário nacional.

A entrevista de heteroidentificação realizada neste concurso público (gravada em meio audiovisual) utilizou como base tão somente as características físicas dos candidatos, não sendo considerados eventual alegação de ascendência negra, parentesco, confirmação em procedimento de heteroidentificação anteriores, entre outros.

Referido critério de avaliação reside no fato de que a discriminação racial no nosso país é exercida especialmente em relação à aparência, ou seja, ela toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, sua fisionomia.[1]

Assim sendo, no caso em questão, a Comissão do Concurso, após análise acurada das mídias digitais, não constatou, as características físicas alegadas pelo recorrente, como integrante do grupo racial negro, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE.

Desse modo, nega-se provimento ao recurso interposto, razão pela qual a parte recorrente figurará apenas na lista de classificação geral do certame, nos termos do item 1.8 do Edital n. 19/2022” (evento 1, Outros 13).

A leitura da decisão demonstra que não foram analisados e/ou contrapostos os argumentos fáticos alegados pelo candidato em suas razões recursais (evento 1, outros 14) e que, inegavelmente, são indispensáveis à definição da questão já que se está diante de uma discussão eminentemente fática, física e pessoal. A temática envolvendo convalidação de autodeclaração da cor da pele não é meramente teórica, ao contrário, é algo perceptível, aparente, visível e, por essa razão, a resposta também deve observar esses contornos pessoais e individuais.

Ainda que assim não o fosse, vige entre nós o princípio da motivação do ato administrativo (art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/99), a exigir que os atos administrativos sejam motivados, assegurando ao destinatário a oportunidade de compreender as razões que ensejaram a postura da administração em determinado sentido e assegurando a possibilidade de ser contestada, a fim de que possa ser considerada legítima.

A decisão impugnada, além de genérica, foi reproduzida em sua integralidade para responder ao recurso administrativo de outro candidato, como se observa no evento 1, outros 15, circunstância apta a indicar que o ato imputado está viciado de ilegalidade pela ausência de resposta específica às razões recursais arguidas pelo candidato, dentre elas a alegação de que *“fisicamente possui características da população negra, como a pele preta, olhos e cabelos escuros”* (evento 1, outros 14).

Neste aspecto, o douto Procurador de Justiça Plínio César Moreira, anotou: “muito embora a metodologia adotada tenha sido a correta – por meio de comissão de avaliação fenotípica - **a resposta em relação ao fenótipo do candidato não se sustenta por si só, pois a fundamentação genérica supracitada obstaculiza eventual defesa do interessado.** Tanto é verdade que o citado fundamento da banca não rebate os argumentos do impetrante e repete a mesma redação utilizada para indeferir o recurso administrativo de outro candidato (Evento 1, OUT15)” (evento 24, Parecer 1, pág. 5).

Assim, a ilegalidade constatada na decisão da autoridade coatora conduz à nulidade do ato inquinado, sobretudo pela falta de análise dos argumentos fáticos que envolvem a questão, violando o princípio da motivação no âmbito administrativo.

No mais, o item n. 6.3.4 do Edital definiu que “A presunção relativa de veracidade de que goza a autodeclaração do candidato prevalecerá em caso de **dúvida razoável** a respeito de seu fenótipo, motivada no parecer da Comissão” (grifou-se).

E essa presunção da autodeclaração, salvo melhor juízo, deve prevalecer no caso concreto, à medida que as fotografias acostadas aos autos (evento 1, Foto 5, págs. 1/2), além dos documentos do candidato (evento 1, outros 6) apontam no sentido de, no mínimo, dúvida razoável, sobre a sua classificação como ‘pardo’ ou ‘negro’.

Apesar do § 2º do art. 9º da Portaria Normativa n. 04/2018, do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, estabelecer que *“Não serão considerados, para os fins do caput, quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais”*, no caso concreto já houve o reconhecimento judicial de sua autodeclaração.

O Tribunal Regional da 4ª Região, ao apreciar o mandado de segurança impetrado pelo candidato em decorrência de sua exclusão do concurso para Técnico Judiciário Auxiliar do TRF4, decidiu pela sua inclusão na lista de cotas, diante de ‘dúvida razoável’, de onde se extrai:

“17. Na análise da ‘dúvida razoável’ há de se levar em consideração, ainda, que, em sede de mandado de segurança, a prova deve ser documental, cristalina e pré-constituída. Precedentes desta Corte. 17. No presente

caso, o exame da prova documental pré-constituída, especialmente as fotos pessoais e a constante do certificado de dispensa de incorporação, considerando o critério de orientação fundado no fenótipo, trazem a certeza necessária de que o impetrante é pessoa negra, devendo ser considerada destinatária, portanto, da política pública de ação afirmativa” (evento 1, outros 7, fl. 2).

Naquela ocasião, o Procurador Regional da República Marcelo Beckhausen: “Ademais, analisando-se as fotos juntadas pelo impetrante (e. 1, OUT5), há fundadas dúvidas quanto à possibilidade de exclusão categórica do fenótipo negro (preto e pardo). Apesar de a controvérsia revestir-se de inafastável subjetivismo, o candidato apresenta conjunto de traços e pele que se afeioam mais à fenotipia negra, a exemplo da cor da tez” (evento 1, Parecer 8, fl. 9).

A esse respeito, colaciona-se do STJ: “Em que pese a expertise dos membros da comissão de verificação constituída pela Fundação realizadora do certame, pela simples análise das fotografias constantes dos autos, verifico não ser possível, conforme já mencionado na decisão preambular, declarar o impetrante como pessoa branca, o que configura a ilegalidade do ato de exclusão de seu nome do rol de candidatos habilitados ao provimento das vagas reservadas. Apesar de ele não ostentar todas as características fenotípicas esperadas pela comissão de verificação para enquadramento dos candidatos como negros, com relação aos elementos boca, nariz, cabelo, formato do rosto e tom da pele, em meu sentir o conjunto de seus traços, notadamente o nariz largo, o tom da pele escuro e os cabelos crespos, mais se assemelham à etnia negra que à etnia branca. Também reputo determinante para a concessão da segurança o fato de que o impetrante foi considerado como pessoa negra pelo Poder Executivo, na ocasião em que foi admitido como destinatário da política de cotas para pessoas negras na graduação do curso de direito. Embora essa decisão não seja formalmente vinculante, seria extremamente incoerente que agora o Poder Judiciário não o considerasse como tal, mesmo diante de um quadro em que **há, no mínimo, razoável dúvida acerca dessa caracterização. E, conforme já mencionado, no julgamento da ADC 41 o STF afirmou o entendimento de que ‘quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial’**” (STJ, AREsp n. 2041244, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 25.08.2022 - grifou-se).

Este tribunal já decidiu pela manutenção do critério da autodeclaração no caso de ‘dúvida razoável’ acerca do fenótipo:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE ODONTÓLOGO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. EDITAL N. 009/2019. VAGAS RESERVADAS AOS CANDIDATOS NEGROS. CANDIDATO QUE, SEGUNDO A BANCA DE HETEROIDENTIFICAÇÃO, NÃO APRESENTAVA ‘ASPECTOS FENOTÍPICOS DE PRETO OU PARDO.’ RECURSO ADMINISTRATIVO INDEFERIDO, SOB A JUSTIFICATIVA DO NÃO COMPARECIMENTO PARA UMA NOVA ENTREVISTA. CONVOCAÇÃO EFETIVADA POR E-MAIL. EDITAL DO CERTAME QUE ESTABELECE A CONVOCAÇÃO PARA COMPARECER PERANTE A COMISSÃO DE AVALIAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ENDEREÇO ELETRÔNICO DO CONCURSO. IRREGULARIDADE CONSTATADA. CANDIDATO, ADEMAIS, QUE SE AUTODECLAROU, NO ATO DA INSCRIÇÃO, COMO ‘PARDO’. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

PÚBLICOS QUE CARACTERIZAM A COR DA SUA PELE COMO 'PARDA'. JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 41 PELO STF, NA QUAL RECONHECEU QUE, NO CASO DE DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DO FENÓTIPO DO CANDIDATO (A CHAMADA ZONA CINZENTA), DEVE PREVALECER O CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO DA IDENTIDADE RACIAL. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL PARA PERMITIR AO AUTOR QUE CONCORRA ÀS VAGAS RESERVADAS. MANUTENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO” (TJSC, Apelação n. 5010192-91.2020.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 28-06-2022).

Há, inclusive, decisão neste sentido deste Grupo de Câmaras de Direito Público:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL N. 19/2018 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO DO CANDIDATO COMO “PARDO”. BANCA DE HETEROIDENTIFICAÇÃO QUE ASSIM NÃO O RECONHECEU. INDEFERIMENTO, INCLUSIVE, DO RECURSO ADMINISTRATIVO. BANCA QUE SE UTILIZOU DE PORTARIA NÃO PREVISTA NO EDITAL E COM VIGÊNCIA APÓS A PUBLICAÇÃO DO EDITAL. PORTARIA AFASTADA. DOCUMENTOS PÚBLICOS QUE RECONHECERAM, EM DATA PRETÉRITA, O IMPETRANTE COMO “PARDO”. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 41, JULGADA PELO STF, A QUAL RECONHECE A VALIDADE DA BANCA DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E QUE NA DIFICULDADE DE SE ENQUADRAR A REAL COR DA PELE DO CANDIDATO, A CHAMADA “ZONA CINZENTA”, OU “FRONTEIRA ENTRE SER NEGRO OU BRANCO”, DEVE PREVALECER A AUTODECLARAÇÃO. ATO IMPUGNADO ANULADO. ORDEM CONCEDIDA” (Mandado de Segurança n. 4031156-65.2018.8.24.0000, de Tribunal de Justiça, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 27.3.2019).

Por tais razões, constatada a ilegalidade da decisão da comissão pela ausência da análise fática dos argumentos expostos, sem a necessária motivação, impõe-se a concessão da segurança para anular o ato coator e, demonstrando na via do mandado de segurança elementos necessários a, no mínimo, ensejar a ‘dúvida razoável’ sobre sua autodeclaração, esta deve prevalecer, nos termos das decisões do Tribunais Superiores e prevista no próprio edital do certame.

Diante disso, comprovado o direito líquido e certo a ser amparado por esta via, concede-se a ordem a fim de reconhecer o direito do impetrante de ser incluído na lista de candidatos considerados ‘negros’ para fins do concurso inaugurado pelo edital n. 01/2020.

2. Em sede de mandado de segurança não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios (súmula n. 105 do STJ, súmula n. 512 do STF e art. 25 da Lei n. 12.016/09).

3. Ante o exposto, voto no sentido de conceder a ordem, para declarar a nulidade do ato coator e reconhecer o direito do impetrante de ser incluído na lista de candidatos considerados ‘negros’ para fins do concurso inaugurado pelo edital n. 01/2020.

Documento eletrônico assinado por **FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2927982v116** e do código CRC **fee86613**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

Data e Hora: 30/11/2022, às 14:4:46

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0301422-82.2015.8.24.0028/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0301422-82.2015.8.24.0028/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO BOLLER

APELANTE: TRANSPORTES TJF EIRELI (RÉU)

APELADO: AUTOPISTA FERNAO DIAS S.A. (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER.

TRANSPORTADORA CUJOS CAMINHÕES EVADIRAM-SE DOS PAGAMENTOS DAS TARIFAS DE PEDÁGIOS EM 1.573 OPORTUNIDADES, NO PERÍODO DE 01/01/2013 ATÉ 09/10/2014.

VEREDICTO DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO A EMPRESA RÉ AO PAGAMENTO DE R\$ 12.392,50, CORRESPONDENTE AO PREÇO PÚBLICO INADIMPLIDO, IMPONDO TAMBÉM MULTA DE R\$ 100,00 POR CADA EVENTUAL NOVA EVASÃO.

INSURGÊNCIA DE TRANSPORTES TJF EIRELI.

PRETEXTADO ADIMPLENTO DAS TARIFAS POR MEIO DO SISTEMA DENOMINADO “SEM PARAR”.

ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVA DAS FUGAS DOS PEDÁGIOS E QUE, SE HOUVE, OS RESPONSÁVEIS SERIAM OS MOTORISTAS DOS CAMINHÕES.

TESES INSUBSISTENTES.

ARCABOUÇO PROBATÓRIO DEMONSTRANDO QUE OS CAMINHÕES DA TRANSPORTADORA RÉ EVADIRAM OS PEDÁGIOS EM 1.573 OCASIÕES.

MOTORISTA QUE, AO SER FLAGRADO PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, CONFIRMOU QUE A ORIENTAÇÃO DA EMPRESA ERA PARA NÃO PAGAR A TARIFA E DERRUBAR AS CANCELAS EM TODAS AS PRAÇAS PEDÁGIOS.

CARÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EVENTUAL PAGAMENTO.

SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de setembro de 2022

RELATÓRIO

Cuida-se de *Apelação* interposta por Transportes TJJ Eireli, em objeção à sentença prolatada pelo magistrado José Aranha Pacheco - Juiz de Direito titular da 1ª Vara da comarca de Içara -, que na *Ação de Cobrança c/c Obrigação de Não Fazer n. 0301422-82.2015.8.24.0028*, ajuizada por Autopista Fernão Dias S/A., julgou procedentes os pedidos, já considerando a integração efetuada pela decisão que acolheu os *Embargos de Declaração* opostos pela concessionária do serviço público no tocante à correção monetária, nos seguintes termos:

Autopista Fernão Dias S.A. ajuizou ação de cobrança c/c obrigação de não fazer com pedido de liminar em face de Transportes TJJ Eireli - EPP, todos qualificados nos autos.

[...]

Por tais razões julgo procedentes os pedidos formulados por Autopista Fernão Dias em face de Transportes TJJ Eireli - EPP, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para condenar a parte ré ao pagamento da quantia de R\$ 12.392,50 (doze mil, trezentos e noventa e dois e cinquenta centavos), com correção monetária desde o evento danoso (Súmula 43 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC) a contar da citação, bem como condeno a parte ré na obrigação de não fazer, consistente na abstenção de passar pelo pedágio sem o devido pagamento nas rodovias concessionadas à autora, sob pena de pagamento de multa de R\$ 100,00 (cem reais) por passagem indevida, o que vale a partir da intimação desta decisão.

Diante do princípio da causalidade, condeno a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios em favor da parte autora, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC.

Malcontente, Transportes TJJ Eireli argumenta que:

A Apelante alegou em sua defesa, e, comprovou através de documentação anexada aos autos, que os fatos alegados pela Apelada não condizem com a realidade, uma vez que não houve evasão em pedágio por parte dos veículos de sua propriedade.

Alegou a Apelante que se houve alguma passagem pela praça de pedágio por partes dos veículos, sem efetuar o pagamento, os verdadeiros responsáveis foram os motoristas dos mesmos, os quais tinham dinheiro suficiente para o pagamento.

[...]

A verdade é que a Apelante utiliza-se de “tags sem parar”, os quais são abastecidos regularmente para utilização justamente nessas hipóteses.

[...]

Excelências, a Apelante é empresa de transporte de cargas, possuindo diversos caminhões em trânsito nas estradas de todo o país, e certamente não iria correr o risco de não honrar com o transporte de cargas contratado com seus clientes por falta de pagamento de pedágio.

[...]

[...] a prova testemunhal é uma prova frágil, facilmente manipulada, não podendo sobrepor a prova documental acostada aos autos.

[...]

Desta forma, analisando as alegações da Apelada juntamente com os documentos por ela acostados, o que se percebe é que não há prova alguma que demonstre o valor do prejuízo sofrido.

Nestes termos, clama pelo conhecimento e provimento do apelo.

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde Autopista Fernão Dias S/A. refuta as teses manejadas, exorando pelo desprovimento da insurgência.

Em manifestação da Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, 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.

A sentença julgou procedente a ***Ação de Cobrança c/c Obrigação de Não Fazer n. 0301422-82.2015.8.24.0028***, condenando a transportadora ré ao pagamento de R\$ 12.392,50 (doze mil, trezentos e noventa e dois reais e cinquenta centavos), em decorrência das 1.573 (huma mil, quinhentas e setenta e três) evasões de pedágio constatadas de 01/01/2013 até 09/10/2014, impondo também a multa de R\$ 100,00 (cem reais) por cada eventual nova passagem sem quitação do preço público.

Transportes TJJF Eireli, a seu turno, suscita, em suma, que teria pago as tarifas por meio do sistema denominado “*Sem Parar*”, apresentando algumas faturas.

Alega, ainda, que não haveria prova das evasões de pedágio e que, se houve, os responsáveis seriam os motoristas dos caminhões, que teriam dinheiro suficiente.

Aventa também a existência de matéria jornalística indicando suposta cobrança indevida em praças de pedágio.

Pois bem.

Abrevio, a irresignação não prospera.

Vis-à-vis a pertinência e adequação, trago à lume a interpretação lançada pelo magistrado sentenciante, que parodio, imbricando-a em meu voto, como razão de decidir:

Na questão de fundo, o ponto controvertido consiste em verificar se houve, ou não, as supostas evasões praticadas pelos veículos da empresa ré, bem como as consequências advindas de tal prática.

Importante assentar, desde já, que o ônus da prova deve ser exercido pelas partes na forma do artigo 373, I e II, do CPC (fls. 79/80) e, a partir do ônus probatório e das provas carreadas aos autos afere-se a procedência ou não dos pedidos das partes, assim como as consequências de suas desídias.

A teor do artigo 373 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte autora, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e à parte ré quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O princípio do interesse leva a lei a distribuir o ônus probatório da forma estipulada no art. 373 do CPC, afinal, o reconhecimento dos fatos constitutivos só interessa ao autor, enquanto os modificativos, extintivos ou impeditivos àqueles, só interessa ao réu. Sem prova dos primeiros, a sentença será de improcedência; sem prova dos restantes, provavelmente haverá decisão desfavorável ao réu.

Acerca do ônus probatório, Cândido Rangel Dinamarco conceitua como: “Encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (in Instituições de Direito Processual Civil - III. São Paulo: Malheiros, 2005).

Feitas tais considerações, depreende-se que a parte autora comprovou sua legitimidade para a cobrança das tarifas de pedágio, bem como as evasões perpetradas pela parte ré ao utilizar da faixa de cobrança automática do pedágio sem efetuar o pagamento das tarifas respectivas e, inclusive, rompendo as cancelas existentes.

Conforme relatado pela Polícia Rodoviária Federal, um veículo de propriedade da parte ré foi pego em flagrante evadindo-se do pagamento do pedágio e o motorista, por sua vez, afirmou que procedeu dessa forma sob orientação de seu empregador, senão vejamos:

Em 16/10/2014 às 16:53hs, em fiscalização na praça de pedágio da cidade de Cambuí/MG, BR 381, km 900, sentido crescenet, foi constatado pelos Policiais Rodoviários Federais supra descritos que o veículo VOLVO/FH 440 6X2T, MJB9527 tracionando S. reboque basculante MJA4015, ambos de propriedade de TRANSPORTES TJF LTDA ME, CNPJ 03121221/0001-06, conduzido por ELI CARLOS PACHECO BITENCOURT, cpf 022109289-74, ao passar pela praça de pedágio de Cambuí/MG na via “sem parar”, VIA 15 AVI, evadiu-se para não efetuar o pagamento do pedágio. A cancela nesta faixa encontrava-se fechada, bloqueando a passagem do veículo no km 905 mesmo sentido, condutor do veículo ao ser questionado sobre a evasão ocorrida no km 900, o mesmo informou que segue ordens dadas pelo proprietário do veículo, patrão, que ordena que ele não faça pagamento nas cabines do pedágio, e que ordena para que passe nas vias do “sem parar” derrubando as cancelas em todos os pedágios [...]. Questionado o condutor do veículo sobre o trajeto de suas viagens, informou que sai de Criciúma/SC com destino a Curitiba/PR pela BR101, em seguida entra na BR116 com destino a São Paulo/SP, rodoanel, e finalmente na BR381 até Betim/MG local onde descarrega carvão. Sobre o retorno informou que faz exatamente o caminho oposto porém entra em Lavras/MG para carregar areia. Perguntado ao motorista se ele evade somente os pedágios da BR381, ou se essa conduta é comum em todas as rodovias de todo o trajeto, informou que evade TODOS os pedágios em todas as praças que passa, por todo esse trajeto, na BR381, BR116, BR101 e rodoanel em São Paulo, tanto na ida quanto na volta. [...]” (Evento 1, INF35).

O relato supracitado foi confirmado em sede judicial quando da oitiva do policial rodoviário federal que atendeu a ocorrência, Sr. Márcio Naoki Kohayakawa, nos seguintes termos: “confirma os termos do histórico da ocorrência relativo ao fato; foi feito auto de infração pela evasão do pedágio flagrado pela PRF; foi dito pelo motorista que tal conduta era reiterada e que se tratava de ordem da empresa” (Evento 66, PRECATORIA151).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha arrolada pela parte autora, Sr. Mário José Souto, que esclareceu que é coordenador de pedágio e que naquela data constatou a evasão do veículo supracitado, motivo pelo qual informou à Polícia Rodoviária Federal para que efetuasse a abordagem. Rememorou que, naquela oportunidade, o condutor afirmou que era orientação de sua empresa empregadora não efetuar o pagamento nas cabines, passar pela “via fácil”, quebrar as cancelas e seguir viagem. Indo além, disse que fizeram levantamento das evasões de todos os veículos da ré e constataram mais de mil e quinhentas evasões (Evento 67).

De fato, a parte autora apresentou relatório minucioso das evasões perpetradas por veículos da parte ré, com imagens, datas, placas, valores das tarifas unitárias e valor total, do qual se extrai que ocorreram exatas 1.573 passagens no período de 01.01.2013 a 09.10.2014, totalizando R\$ 12.371,70 (doze mil, trezentos e setenta e um reais e setenta centavos) (Evento 1, INF11 e seguintes).

Aqui, vale dizer que, embora a parte ré impugne a ocorrência das evasões de pedágio, não nega ter trafegado na rodovia em todos os momentos alegados pela parte autora, de modo que é incontroverso que passou por aquelas praças de pedágios - cuja circunstância, inclusive, restou comprovada pelas imagens das câmeras juntadas pela parte autora no Evento 1 (INF11 e seguintes).

Para mais, como os veículos da parte ré passaram todas essas vezes, conseqüentemente, as tarifas deveriam ter sido pagas em todas elas, o que significa que cabia à parte ré trazer aos autos os respectivos comprovantes de pagamentos, já que a prova do pagamento, como se sabe, incumbe ao devedor (CC, art. 319).

Contudo, a parte ré limitou-se em apresentar faturas do sistema “sem parar” que não constam o pagamento das passagens apontadas pela parte autora na exordial. Pelo contrário, de uma simples leitura denota-se a existência de faturas em aberto e outras em fase de cobrança (Evento 19, INF56 e seguintes).

Ora, a parte ré não se desincumbiu de seu ônus, pois como dito linhas acima, cabia ao réu impugnar especificadamente as passagens objeto de cobrança dos autos e apresentar os respectivos comprovantes de pagamento.

Indo além, cai por terra a alegação da parte ré de que as imagens colacionadas aos autos não demonstram as efetivas evasões, já que incontroversas as passagens nas praças de pedágio e inexistente a prova de pagamento, o que é suficiente para caracterizar, por si só, as evasões apontadas pela parte autora.

Dessa forma, a condenação da parte ré ao pagamento das tarifas de pedágio inadimplidas é a medida de rigor.

Em casos análogos ao presente, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA C/C TUTELA INIBITÓRIA LIMINAR. EVASÃO DE PEDÁGIO. EVASÃO QUE TERIA SIDO PRATICADA PELO AUTOR 917 VEZES. PRETENSÃO DE COBRANÇA DAS TARIFAS. PASSAGEM DOS VEÍCULOS DO RÉU NAS PRAÇAS DE PEDÁGIO INCONTROVERSA E, DE QUALQUER FORMA, DEMONSTRADA PELAS IMAGENS DAS CÂMERAS DA AUTORA. PASSAGEM NA PRAÇA DE PEDÁGIO QUE IMPLICA PAGAMENTO DA TARIFA. PROVA DO PAGAMENTO QUE COMPETE AO DEVEDOR (ART. 319 DO CCB), NO CASO, O RÉU. PROVA DO PAGAMENTO NÃO REALIZADA. EVASÃO DE PEDÁGIO CARACTERIZADA. PROCEDÊNCIA DA COBRANÇA QUE É DE RIGOR. SENTENÇA PROFERIDA JÁ SOB VIGÊNCIA DO CPC/15. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS (ART. 85, § 11, DO CPC/15). RECURSO DESPROVIDO. (TJPR, 17ª Câmara Cível, n. 0005325-76.2016.8.16.0097, Rel. Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, Julgamento: 10.03.2020).

E mais:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE EVASÃO DA PRAÇA DO PEDÁGIO DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA SEM PAGAMENTO DAS TARIFAS. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DOS VALORES INADIMPLIDOS E COMINAÇÃO DE MULTA PARA A HIPÓTESE DE NOVAS EVASÕES. RECURSO PROVIDO. “Possibilidade de se impor sanção por novas violações, para desestimulá-las, sem prejuízo das multas administrativas. [...] Recurso provido para condenar o réu a se abster de evadir as praças de pedágio do autor sem o devido pagamento, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por cada evasão e defiro o pedido genérico a ser apurado em fase de liquidação por artigos, no que concerne à tarifa do pedágio.” (TJRJ, 16ª Câmara Cível, n. 00349678520138190204, Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho, Julgamento: 28.05.2019)

[...]

Ante todo o exposto, os pedidos devem ser julgados procedentes.

Consoante pontuou o togado singular na sentença, resta devidamente comprovado que os caminhões da empresa ré efetivamente evadiram o pedágio em 1.573 (hum mil, quinhentas e setenta e três) ocasiões, inexistindo demonstração de eventual pagamento das respectivas tarifas.

Acrescento, ao derradeiro, que a mera existência da matéria jornalística apresentada no reclamo não possui o condão de interferir de forma concreta no presente julgamento, porquanto reflete tão somente relatos genéricos supostamente ocorridos em outros casos, não possuindo relação direta com as fugas em apreço.

Ex positis et ipso facti, mantenho o veredito.

Em arremate, diante da manutenção da sentença e da interposição da insurgência já sob a vigência da Lei n. 13.105/15, é impositivo o arbitramento dos honorários devidos no 2º Grau (art. 85, § 11, do CPC). Via de consequência, condeno Transportes TJJ Eireli ao pagamento dos honorários recursais, no percentual de 1% (hum por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC).

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

Documento eletrônico assinado por **LUIZ FERNANDO BOLLER, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2566784v29** e do código CRC **029598ac**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ FERNANDO BOLLER

Data e Hora: 13/9/2022, às 16:30:21

APELAÇÃO Nº 5022356-24.2021.8.24.0033/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5022356-24.2021.8.24.0033/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO BOLLER

APELANTE: EDSON DA SILVA (IMPETRANTE)

APELADO: SECRETÁRIO(A) MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO DE PESSOAS DE ITAJAÍ (IMPETRADO)

APELADO: CHEFE DO GABINETE DO PREFEITO MUNICIPAL (INTERESSADO)

APELADO: MUNICÍPIO DE ITAJAÍ/SC (INTERESSADO)

APELADO: DIRETOR EXECUTIVO DE GESTÃO DE PESSOAS (INTERESSADO)

EMENTA

APELAÇÃO.

MANDADO DE SEGURANÇA.

SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ QUE PRETENDE SEJA CONCEDIDA DISPENSA DE SUA FUNÇÃO COMO PROFESSOR, SEMPRE QUE CONVOCADO COMO ÁRBITRO EM PARTIDAS DE FUTEBOL ORGANIZADAS PELA CBF-CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL.

ANTE A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (ART. 10, DA LEI N. 12.016/2009), A MAGISTRADA SENTENCIANTE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E EXTINGUIU O PROCESSO COM FUNDAMENTO NO ART. 485, INCISOS I E VI, C/C ART. 330, INCISO III, AMBOS DO CPC, VISTO QUE AUSENTE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

INSURGÊNCIA DO PROFESSOR IMPETRANTE.

APONTADA EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA O AFASTAMENTO DO TRABALHO NA FORMA REQUERIDA, CONFORME O ART. 84 DA LEI N. 9.615/98.

ASSERÇÃO INCONGRUENTE. ESCOPO ABDUZIDO.

NORMA LEGAL QUE DISPÕE SER PRÉ-REQUISITO A INTERMEDIÇÃO DO MINISTÉRIO COMPETENTE PARA LIBERAÇÃO DO FUNCIONÁRIO CONVOCADO.

SOLICITAÇÕES ADMINISTRATIVAS QUE NÃO OBSERVARAM OS DITAMES DA LEGISLAÇÃO INVOCADA.

ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI DE REGÊNCIA QUE DISCIPLINA O REGIME JURÍDICO AO QUAL ESTÁ ATRELADO O DEMANDANTE.

PRECEITOS DO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA INAPLICÁVEIS AOS OCUPANTES DE CARGO MUNICIPAL.

AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUANTO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

PRECEDENTES.

*“A prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado pela parte impetrante é requisito essencial da ação mandamental, nos termos do artigo 6º, da Lei n. 12.016/2009.” (TJSC, **Apelação n. 5002926-37.2022.8.24.0038**, rela. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 18/08/2022).*

SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Cuida-se de *Apelação* interposta por Edson da Silva, em objeção à sentença prolatada pela magistrada Sônia Maria Mazzetto Moroso Terres - Juíza de Direito titular da 2ª Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Itajaí -, que no **Mandado de Segurança n. 5022356-24.2021.8.24.0033**, impetrado contra ato tido como abusivo e ilegal imputado ao Chefe de Gabinete do Prefeito, ao Secretário Municipal de Administração, e ao Diretor Executivo de Gestão de Pessoas do Município de Itajaí, indeferiu a petição inicial nos seguintes termos:

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por EDSON DA SILVA em desfavor do CHEFE DO GABINETE DO PREFEITO MUNICIPAL, do SECRETÁRIO MUNICIPAL DE GESTÃO DE PESSOAS e do DIRETOR EXECUTIVO DE GESTÃO DE PESSOAS, em que se pleiteia o reconhecimento de violação ao direito líquido e certo à licença para arbitragem de jogos de futebol, sempre que o Impetrante, servidor público municipal, for convocado a participar de qualquer competição organizada por entidade integrante do Sistema Nacional Desportivo.

[...]

A jurisprudência orienta que “a complexidade dos fatos não exclui o caminho do mandado de segurança, desde que todos se encontrem comprovados de plano”. Nesse sentido, é necessário que da petição inicial e dos documentos que a acompanham resulte a demonstração convincente do direito subjetivo que se afirma violado.

[...]

Ante o exposto, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL, com fulcro no art. 10 da Lei n. 12.016/2009, ante a inadequação da via eleita, e DECLARO A EXTINÇÃO do presente processo, com fundamento no art. 485, incisos I e VI, c/c art. 330, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

Malcontente, Edson da Silva argumenta que:

[...] tem-se que o Apelante preenche os requisitos legais de legislação que, aliás, se aplica sim ao âmbito municipal.

Tem-se que o posicionamento adotado pela Autoridade Coatora, ora Apelada, encontra-se ofendendo justamente o princípio da legalidade, de maneira que nega vigência ao disposto no art. 102, inciso X da Lei Federal nº 8.112/90.

[...] denota-se que previsão legal determina que:

a) Seja um servidor público: O Apelante é servidor público no cargo de professor;

b) Que o mesmo esteja vinculado a uma entidade de administração esportiva que esteja integrada ao sistema nacional de desporto: O Apelante está vinculado a Confederação Brasileira de Futebol - CBF;

c) Que a competição seja organizada por esta entidade: A Confederação Brasileira de Futebol, entidade integrada ao sistema nacional de desporto, organiza, em todas as suas divisões, o Campeonato Brasileiro de Futebol, portanto, uma competição desportiva, conforme inclusive, arts. 2º do Regulamento Geral de Competições da CBF.

[...] o Apelante possui direito líquido e certo de se afastar de suas funções como professor, sem qualquer prejuízo à sua remuneração ou contagem de tempo de serviço, de modo que cabeira [sic] a Autoridade Coatora, deferir o pleito administrativo.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo.

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde o Município de Itajaí refuta as teses manejadas, exorando pelo improvimento do reclamo.

Em *Parecer* da Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento da insurgência.

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

O inconformismo de Edson da Silva cinge-se à asserção de que está demonstrado o direito líquido e certo de se ausentar do cargo de professor, exercido no Município de Itajaí, sempre que

convocado para atuar como árbitro em partidas de futebol organizadas por entidade integrante do sistema desportivo nacional.

Pois bem.

Sem delongas, adianto: a irresignação não viceja!

Vis-à-vis a pertinência e adequação, trago à lume a interpretação lançada pela Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, em seu *Parecer* (Evento 10), que parodio, imbricando-a *ipsis verbis* em meu voto, nos seus precisos termos, como *ratio decidendi*:

Com o presente mandamus pretende o impetrante, em suma, que seja cassada a decisão que indeferiu a inicial do Mandado de Segurança, no qual pretendia que fosse concedido dispensa de sua função como professor municipal, sempre que convocado como árbitro em partidas de futebol organizadas pela CBF.

Em que pese, mesmo que a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) seja uma entidade reconhecida, inexistente legalidade nos fundamentos apresentados pela parte, conforme bem pontuou a magistrada na sentença, isto porque os requerimentos apresentados estão em desacordo com o artigo 84, §1º da Lei n.º 9.615/1998, o qual dispõe:

Art. 84 [...]

§1º O período de convocação será definido pela entidade nacional de administração da respectiva modalidade desportiva, cabendo a esta ou aos Comitês Olímpico ou Paraolímpico Brasileiros fazer a devida comunicação e solicitar ao Ministério do Esporte a competente liberação do afastamento do atleta, árbitro e assistente, cabendo ao referido Ministério comunicar a ocorrência ao órgão de origem do servidor ou militar.

Assim, segundo se observa da leitura do inciso, o pedido de dispensa não seguiu os trâmites legais, uma vez que mesmo tendo sido feito por intermédio do Sindicato dos Árbitros de Futebol de Santa Catarina (SINAFESC), este não seria o órgão legalmente competente para solicitar, devendo, no caso, a CBF ter informado ao Ministério do Esporte e este requerido junto ao município.

Ademais, imperioso ressaltar que existem sentenças, em processos de igual natureza, indeferindo Mandado de Segurança, sob a luz dos mesmos fundamentos aqui apresentados, abrindo precedentes para o posicionamento defendido pela magistrada, conforme se observa no processo nº 5022352-84.2021.8.24.0033, também da comarca de Itajaí, mencionado ao longo da sentença.

Por fim, pertinente destacar que a Lei 2.960/95 do município Itajaí, a qual dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos, não prevê em seus artigos a dispensa de servidor com a finalidade de ocupar a função de árbitro, sendo, neste caso, aplicado o disposto no artigo 56, § 1º, da referida Lei, o qual dispõe:

Art. 56 [...] § 1º

Salvo nos casos expressamente previstos nesta Lei, é vedado dispensar o servidor do registro de ponto e abonar faltas no serviço.

Assim, como o caso em questão não seguiu os trâmites legais, conforme mencionado anteriormente e, tendo em vista não ser expresso na Lei que regula os servidores públicos de Itajaí a possibilidade de dispensa, o que abonaria falta, o mandado de segurança não merece prosperar.

Pois então.

Ante a inadequação da via eleita (art. 10, da Lei n. 12.016/2009), a magistrada sentenciante indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo com fundamento no art. 485, incisos I e VI, c/c art. 330, inciso III, ambos do CPC, visto que ausente prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo de Edson da Silva.

Nesse trilhar, pontuou a togada singular:

A Lei Federal n.º 9.615/1998 institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. É conhecida como a “Lei Pelé”.

O caput do artigo 84 desta Lei cuida da convocação de atleta para integrar uma representação nacional, seja em treinamentos ou competições desportivas, no País ou no exterior. Ou seja, a convocações de atletas, para representarem o Brasil (nacional) em treinamentos ou competições desportivas, no Brasil ou no exterior.

Atleta significa, conforme o dicionário virtual da língua portuguesa Michaelis: “Pessoa treinada para competir, profissionalmente ou como amador, em exercícios, esportes ou jogos que requerem força, agilidade e resistência; esportista”. Enquanto árbitro, por outro lado, diz respeito à: “Pessoa indicada para dirigir uma competição esportiva; juiz”.

O parágrafo único do dispositivo até faz menção tanto ao atleta quanto ao árbitro, assim como ao “assistente”. Mas, há alguns detalhes especiais na redação.

Ele dispõe, por exemplo, que a entidade nacional de administração de determinada modalidade é quem define o período de convocação. Nesse compasso, aplicando-se o dispositivo ao caso em análise, penso que a CBF é quem define o período de convocação.

Ele dispõe, ainda, que a mesma entidade ou o Comitê Olímpico ou Paraolímpico deve comunicar e solicitar ao Ministério do Esporte a liberação do afastamento do atleta, do árbitro e do assistente.

Logo, a CBF deveria comunicar e solicitar ao Ministério do Esporte a liberação do Impetrado e a tal Ministério, por sua vez, é que caberia comunicar a convocação e buscar viabilizar o afastamento do servidor junto ao Município de Itajaí.

Mas o Impetrante não traz prova pré-constituída a respeito de que os fatos tenham ocorrido em conformidade com tal sistemática legal.

Na realidade, percebo que o Impetrante busca o prévio reconhecimento do direito de se afastar do serviço público municipal sempre que for convocado pela CBF, que é entidade privada, para arbitragem em jogos de futebol.

Prosseguindo avante.

Ora, o art. 84 da Lei n. 9.615/98 estabeleceu diretrizes para que ocorra o afastamento do servidor público civil ou militar nas condições ora pleiteadas, quais sejam: (I) a convocação do referido funcionário para integrar competição desportiva no país ou no exterior; (II) a comunicação da entidade nacional de administração da respectiva modalidade desportiva ao convocado, com posterior solicitação de sua liberação ao Ministério do Esporte, e (III) a informação do ministério competente ao órgão de origem ao qual está vinculado o obreiro.

E compulsando os requerimentos formalizados pelo impetrante ao Município de Itajaí (Evento

1, OUT8 e Evento 1, OFIC10), verifico que os ditames do supra mencionado dispositivo legal não foram observados a rigor, como, aliás, pontuou a magistrada sentenciante, bem como a Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes em seu *Parecer* (Evento 10).

Assim, em não havendo a intermediação do respectivo ministério nas solicitações, não pode ser considerada pré-constituída a prova do direito líquido e certo reclamado.

Nesse trilhar, “a prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado pela parte impetrante é requisito essencial da ação mandamental, nos termos do artigo 6º, da Lei n. 12.016/2009” (TJSC, **Apelação n. 5002926-37.2022.8.24.0038**, rela. Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 18/08/2022).

E, conforme sublinhou a juíza sentenciante, “o art. 18 da Lei Estadual n.º 6.745/1985 é inaplicável, na medida em que o diploma legal é o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, cujas disposições não se estendem ao funcionalismo público municipal”.

Como supedâneo de sua pretensão, Edson da Silva aponta, ainda, o art. 102, inc. X, da Lei Federal n. 8.112/90, *in verbis*:

Art. 102 - Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

[...] X - participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

Ocorre que, mesmo na eventualidade de que fossem, *in casu*, subsidiariamente aplicáveis os parâmetros do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União - o que já afastaria a hipótese de direito líquido e certo *per se* -, tal legislação estabelece que a participação em competição desportiva deve se ater aos ditames de lei específica, isto é, a Lei n. 9.615/98.

Ao cabo, ao dispor sobre as licenças das quais podem gozar os ocupantes de cargo público do Município de Itajaí, a normativa de regência municipal (Lei n. 2.960/95), em seu Capítulo IV, não prevê a permissão para comparecimento a eventos esportivos.

Sintetizando: de qualquer ângulo, o *mandamus* carece dos pré-requisitos legais, razão pela qual pedido exordial não viceja.

Nesse viés:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR CONTRATADO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. LICENÇA REMUNERADA PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO MUNICIPAL. LEI COMPLEMENTAR N.º 64/1990. DIREITO QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, CARACTERIZADA PELA URGÊNCIA E EXTRAORDINARIEDADE, A FIM DE

*ATENDER A NECESSIDADE DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) a garantia de percepção dos vencimentos integrais de que cuida a Lei Complementar 64/1990 não se estende aos servidores temporários cuja contratação tenha se fundado no excepcional interesse público de que trata o art. 37, IX, da Constituição Federal” (RMS 042504, Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 13/6/2013). (TJSC, **Apelação n. 5009325-37.2020.8.24.0011**, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 15/06/2021).*

Sob a mesma diretriz:

*APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO DA NOMEAÇÃO DOS IMPETRANTES EM RAZÃO DA CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO VINDICADO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL. SENTENÇA BEM LANÇADA. RECURSO DESPROVIDO. EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEVE SER DEMONSTRADO DE PLANO. A NECESSIDADE DE DILAÇÃO OU VALORAÇÃO PROBATÓRIA PARA CONFIRMAR O DIREITO DEDUZIDO NA PETIÇÃO INICIAL IMPÕE O INDEFERIMENTO DESTA. (TJSC, **Apelação n. 5002401-89.2021.8.24.0135**, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 06/09/2022).*

Ex positis et ipso facti, mantenho o veredicto.

Incabíveis honorários (art. 25, da Lei n. 12.016/09).

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

Documento eletrônico assinado por **LUIZ FERNANDO BOLLER, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2759358v29** e do código CRC **6902a854**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ FERNANDO BOLLER

Data e Hora: 25/10/2022, às 16:10:8

APELAÇÃO Nº 0000211-88.2014.8.24.0135/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0000211-88.2014.8.24.0135/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO BOLLER

APELANTE: TATIANE GRAZIELE SEDREZ (AUTOR)

APELADO: MUNICÍPIO DE NAVEGANTES/SC (RÉU)

EMENTA

APELAÇÃO.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

ÓBITO DO CONDUTOR DA MOTOCICLETA HONDA CG 150, PLACA MFA-6815, RENAVAL N. 979818753, ANO 2008, COR CINZA, CHASSIS N. 9C2KC08R233944, QUE, AO REALIZAR UMA CURVA NA RUA ORLANDO FERREIRA, BAIRRO MACHADOS, NO MUNICÍPIO DE NAVEGANTES, CAIU EM UM BURACO NÃO SINALIZADO, PERDENDO O CONTROLE DO VEÍCULO, CHOCANDO-SE CONTRA UM AUTOMÓVEL QUE TRANSITAVA NA VIA, E LOGO EM SEGUIDA FOI ARREMESSADO PARA DEBAIXO DE UMA CAMINHONETE QUE ESTAVA ESTACIONADA EM FRENTE A UMA FARMÁCIA.

VEREDICTO DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA IRMÃ DA VÍTIMA.

ASSERÇÃO DE QUE O SINISTRO OCORREU EM RAZÃO DA MÁ CONSERVAÇÃO DA VIA, CAUSANDO ABALO MORAL DECORRENTE DO FALECIMENTO DE SEMELHANTE PRÓXIMO.

TESE SUBSISTENTE.

EMBORA CONSTE NO BOLETIM DE OCORRÊNCIA QUE INEXISTIA DEFICIÊNCIA NA PISTA, O DOCUMENTO FOI DERRUÍDO POR PROVA TESTEMUNHAL EM SENTIDO CONTRÁRIO.

DEPOENTES QUE TRABALHAVAM EM FRENTE AO LOCAL DO ACIDENTE, FORAM CATEGÓRICAS AO AFIRMAR QUE A CAUSA DO INFORTÚNIO FOI O BURACO NO LEITO DA VIA.

CARÊNCIA DE PROVA QUANTO À ALEGAÇÃO DO MUNICÍPIO DE NAVEGANTES DE QUE O CONDUTOR DA MOTOCICLETA DIRIGIA EM ALTA VELOCIDADE.

ADEMAIS, TÃO SOMENTE O FATO DE A VÍTIMA NÃO POSSUIR CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, NÃO TEM O CONDÃO DE EXIMIR A RESPONSABILIDADE DA COMUNA, SOBRETUDO PORQUE NÃO FOI A CAUSA DETERMINANTE DO SINISTRO. PRECEDENTES DO STJ.

MUNICIPALIDADE DEMANDADA QUE, A TEOR DO QUE DISPÕE O ART. 373, INC. II, DO CPC, NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS EM COMPROVAR AS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

NEXO CAUSAL COMPROVADO.

QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 50 MIL.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA. TEMA N. 905 DO STJ, E TEMA N. 810 DO STF. CONTUDO, OBSERVÂNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 113/2021, A PARTIR DA DATA DE SUA VIGÊNCIA.

SENTENÇA REFORMADA.

PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 01 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Cuida-se de *Apelação* interposta por Tatiane Graziele Sedrez, em objeção à sentença prolatada pelo magistrado Edson Marcos de Mendonça - Juiz de Direito titular da 2ª Vara Cível da comarca de Navegantes -, que na *Ação de Indenização por Danos Morais n. 0000211-88.2014.8.24.0135*, ajuizada contra o Município de Navegantes, julgou improcedentes os pedidos, nos seguintes termos:

TATIANE GRAZIELE SEDREZ, ajuizou a presente Ação de Indenização por Danos Morais, em face de MUNICÍPIO DE NAVEGANTES/SC, partes qualificadas nos autos e representados por procurador habilitado.

Narra que seu irmão, Thiago Sedrez, no dia 02/02/2012 e na condução de uma motocicleta, perdeu o controle da direção por conta de um buraco existente na Rua Orlando Ferreira, Bairro Machados, Navegantes/SC, vindo, posteriormente, a colidir com o veículo que trafegava pelo outro sentido da via, o que o levou a óbito por conta dos traumas sofridos naquela ocasião.

[...]

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por TATIANE GRAZIELE SEDREZ em face de MUNICÍPIO DE NAVEGANTES/SC, o que faço com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC.

Malcontente, Tatiane Graziele Sedrez argumenta que:

[...] diante da demonstração de ERRO, do DANO e da RESPONSABILIDADE CIVIL, inequívoco o dever indenizatório dos Réus.

Imperativo, portanto, que o requerente seja indenizado pelos danos causados em decorrência do ato ilícito, em razão de ter sido vítima de completa e total negligência da demandada, assim como seja indenizado pelo abalo moral em decorrência do ato ilícito.

[...] o dano moral fica perfeitamente caracterizado pelo dano sofrido pela Autora ao perder seu irmão, expondo o Autor a um constrangimento ilegítimo, gerando o dever de indenizar, conforme preconiza o Código Civil em seu Art. 186.

Nestes termos, clama pelo conhecimento e provimento do apelo.

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde o Município de Navegantes refuta as teses manejadas, bradando pelo desprovimento da insurgência.

Em manifestação da Procuradora de Justiça Sônia Maria Demeda Groisman Piardi, 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.

Tatiane Graziele Sedrez insurge-se contra a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais formulado contra o Município de Navegantes, alegando que restou demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta da comuna (pista de má trafegabilidade, com buracos e sem sinalização) e o acidente de trânsito ocorrido em 02/02/2012, que vitimou seu irmão com 17 (dezesete) anos de idade.

Pois bem.

Sem rodeios, adianto: a irresignação merece guarida!

Cediço que, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88, “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

Consoante entendimento doutrinário majoritário sobre o tema, em regra a responsabilidade civil do Estado será objetiva.

No entanto, será subjetiva quando se tratar de ato omissivo.

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera¹:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Contudo, a simples verificação de uma conduta estatal omissiva não é suficiente para a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, sendo necessária a averiguação da natureza da omissão, se específica ou genérica.

Sérgio Cavalieri Filho esclarece acerca das diferenças entre os tipos de omissão na conduta estatal e da sua responsabilidade²:

A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo que merece temperamento aquela parte da doutrina capitaneada pelo insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, pp. 871-872) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano ocorrer de uma omissão do Estado.

Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (item 77) e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda a hipótese proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo.

Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em que tinha o dever de agir para impedi-lo.

Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a administração por omissão genérica.

1 Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1.021.

2 Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 261.

Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve seu veículo parado mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso, haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, nas situações em que o ente federado possuir a obrigação legal e singular de agir e impedir a ocorrência de eventos lesivos, a sua inércia será considerada omissão específica, sendo equiparada a um ato comissivo, visto que o resultado danoso decorreu justamente da sua inatividade.

De gizar que “*não será o bastante dizer que o Poder Público não agiu. A vítima deverá demonstrar uma ‘obrigação legal específica de impedir o resultado’ (Des. Hélio do Valle Pereira)*” (TJSC, **Apelação n. 0600403-69.2014.8.24.0135**, de relatoria do signatário, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 15/06/2021).

Portanto, em se tratando, *in casu*, de omissão específica quanto ao dever municipal de manutenção e sinalização das vias e passeios públicos, resulta configurada a *responsabilidade civil objetiva* do Município de Navegantes, que só poderá ser afastada mediante a demonstração da culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

A *vexata quaestio* cinge-se em perquirir se a causa do acidente que resultou no óbito de Thiago Sedrez - irmão de Tatiane Grazielle Sedrez -, foi de fato a existência de um buraco no leito da via pública, visto que o magistrado sentenciante levou em consideração o registro feito pelo SD PM Aparecido Correa no *Boletim de Ocorrência n. 00605722*, de que inexistia deficiência na pista (Evento 1, Informação 25).

Pois então.

Ouso discordar da cognição lançada pelo togado singular na sentença, visto que, conquanto o *Boletim de Ocorrência* seja lavrado por autoridade dotada de fé pública, não se pode olvidar que o referido documento possui presunção *iuris tantum* de veracidade, podendo ser derruído por prova em sentido contrário.

Nessa linha:

*“No sistema jurídico pátrio, para fins de fixação da culpa em acidente de circulação, as narrativas e conclusões contidas em Boletim de Ocorrência ou documento técnico similar, cercam-se de presunção iuris tantum de veracidade, posto que, a teor do preceituado no art. 364 do CPC, o documento público elaborado por funcionário público, faz prova, não apenas de sua formação, como também da realidade de seu conteúdo. Essa presunção, não sendo absoluta, pode ser derribada por provas hábeis em contrário, provas essas que, acaso não produzidas a contento, levam à absoluta prevalência do documento em questão para a fixação da culpa (AC n. 97.011580-6, Des. Trindade dos Santos)’ (Des. Luiz César Medeiros)” (TJSC, **Apelação / Remessa Necessária n. 5001037-52.2021.8.24.0242**, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 13/09/2022).*

No contexto em discussão - diante dos meandros e peculiaridades do episódio -, Tatiane Grazielle Sedrez logrou êxito em comprovar, por meio de prova testemunhal, que o incidente ocorrido em 02/02/2012, que vitimou seu irmão, tem como causa a existência de um buraco na Rua Orlando Ferreira, Bairro Machados, no Município de Navegantes.

Embora o magistrado sentenciante tenha interpretado que a aludida prova não possui força probante - eis que produzida por duas pessoas que residem no mesmo logradouro da autora, e também porque não houve anotação de testemunha ocular no *Boletim de Ocorrência n. 00605722* -, é importante destacar que Jadina Maria e Mazilda Rosa Tomaz foram ouvidas na condição de testemunhas, sem que o Município de Navegantes tenha as contraditado no momento oportuno.

Ademais, ambas as depoentes - que laboravam em frente ao local do infortúnio -, foram categóricas e uníssonas em afirmar que presenciaram o momento do acidente, no qual Thiago Sedrez - condutor da motocicleta *Honda CG 150*, placa MFA6815, Renavam 979818753, ano 2008, cor cinza, Chassis 9C2KC08R233944 -, perdeu o controle do veículo ao cair em um buraco não sinalizado, chocando com um automóvel que transitava na via e, logo em seguida, arremessado para debaixo de uma caminhonete que estava estacionada em frente a uma farmácia.

Na audiência, o causídico patrono do Município de Navegantes se limitou a questionar se Thiago Sedrez, na verdade, não havia se perdido na curva da via, tendo ambas testemunhas reforçado que a vítima se acidentou em virtude da existência de um buraco na pista.

A comuna, a seu turno, não trouxe qualquer documento probante, tampouco arrolou testemunha que pudesse comprovar a tese de que o infortúnio ocorreu por culpa exclusiva de Thiago Sedrez, por supostamente dirigir em alta velocidade.

Outrossim, também não há que se cogitar a configuração de culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente, pelo fato de que o motorista não possuía habilitação, visto que *“segundo a jurisprudência do STJ, a ausência de carteira de habilitação da vítima, por ser mera infração administrativa, não tem o poder, por si só, de ocasionar a responsabilidade do condutor, especialmente se a falta de habilitação não foi a causa determinante do acidente” (AgInt no REsp n. 1.835.065/RO, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 11/5/2020).*

Portanto, inexistindo qualquer substrato probatório que pudesse indicar imprudência de Thiago Sedrez, a alteração do Município de Navegantes merece rechaço.

Disto se infere que a comuna não se desincumbiu do ônus de comprovar as causas excludentes da responsabilidade civil (art. 373, inc. II, do CPC).

Assim, emana inquestionável o nexo de causalidade e a responsabilidade do Município de Navegantes pelo transtorno causado a Tatiane Grazielle Sedrez, que, em razão do sinistro, sofreu danos morais *in re ipsa*, por ricochete, decorrentes da responsabilidade objetiva da municipalidade pelo óbito de seu irmão.

Desse modo, *“comprovada a inércia do ente público, o dano e o nexo de causalidade, e não*

*demonstrada a ocorrência de caso fortuito ou culpa da vítima, [será] cabível a indenização, pelo município, dos danos decorrentes de queda em buraco [...]’ (rel. Des. Luiz César Medeiros)” (TJSC, **Apelação Cível n. 0300951-54.2014.8.24.0011**, de Brusque, rela. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 30/07/2020).*

Resta, então, arbitrar o *quantum* indenizatório.

Ora, acerca dos critérios de fixação da verba indenizatória, [...] *a compensação por danos morais deve considerar, além da extensão do dano, o grau da culpa do ofensor e suas condições econômico-financeiras, os fins pedagógico, inibitório e reparador da verba, a fim de que reste proporcional. Assim, deve o arbitramento do quantum indenizatório fundar-se sempre no critério de proporcionalidade/razoabilidade, tendente a reconhecer e condenar o réu a pagar valor que não importe enriquecimento indevido para aquele que suporta o dano, mas uma efetiva compensação de caráter moral e uma séria reprimenda ao ofensor, desestimulando a reincidência [...] (Des. Henry Petry Júnior) (TJSC, **Apelação n. 0300378-98.2015.8.24.0037**, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 13/07/2021).*

E, “*na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido’ (Des. Luiz César Medeiros)” (TJSC, **Apelação n. 5003202-63.2020.8.24.0030**, rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 10/03/2022).*

Nesse viés:

*“Os irmãos, vítimas por ricochete, têm direito de requerer a indenização pelo sofrimento da perda do ente querido, sendo desnecessária a prova do abalo íntimo. No entanto, o valor indenizatório pode variar, dependendo do grau de parentesco ou proximidade, pois o sofrimento pela morte de familiar atinge os membros do núcleo familiar em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da reparação. [...]’ (Ministro Raul Araújo)” (TJSC, **Apelação n. 0001874-12.2013.8.24.0037**, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 09/06/2022).*

Sob a mesma diretriz:

*“[...] acerca da definição do valor indenizatório devido por abalos morais decorrentes do falecimento de familiares, este Tribunal de Justiça entende que ‘o arbitramento do valor devido a título de danos morais não pode levar em consideração apenas o presumível sofrimento do lesado, que no caso de falecimento de pessoas próximas é brutal. Devem ser medidos identicamente o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, a necessidade de desestimular novas ofensas e a condição econômica dos envolvidos’ (Des. Hélio do Valle Pereira)” (TJSC, **Apelação n. 0319081-40.2016.8.24.0038**, rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 27/09/2022).*

Em casos análogos, dos julgados de nossa Corte, haure-se:

- **Apelação / Remessa Necessária n. 0301263-30.2014.8.24.0011**, de Brusque, rela. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 25/04/2019: Indenização por danos morais devidos à filha de idosa, que caiu em um desnível de aproximadamente 7 (sete) metros, aberto, sem proteção e não sinalizado, vindo a óbito. *Quantum*: minorado para R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

- **Apelação n. 0301817-14.2018.8.24.0014**, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 02/02/2021: Indenização por danos morais devidos aos filhos de vítima fatal, que caiu em córrego localizado às margens de via pública. *Quantum*: mantido em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada descendente.

- **Apelação n. 0301283-56.2017.8.24.0030**, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 30/08/2022: Indenização por danos morais devidos à mãe pelo óbito do filho, que sofreu acidente de trânsito decorrente de má conservação da via pública. *Quantum*: mantido em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Assim, sopesando a natureza, extensão e gravidade do abalo sofrido por Tatiane Grazielle Sedrez - que desde 2009 detinha a guarda de seu irmão com 17 (dezesete) anos de idade -, arbitro o *quantum* indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que revela-se consentâneo ao caso.

Quanto aos consectários legais, os juros de mora fluirão a partir do evento danoso (**Súmula 54 do STJ**), com observância ao *Tema 810* do STF e *Tema 905* do STJ, até 09/01/2021, considerando a entrada em vigor da EC n. 113/2021, a partir de quando “*haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente*” (TJSC, **Apelação Cível n. 5001843-34.2021.8.24.0001**, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 22/03/2022).

Ex positis et ipso facti, reformo o veredicto, julgando procedente o pedido formulado.

Via de consequência, readequo os ônus sucumbenciais, responsabilizando o Município de Navegantes pelo pagamento da verba honorária, no percentual de 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 3º, inc. I, do CPC).

Incabíveis honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC), porquanto a majoração só será devida quando o recurso for “*não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente (rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira)*” (STJ, **AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.035.202/SP**, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 27/06/2022).

Dessarte, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **LUIZ FERNANDO BOLLER, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da

autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2807631v39** e do código CRC **9805c81b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ FERNANDO BOLLER

Data e Hora: 1/11/2022, às 14:52:19

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0901419-92.2017.8.24.0033/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELANTE: MUNICÍPIO DE ITAJAÍ/SC (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA QUE DETERMINOU AO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ/SC, A FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA AOS MUNICÍPIOS, DA INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE FOSSAS SÉPTICAS, COM SISTEMA INDIVIDUAL DE TRATAMENTO DE ESGOTO SANITÁRIO EM LOGRADOURO MUNICIPAL. RECURSO DO PARQUET, CONSUBSTANCIADO NA OBRIGAÇÃO DO PRÓPRIO MUNICÍPIO EM PROCEDER COM A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS PARTICULARES (LEI FEDERAL N. 11.445/2007 E LEI MUNICIPAL N. 6.472/2013), ALÉM DA AUSÊNCIA DE OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO. CASO EM CONCRETO QUE DEMANDA A NÃO INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO. RECURSO DO MUNICÍPIO. DILAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E EXTIRPAÇÃO DA MULTA DIÁRIA IMPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO E ASTREINTES APLICADOS EM CONSONÂNCIA COM A IMPORTÂNCIA E URGÊNCIA DO CASO EM CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSOS VOLUNTÁRIOS DESPROVIDOS.

“A responsabilidade pela ligação do esgoto à rede pública coletora é do proprietário da edificação e, na sua inexistência, é seu dever instalar sistema de esgoto adequado, como fossas sépticas, filtros anaeróbicos (ou biológicos) e sumidouros, sendo vetado o lançamento de esgotos in natura a céu aberto ou na rede de águas pluviais. [...]” (TJRS - Apelação Cível n. 70074624446. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 13/9/2017) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015030-71.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Quarta Câmara de Direito Público, j. 29/10/2020).

“É importante destacar os bons propósitos da ação deflagrada, bem como da decisão que antecipou os efeitos da tutela, mas o Estado brasileiro está organizado numa concepção de separação harmônica e independente dos Poderes, cada qual com funções constitucionais bem definidas. O sistema de freios e contrapesos deve funcionar com a noção precisa dos limites de atuação controladora e de vigilância, para que um Poder não usurpe as funções do outro. [...] A execução das políticas administrativas compete ao Poder Executivo, inclusive a implementação do seu orçamento, com base nas prioridades que estabelece.” (Agravo de Instrumento n. 2007.032591-0, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29/7/2008)”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.000213-2, de Urussanga, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 2/10/2012) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0151510-95.2015.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 10/5/2016).

ACÓRDÃO

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 à remessa necessária e aos recursos voluntários; incabíveis os honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 12 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelações cíveis interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA e pelo MUNICÍPIO DE ITAJAÍ/SC contra a sentença que, nos autos da Ação Civil Pública n. 0901419-92.2017.8.24.0033 ajuizada pelo primeiro em face do segundo, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais nos seguintes termos:

- 1) *CONDENO o Réu a proceder a fiscalização de todos os imóveis localizados na Rua Maria Lucilia Adami, no bairro Paciência, nesta cidade, efetuando a cobrança da instalação dos sistemas de fossa e filtro e a análise da efetividade/regularidade dos sistemas já instalados pelos próprios moradores, de forma a garantir que não ocorram mais danos ambientais.*
- 2) *FIXO o prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento da obrigação de fazer ora imposta e multa diária no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), para o caso de descumprimento da referida obrigação, sem prejuízo de multa por litigância de má-fé e do crime de desobediência (Evento 35, na origem).*

Irresignado com a decisão, o *Parquet* assevera que “*não obstante a existência das disposições da Lei 11.445/2007 (art. 5º), e Lei Municipal 6.472/2013 (art. 4º), quanto à obrigação de instalar sistema de fossa e filtro nas residências, a ausência da adoção de providências por parte do Município de Itajaí tem ocasionado a lançamento diário de esgoto sanitário sem qualquer tratamento em curso d’água e no solo*”; que “*a situação excepcional (omissão e inércia), possibilita ao Poder Judiciário determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias dos direitos constitucionalmente reconhecidos, sem ter de se falar em interferência entre os poderes*”; que “*postergar a canalização do esgoto sanitário produzido pelas residências da Rua Maria Lucilia Adami, no bairro Baía, seu devido tratamento e destinação é, sem dúvida, um ato atentatório aos princípios que regem e orientam a Constituição da República Federativa do Brasil e fere diretamente o supra princípio da dignidade da pessoa humana*”

Requer, nestes termos, seja “*condenando o recorrido na obrigação de fazer consistente em realizar a fiscalização em todos os imóveis da região acima mencionada, e a efetiva implementação de*

soluções compatíveis com a legislação sanitária, inclusive instalação de fossa e filtro, para o tratamento e destinação adequada do esgoto sanitário produzidos pelos referidos imóveis, até que seja iniciada a coleta pela rede pública” (Evento 44, Razões de Apelação 2, na origem)

Por sua vez, a Municipalidade pugna tão somente a reforma parcial da sentença a fim de: “a) conceder a dilação do prazo para cumprimento das obrigações, por prazo não inferior a um ano; b) afastar a multa diária estabelecida, ou subsidiariamente reduzir o seu valor, com arbitramento de teto” (Evento 40, na origem).

Contrarrazões apresentadas apenas pelo autor (Evento 44, na origem).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Excelentíssimo Senhor Doutor Murilo Casemiro Mattos, manifestou-se pelo desprovimento do recurso do Município de Itajaí e pelo provimento do recurso do Ministério Público (Evento 20).

Este é o relatório.

VOTO

Logo de partida, importante salientar, que o art. 5º, da Lei Federal n. 11.445/2007, assim como o art. 4º, da Lei Municipal n. 6.472/2013, tem idêntica previsão, e ambas imputam a responsabilidade de instalação e manutenção de fossas sépticas, com sistema individual de tratamento de esgotamento sanitário aos particulares, proprietários dos imóveis:

Da Lei n. 11.445/2007:

Art. 5º Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.

Da Lei Municipal n. 6.472/2013:

Art. 4º. Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.

Assim, resta claro que “a responsabilidade pela ligação do esgoto à rede pública coletora é do proprietário da edificação e, na sua inexistência, é seu dever instalar sistema de esgoto adequado, como fossas sépticas, filtros anaeróbicos (ou biológicos) e sumidouros, sendo vetado o lançamento

de esgotos in natura a céu aberto ou na rede de águas pluviais. [...]” (TJRS - Apelação Cível n. 70074624446. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 13/9/2017) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015030-71.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Quarta Câmara de Direito Público, j. 29/10/2020).

Feitas estas considerações, vale lembrar que entre as competências administrativas comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios previstas na Constituição Federal, vale destacar:

*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;*

Cuidando especificamente do bem meio ambiente, prescreve o art. 225 da Carta Magna:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos denota-se que o Poder Público Municipal, em conjunto com os demais entes federados e também com a coletividade, deve garantir um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações. É dizer, aos municípios, na condição de detentores do poder polícia que lhes é assegurado, e em razão das suas competências legais, não se pode admitir a omissão em fiscalizar e zelar pelo direito coletivo e fundamental como o meio ambiente e a saúde dos seus munícipes.

A sentença combatida em suas razões deixou assente:

Como se sabe, o saneamento básico, como parte integrante do conjunto de direitos cujo núcleo essencial é a saúde, é direito fundamental de segunda geração, consistindo em obrigação do Estado, ou prestação positiva, tornando o munícipe credor da obrigação.

Todavia, tal assertiva não possibilita a atuação do Judiciário no sentido de obrigar a Administração Pública a instalar uma rede de esgotamento sanitário em todas as residências de Itajaí, sem que haja um planejamento de engenharia, econômico e orçamentário em relação às obras.

Ao determinar a realização de obras para implantação da rede em uma localidade específica, como a Rua Maria Lucília Adami, no bairro Paciência, o Judiciário estaria privilegiando uma área em detrimento de outras, em substituição ao planejamento já efetuado pelo Poder Executivo, o que constitui verdadeira violação à separação de poderes.

A questão em análise comporta, então, aparente contradição entre normas constitucionais, por contrapor a

inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5º, XXXV e a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º), bem assim os direitos sociais à moradia e à saúde (art. 6º) e os princípios orçamentários (art. 167, I), todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Aqui, em que pese tratar de direitos fundamentais, à saúde, moradia e outros, o caráter programático dessas regras constitucionais não pode ser colhido de modo inconsequente a determinar a ilegítima atuação do Poder Judiciário, em substituição ao Poder Executivo, para eleger uma política em detrimento de outras tantas.

A independência entre os poderes, estabelecida no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, impede que o Judiciário direcione a atividade discricionária do Administrador quanto ao melhor emprego das verbas públicas e à ordem das prioridades a serem atendidas, resguardando, neste ponto, também, a autonomia e a independência do Poder Executivo (Evento 35, origem).

Nesse cenário, não se desconhece a orientação da jurisprudência, inclusive do STF quanto à possibilidade do Poder Judiciário impor ao Poder Executivo obrigação que tenha como fim resguardar direitos assegurados na Constituição, não se podendo falar em violação ao princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Não obstante, o Poder Judiciário deve intervir na esfera de atribuições de políticas públicas apenas em situações excepcionais, o que demanda análise de cada caso concreto.

Nesse sentido bem pontuou a Excelsa Corte: “o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes”, ressaltando, ainda, que “a análise da excepcionalidade da situação em concreto, a ensejar a intervenção, ou não, do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas cabe ao Tribunal a quo, e não ao Supremo Tribunal Federal.” (EDRE n. 700.227/SC, Relatora Ministra Cármen Lúcia j. 23/4/2013).

Em tema de saneamento básico, esta Câmara já reconheceu, em cognição exauriente após ampla dilação probatória, a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras com o fim de suprir evidente omissão do Ente Público, resguardando assim a saúde e a dignidade da população, bem como do meio ambiente:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O INTENTO DE COMPELIR MUNICÍPIO A REALIZAR OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO. SERVIÇO DEFICIENTES. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO QUE AFETA A SAÚDE E A DIGNIDADE DA POPULAÇÃO LOCAL, BEM COMO O MEIO AMBIENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AUTORIZADO. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. INVOCAÇÃO DA RESERVA POSSÍVEL. MERAS ALEGAÇÕES. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA E RECURSO DESPROVIDOS. “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes”, ressaltando, ainda, que “a análise da excepcionalidade da situação em concreto, a ensejar a intervenção, ou não, do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas cabe ao Tribunal a quo, e não ao Supremo Tribunal Federal.” (EDRE n. 700.227/SC, Relatora Ministra Cármen Lúcia j. 23/4/2013).

Assim, a excepcionalidade do caso deve ser suficientemente demonstrada para obrigar o Ente Público a promover medidas concretas acerca do sistema de coleta e tratamento de esgoto.

A esse respeito, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA CONTRA O MUNICÍPIO DE CRICIÚMA. SANEAMENTO BÁSICO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR PARA DETERMINAR PROVIDÊNCIAS ESPECÍFICAS A IMPEDIR O LANÇAMENTO DE ESGOTO SANITÁRIO NO MEIO AMBIENTE SEM TRATAMENTO ADEQUADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, A PRINCÍPIO, INEXISTENTE. NECESSÁRIA A VERIFICAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO A JUSTIFICAR A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. INFORMAÇÕES QUE INDICAM EXISTÊNCIA DE ADOÇÃO DE MEDIDAS TENDENTES A MELHORA E CORREÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS. CONCESSÃO DE LIMINAR EM OUTRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CORREÇÃO DE LIGAÇÕES CLANDESTINAS. SITUAÇÃO CONCRETA QUE NÃO RECOMENDA A DETERMINAÇÃO LIMINAR QUE DEMANDA TEMPO E ELEVADOS CUSTOS. RECURSO DESPROVIDO. “É importante destacar os bons propósitos da ação deflagrada, bem como da decisão que antecipou os efeitos da tutela, mas o Estado brasileiro está organizado numa concepção de separação harmônica e independente dos Poderes, cada qual com funções constitucionais bem definidas. O sistema de freios e contrapesos deve funcionar com a noção precisa dos limites de atuação controladora e de vigilância, para que um Poder não usurpe as funções do outro. [...] A execução das políticas administrativas compete ao Poder Executivo, inclusive a implementação do seu orçamento, com base nas prioridades que estabelece.” (Agravado de Instrumento n. 2007.032591-0, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29/7/2008)”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.000213-2, de Urussanga, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 2/10/2012)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0151510-95.2015.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 10/5/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA CONTRA O MUNICÍPIO DE COCAL DO SUL. INEXISTÊNCIA DE REDE DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NA CIDADE. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU AO MUNICÍPIO QUE CUMPRISSE CRONOGRAMA DE AÇÕES PROPOSTO PELO PARQUET. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUE NÃO PODE REPRESENTAR INTERFERÊNCIA INDEVIDA NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO, AO QUAL INCUMBE A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ENCARTADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTRUÇÃO DE SISTEMA DE ESGOTO SANITÁRIO QUE DEPENDE DE GRANDE APORTE DE RECURSOS. VEDAÇÃO AO INÍCIO DE PROJETOS NÃO INCLUÍDOS NA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL, CUJA INICIATIVA É ATRIBUÍDA AO PODER EXECUTIVO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 165, INC. III, E 167, INC. I. INEXISTÊNCIA DE ANÁLISE DO IMPACTO ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRO RELATIVO À IMPLEMENTAÇÃO DO CRONOGRAMA PROPOSTO PELO PARQUET. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000), ART. 16, INC. I. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA QUE O ALCAIDE ENVIE À CÂMARA MUNICIPAL, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, PROJETOS DE LEI A DISPOR SOBRE O SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIMINAR CASSADA. RECURSO PROVIDO. “É importante destacar os bons propósitos da ação deflagrada, bem como da decisão que antecipou os efeitos da tutela, mas o Estado brasileiro está organizado numa concepção de separação harmônica e independente dos Poderes, cada qual com funções constitucionais bem definidas. O sistema de freios e contrapesos deve funcionar com a noção precisa dos limites de atuação

controladora e de vigilância, para que um Poder não usurpe as funções do outro. [...] A execução das políticas administrativas compete ao Poder Executivo, inclusive a implementação do seu orçamento, com base nas prioridades que estabelece.” (Agravo de Instrumento n. 2007.032591-0, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29/7/2008)”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.000213-2, de Urussanga, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 2/10/2012).

No caso vertente, além de não ser responsabilidade do Município a instalação e manutenção de fossas sépticas, com sistema individual de tratamento de esgoto nos imóveis particulares, como exposto alhures, verifica-se, também, que a Administração Pública não foi omissa em fiscalizar as irregularidades levantadas nesta ação, inclusive notificando os moradores para que providenciassem a regularização das ligações de esgotamento sanitário (Evento 17, Informação 86 - 97, na origem):



RELATÓRIO DE VISTORIA

Para: Christiane Lazzaris Anacleto de Brito
Diretora de Vigilância Sanitária

Prezada Diretora

Cumprimentando-a respeitosamente, informamos que nos dias 17 e 18 de Janeiro de 2018 os fiscais da Vigilância Sanitária realizaram inspeção nas residências da Rua Maria Lucilla Adami – Bairro Paciência, conforme solicitação da C.I. 075/2017/PGM/PJ/FCO, a qual determinou a realização de fiscalização de todos os imóveis localizados naquela rua, quanto ao lançamento irregular de esgoto sanitário.

Foram lavrados 14 autos de intimação (em anexo) aos moradores solicitando construção e/ou adequação da fossa séptica, fixando um prazo de 90 (noventa) dias.

Certos de ter dado bom encaminhamento do assunto, colocamo-nos a disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessário.

Cordialmente,


Carlos Alberto da Silva
Fiscal de Vigilância Sanitária


Mário Sérgio Azevedo
Fiscal de Vigilância Sanitária

A Exemplo:

 <p>PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAJAÍ Secretaria Municipal de Saúde Diretoria de Vigilância Sanitária Rua Alberto Werneck, 254 - Bairro Vila Operária, CEP 88.304-253, Itajaí-SC Fone (547) 2005-5232 FAX (547) 2005-9031</p>		<p>Auto de Intimação Nº 25038</p>
<p>SITUADO</p> <p>Nome Fornecedor (Pessoa Jurídica) <i>Foto Santo Gonçalves</i></p> <p>Identificação Comercial - Nome Fornecedor de Estabelecimento <i>Foto Santo Gonçalves</i></p> <p>Endereço (Logradouro) <i>Rua Maria Luísa Adams, 1664</i></p> <p>Proprietário (ou Responsável) <i>Foto Santo Gonçalves</i></p> <p>Tipo de estabelecimento, Negócio ou Atividade <i>Restaurante</i></p>		<p>CNPJ Nº <i>559.129.909-15</i></p> <p>Município ITAJAÍ</p> <p>Telefone <i>3246-9114</i></p> <p>Nº do Alvará _____</p>
<p>AUTO DE INFRAÇÃO (No caso de Omissão Subscritores)</p> <p>Número do Documento _____ Data _____</p>		
<p>ENQUADRAMENTO LEGAL (Infringência Legal ou Regulamentar Infringida): Arts. 39, 39 e 40 da Lei Estadual 6320/87 e/c Art. 65, 139 § 2º e 4º, 143, 146 da Lei Complementar Municipal 264/2015.</p>		
<p>DESCRIÇÃO DAS IRREGULARIDADES - Lançamento irregular de esgoto sanitário.</p>		
<p>DESCRIÇÃO DAS EXIGÊNCIAS / OUTRAS INFORMAÇÕES - Providenciar 1º) - Construção ou adequação da fossa séptica.</p>		
<p>Prazo para cumprimento: 90 (noventa dias)</p>		
<p>CIÊNCIA Estou ciente de que o não cumprimento das exigências contidas neste Auto, originará a aplicação das sanções previstas na Lei Estadual nº 6320 de 20.12.87, e/c a Lei Complementar Municipal nº 20 de 28.12.82, e/c o Decreto Municipal nº 3.019 de 24.09.99, em prejuízo do titular mediante legal regulamentação.</p>		
<p>Exibido a V. Exa em _____</p>	<p>Data <i>12/01/18</i></p>	<p>Nome _____</p>
<p>PROPRIETÁRIO E/OU RESPONSÁVEL</p>		
<p>Nome Legal <i>Foto Santo Gonçalves</i></p>	<p>Assinatura <i>Foto Santo Gonçalves</i></p>	
<p>TESTEMUNHA (EM CASO DE RECUSSA DO RESPONSÁVEL)</p>		
<p>1º _____</p>	<p>Assinatura _____</p>	
<p>2º _____</p>	<p>Assinatura _____</p>	
<p>AUTORIDADE SANITÁRIA</p>		
<p><i>Carlos A. de Silva</i> Carlos A. de Silva Fiscal Sanitário</p>		<p><i>Assessor Jurídico</i> Fiscal Sanitário</p>

 PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAJAÍ Secretaria Municipal de Saúde Diretoria de Vigilância Sanitária Rua Alberto Weimer, 254 - Bairro Vila Ostraria, CEP 88.354.255, Itajaí-SC Fone: (51) 3885-5003 Fax: (51) 3885-5011		Auto de Intimação Nº 25033
SITUAÇÃO Tipo de Fossa: Fossa no terreno <i>Módulo 10 Del' Agnolo</i>		CPF Nº <i>534.582.019-53</i>
Descrição: Comercial - Nova Fossa de Estabelecimento <i>modulos Del' Agnolo</i>		
Endereço Completo <i>Rua Manoel Jacinto Sobrinho, 1593</i>		Município ITAJAÍ
Proprietário ou Responsável <i>Módulos Del' Agnolo</i>		Telefone <i>47-99134-0314</i>
Nome do estabelecimento, Nível de Atividade <i>1593</i>		Nº de Atividade <i>---</i>
AUTO DE INFRAÇÃO (no caso de Correções Subsequentes) Número do Documento: <input type="text"/> Data: <input type="text"/>		
ENQUADRAMENTO LEGAL Dispositivo Legal ou Regulamentar Inteiro: Arts. 39, 39 e 40 da Lei Estadual 6320/73 ou Art. 68, 129 § 2º e 4º, 143, 148 da Lei Complementar Municipal 264/2015		
DESCRIÇÃO DAS IRREGULARIDADES Lançamento irregular de esgoto sanitário.		
DESCRIÇÃO DAS EXIGÊNCIAS / OUTRAS INFORMAÇÕES - Presencial (1) - Construção ou adequação da fossa séptica		
Prazo para cumprimento: 90 (noventa dias)		
CIRCUNSTÂNCIAS Fossa: Fossa de que o não cumprimento das exigências previstas neste Auto, acarreta a aplicação das sanções previstas na Lei Estadual nº 6320 de 30-12-73 ou a Lei Complementar Municipal nº 26 de 30-11-95, ou a Diretoria Municipal nº 5.370 de 24-09-94, sem prejuízo de outras medidas legais regulamentares.		
Data e Hora em <input type="text"/>	Hora <input type="text"/>	
PROPRIETÁRIO OU RESPONSÁVEL		
Nome Legível <i>Carlos A. de Silva</i>	Assinatura <i>Carlos A. de Silva</i>	
TESTEMUNHA EM CASO DE RECUSA DO RESPONSÁVEL		
Nº <input type="text"/>	Assinatura <input type="text"/>	
Nº <input type="text"/>	Assinatura <input type="text"/>	
AUTORIDADE SANITÁRIA		
 Carlos A. de Silva Fiscal Sanitarista		 Sérgio S. Azevedo Fiscal Sanitarista

Nessa toada, não há alterações a fazer na sentença combatida, porquanto se mostra razoável e acertada a determinação de fiscalização e cobrança da instalação das fossas sépticas e sistema individual de tratamento de esgoto aos particulares munícipes, uma vez que tais intentos demandam elevados custos aos já escassos recursos públicos.

De outra banda, quanto a insurgência recursal do Município, em relação ao prazo para cumprimento das obrigações, tem-se que de acordo com o artigo 537 do CPC, o Juiz pode fixar

prazo para a efetivação da tutela específica, devendo este ser “razoável para o cumprimento do preceito”.

Nesse contexto, há se ressaltar que a fixação de prazo razoável para cumprimento de determinada obrigação deve ser norteada pelas peculiaridades do caso concreto e, também, pelos critérios da razoabilidade. Então vejamos:

O prazo concedido para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária, deve ser fixado de acordo com o caso concreto, levando-se em consideração os entraves burocráticos que influenciam no tempo necessário à satisfação do credor. (AI n. 2007.021958-3, de Gaspar, Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato) (AI n. 2009.001224-6, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 25/8/2009).

Nessa toada, diante das peculiaridades do caso em concreto, e estando a ação em tramitação desde do ano de 2017, não vejo razão, portanto, para que o prazo estipulado na decisão recorrida seja modificado, uma vez que o prazo de 90 dias é adequado e proporcional, a urgência da demanda, motivo pelo qual não há se falar em concessão de prazo não inferior a um ano para que a Administração Pública realize os procedimentos necessários para a obtenção do resultado determinado, como delineado na decisão combatida.

Quanto à insurgência referente a extinção da multa diária fixada para o cumprimento das obrigações e o pedido de minoração, melhor sorte não socorre o apelante.

Importa reconhecer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a multa cominatória deve ser suficiente a estimular o cumprimento da obrigação fixada pelo juízo.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam:

Deve ser imposta multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 782/783).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também segue no sentido de que a multa deve ser fixada em patamar razoável a estimular o cumprimento da decisão, confira-se:

A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. [...]. (Resp n. 775.233, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.6.06).

A multa diária fixada pela togada *a quo*, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) posto estimule o cumprimento da obrigação de fazer imposta ao apelante, revela-se no caso vertente, adequada à relevância e urgência da situação.

Assim, há ser observado por parte do Ente Público, a importância do caso posto ao crivo do Judiciário e a necessidade de cumprimento do comando judicial, ainda que se leve em consideração a envergadura das providências administrativas necessárias para tanto.

Com efeito, em relação à multa cominatória aplicada, mantém-se o consignado em sentença, que se mostra razoável e adequado a relevância da demanda.

Por fim, frise-se não ser devida a fixação de verba a título do art. 85, § 11, do CPC, pois *“a majoração dos honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal, pressupõe que tenha havido a fixação de honorários, ou seja, só é cabível nos feitos em que for admissível a condenação em honorários na instância a quo”* (AgInt no Resp 1679832 / RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 7/12/2017), o que se amolda ao caso dos autos.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento à remessa necessária e aos recursos voluntários; incabíveis os honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC).

Documento eletrônico assinado por **SERGIO ROBERTO BAASCH LUZ, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2112646v21** e do código CRC **bd12dcdf**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SERGIO ROBERTO BAASCH LUZ

Data e Hora: 14/7/2022, às 18:7:35

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5011597-66.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

AGRAVANTE: ASAPH EMBALAGENS EIRELI

AGRAVADO: ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DEFERIU A PENHORA SOBRE 5% SOBRE O FATURAMENTO BRUTO MENSAL DA EMPRESA AGRAVANTE. PEDIDO DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE (ART. 805 DO CPC). ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TESE DE NULIDADE EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO RECHAÇADA DIANTE DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR O PERCENTUAL PARA 3% DO FATURAMENTO LÍQUIDO MENSAL DA AGRAVANTE.

“Conforme entendimento da Primeira Seção deste Tribunal Superior, é possível a penhora sobre o faturamento da empresa, sem violação do princípio da menor onerosidade, no caso de o percentual fixado não tornar inviável o exercício da atividade empresarial” (AgInt no REsp 1745452/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 13.12.18, DJe 19.2.19).

ACÓRDÃO

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, dar parcial provimento ao recurso para reduzir a penhora para 3% do faturamento líquido mensal da empresa executada, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 16 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Asaph Embalagens EIRELI contra decisão interlocutória proferida nos autos da execução fiscal ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, que indeferiu o reconhecimento da nulidade da penhora sobre o faturamento da recorrente (evento 171 dos autos de origem).

Em suas razões, a agravante sustentou, em suma, que *“a ausência de intimação acerca do indeferimento da oferta de penhora sobre faturamento acarreta prejuízo à defesa da executada e nulidade do processo por cerceamento de defesa, conforme preconiza o art. 280 do CPC, pois impossibilita que sejam tomadas as providências processuais cabíveis e impõe constrição judicial antes mesmo de ser oportunizado o cumprimento voluntário”*.

Também disse que *«a manutenção da penhora realizada, qual seja, em 5% sobre o faturamento bruto da empresa irá acarretar uma onerosidade excessiva à Embargante, que não teria outra alternativa a não ser encerrar suas atividades, eis que não teria fluxo de caixa para quitar com o seu crédito tributário e outras despesas, como o pagamento de salário de seus funcionários, dentre outras despesas essenciais. desse modo, conforme se demonstra pelos documentos em anexo, o percentual penhorado é essencial à concretização do pagamento de contas e desenvolvimento da atividade empresarial»*. Por conta disso, requereu a penhora de apenas 1,0% do faturamento líquido.

Ao final, requereu a *“reforma da decisão agravada, suspendendo a decisão que indeferiu o pedido de penhora de percentual sobre o faturamento resultando como procedente o pedido formulado pela parte agravante, é ele: concessão de penhora sobre percentual de 0,5% do faturamento líquido da empresa”* (evento 1 dos autos recursais).

O pedido liminar foi indeferido pela ausência de demonstração do periculum in mora (evento 7 dos autos recursais).

Embora intimado (evento 11 dos autos recursais), o Estado de Santa Catarina não apresentou contrarrazões (evento 14 dos autos recursais).

É o relatório essencial.

VOTO

1. O recurso, antecipe-se, deve ser parcialmente provido.

2. Da nulidade pela ausência de intimação:

Pretende o agravante o reconhecimento da nulidade pela ausência de intimação acerca das manifestações dos eventos 141 e 153 (do pedido de penhora) e dos eventos 150 (determinando o arquivamento do feito) e 158 (da decisão que deferiu o pedido de penhora).

Sem razão, contudo.

De início, convém salientar que o Superior Tribunal de Justiça possui a orientação pacífica de que *“não se declara nulidade processual sem a comprovação do prejuízo decorrente do vício de forma”* (AgInt no REsp n. 1.865.072/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 29/11/2021).

Sendo assim, consoante se observa nos autos, embora a parte executada não tenha sido intimada expressamente acerca do pedido de penhora efetuado pelo exequente (evento 141 dos autos de origem) e da decisão que determinou o arquivamento do feito pelo art. 40 da LEF (evento 153 dos autos de origem), não demonstrou qual o prejuízo que a falta de tal providência ocasionou-lhe a ponto de ensejar o reconhecimento de nulidade.

Demais disso, também é possível observar a parte agravante/executada foi devidamente intimada da decisão que deferiu a penhora sobre 5% do faturamento bruto mensal da empresa executada (evento 158 dos autos de origem), conforme se observa nos eventos 162 e 163 dos autos de origem, o que permitiu com que a pessoa jurídica executada tivesse ciência da decisão e apresentasse defesa (evento 164 dos autos de origem).

Desse modo, ante a ausência de qualquer prejuízo, há que se rechaçar a tese de nulidade aventada no recurso.

3. Da penhora sobre o faturamento:

A Lei de Execução Fiscal estabelece em seu art. 11 a ordem de preferência a ser observada para penhora ou arresto de bens:

“Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes; e VIII - direitos e ações. § 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção. § 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º. § 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.”

Em comentários ao dispositivo, José da Silva Pacheco acrescenta que “a graduação do art. 11 da Lei n. 6.830/80, à semelhança da prevista no art. 655 do CPC, é regra cogente, de modo que, se se fizesse a penhora em contrário à ordem legal, ainda que por determinação do juiz, haver-se-ia de considerar como não feita. Entretanto, a qualquer tempo, poderá o juiz deferir à Fazenda Pública a substituição dos bens penhorados por outros, independente da ordem do art. 11 (art. 15, II)” (Comentários à Lei de Execução Fiscal: Lei n. 6830/80, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.198, grifou-se).

Assim, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “A ordem de preferência estabelecida no art. 835 do CPC/2015 não tem caráter absoluto, podendo ser flexibilizada em atenção às particularidades do caso concreto. De igual modo, o princípio da menor onerosidade da execução também não é absoluto, devendo ser observado em consonância com o princípio da efetividade da execução, preservando-se o interesse do credor.’ Além disso, ‘Nos termos do art. 805, parágrafo único, do CPC/2015, ‘Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa

incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. Hipótese na qual, não tendo a parte executada indicado os meios que considera mais eficazes e menos onerosos, os atos executivos determinados pelas instâncias ordinárias devem ser mantidos” (AgInt no AREsp 1786373/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/06/2021, grifou-se).

Como se vê, o executado somente poderá reverter eventual determinação de penhora caso comprove a existência de prejuízo concreto que justifique a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 805, caput, do CPC/15: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”).

No presente caso, o juízo a quo deferiu a penhora sobre o faturamento bruto mensal da empresa no importe de 5%, com base no que preceitua o art. 833, X, do CPC (evento 158 dos autos de origem).

A parte agravante pretende, contudo, a reforma do decisum para que o percentual seja reduzido a 1% do faturamento líquido da pessoa jurídica, sob o argumento de que “a manutenção da penhora realizada, qual seja, em 5% sobre o faturamento bruto da empresa irá acarretar uma onerosidade excessiva à embargante, que não teria outra alternativa a não ser encerrar suas atividades, eis que não teria fluxo de caixa para quitar com o seu crédito tributário e outras despesas, como o pagamento de salário de seus funcionários, dentre outras despesas essenciais” (evento 1, fl. 10).

E, de fato, analisando a documentação acostada nos autos, nota-se que o faturamento bruto anual da empresa alcança aproximadamente R\$ 4.630.665,15 (evento 126, “documentação 1”), o faturamento líquido anual atinge cerca de R\$ 2.488.097 (evento 1, “petição inicial 1”, fl. 9) e o lucro líquido anual gira em torno de R\$ 342.433,00 (evento 1, “petição inicial 1”, fl. 9), o que resulta numa média mensal de R\$ 28.536,08.

Desse modo, tem-se que a penhora de cerca de 5% do faturamento bruto da empresa representa a constrição de aproximadamente R\$ 231.533,25, ou seja, cerca de R\$ 19.294,43 mensais, o que por certo implicaria em prejuízo ao desenvolvimento das atividades da empresa agravante, já que corresponde a quase 2/3 do lucro líquido mensal (R\$ 28.536,08).

Por isso, conclui-se que a melhor opção seria a redução do percentual para 3% do faturamento líquido da pessoa jurídica agravante (cerca de R\$ 7.000,00 reais mensais considerando os dados de 2020), pois hábil a garantir a presente execução fiscal, sem, contudo, onerar demasiadamente a executada a ponto de impedir o regular prosseguimento das atividades empresariais.

4. Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para reduzir a penhora para 3% do faturamento líquido mensal da empresa executada.

Documento eletrônico assinado por **FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de

2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2599245v20** e do código CRC **0b603f7e**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

Data e Hora: 22/8/2022, às 15:6:55

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5010161-94.2021.8.24.0004/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ADILSON SILVA

APELANTE: MUNICÍPIO DE ARARANGUÁ (INTERESSADO)

APELADO: KELLIN LIBINO (IMPETRANTE)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGÊNCIA DE ALVARÁ. CONCESSÃO DA SEGURANÇA NA ORIGEM COM BASE NAS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 13.874/19 (LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA). INSURGÊNCIA DO ENTE PÚBLICO.

AVENTADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, I, DA LEI N. 13.874/19. TESE INSUBSISTENTE. LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE NÃO CONCEDE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA NA COMPETÊNCIA DO ENTE TRIBUTANTE. DESBUROCRATIZAÇÃO. DISPENSA DE QUAISQUER ATOS PÚBLICOS DE LIBERAÇÃO (ALVARÁS E LICENÇAS) PARA ATIVIDADES ECONÔMICAS DEFINIDAS COMO DE “BAIXO RISCO”. POSSÍVEL FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO, NOS TERMOS DO (ART. 3º, § 2º), E COBRANÇA DO RESPECTIVO TRIBUTO QUE TENHA COMO FATO GERADOR O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA (ART. 1º, § 3º). TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO, INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO PASSÍVEL DE COBRANÇA NOS ASPECTOS DA SEGURANÇA, SAÚDE, HABITABILIDADE, MAS DESDE QUE NÃO SEJA ERIGIDA COMO CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA, AUTORIZANDO O DESEMPENHO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL INDEPENDENTEMENTE DO ALVARÁ EXIGIDO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. ATO ADMINISTRATIVO QUE OBSTACULIZA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

A Lei n. 13.874/19, chamada de “Lei da Liberdade Econômica”, foi editada no intuito de afastar intervenções administrativas em situações definidas como de menor necessidade, dispensando prévios atos públicos de liberação de atividade econômica, tais como licença, autorização, concessão, inscrição, permissão, alvará, cadastro, credenciamento, estudo, plano, registro, ou demais atos exigidos, sob qualquer denominação, como condição para o exercício de certas atividades econômicas (art. 1º, § 6º).

A nova legislação não veicula norma de isenção em matéria tributária, razão pela qual a dispensa dos atos públicos de liberação não infirma a possibilidade de posterior fiscalização do Poder Público, na forma do art. 3º, § 2º, e cobrança do respectivo tributo que tenha como fato gerador o exercício do poder de polícia (art. 1º, § 3º).

Em resumo: o ente tributante ainda poderá cobrar taxa que tenha como fato gerador o exercício do poder de polícia, desde que não seja erigida como condição ao exercício de atividade definida como de “baixo risco”, nos termos do art. 3º, I, da Lei n. 13.874/19.

RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.

DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA MANTIDOS EM REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

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 recurso voluntário e negar-lhe provimento, mantidos todos os demais termos da sentença em sede de reexame necessário, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Araranguá contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Araranguá, que, em mandado de segurança impetrado pela advogada Kellin Libino contra ato tido como ilegal praticado pelo Prefeito Municipal, concedeu a segurança pleiteada na inicial, garantindo à impetrante desempenhar sua atividade profissional (advocacia) independentemente da emissão do alvará exigido pela autoridade impetrada, mas sem prejuízo de posterior fiscalização, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei n. 13.874/19.

Extrai-se da parte dispositiva:

*“Pelo exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, confirmando a liminar deferida no evento 5, de modo a autorizar a impetrante a desempenhar sua atividade profissional independentemente da emissão do alvará de licença exigido pela autoridade impetrada, mas sem prejuízo de posterior fiscalização desta, nos termos do art. 3º, §2º, da Lei nº 13.874/2019.*

Custas pelo impetrado, das quais é isento.

Incabível a condenação em honorários sucumbenciais (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sentença sujeita ao reexame necessário, por força do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Havendo a interposição de recurso, intime-se a parte apelada para apresentar contrarrazões no prazo legal e, observando-se o disposto no art. 1.010, §3º, do CPC, ascendam os autos ao E. Tribunal de Justiça, com as anotações de estilo.

Transitada em julgado, e cumpridas as formalidades, arquivem-se.”

Em suas razões recursais, o ente público sustenta que: a) o art. 3º, I, da Lei n. 13.874/19 está eivado de inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 153, III, da CRFB/88; e b) inexistente lei municipal que ampare a pretendida isenção do tributo, “*pois com isso estaria abrindo mão de exercer a*

fiscalização de estabelecimentos que podem estar instalados de forma irregular ou que venha causar lesão aos seus cidadãos habitantes do município”.

Apresentadas as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte igualmente por força do reexame necessário, sendo distribuídos a este Relator.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (evento 13, 2G).

Foi deferido o pedido de ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina - OAB/SC, como *amicus curiae*, assegurando-lhe o direito de apresentar memoriais ou requerer a juntada de documentos, vedada, porém, a interposição de recursos, exceto embargos de declaração, conforme previsto no art. 138, §§ 1º e 2º, do CPC (evento 15, 2G).

Nos seus memoriais, além da inexigibilidade do alvará, a OAB/SC entende que seria “(...) *inviável a exigência de tributo sobre essa atividade estatal efetiva ou potencial, ante a inexistência de um fato gerador subsumível à legalidade da taxa (art. 114 do CTN)*”, eis que a nova legislação “(...) *reduziu os requisitos necessários para a fiscalização administrativa para as atividades de baixo risco*” (evento 36, 2G).

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade:

Destaco, inicialmente, que embora existam processos mais antigos pendentes sob minha relatoria, o julgamento deste reclamo não caracteriza violação ao art. 12 do CPC, diante da flexibilização da obrigatoriedade de a jurisdição ser prestada conforme a ordem cronológica, consoante inovação da Lei n. 13.256/16, que retirou o caráter absoluto da regra.

Referida modificação traz melhoria da gestão de gabinete, permitindo a apreciação imediata de demandas repetitivas, visando desafogar a distribuição de processos, cada vez mais exacerbada neste Tribunal de Justiça.

No mais, afigura-se cabível o recurso, porquanto tempestivo e preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil.

2. Mérito:

A advogada impetrante almeja ver-se desobrigada de qualquer ato de liberação para que possa desempenhar a sua atividade profissional, bem como “*declarar a dispensa de cobrança de qualquer taxa de localização e funcionamento relativas ao escritório*”.

A sentença concedeu a segurança pleiteada na inicial, autorizando o exercício da atividade

profissional da advocacia, independentemente de alvará, porém com a ressalva de que não há prejuízo para posterior fiscalização do estabelecimento, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei n. 13.874/19.

A tese invocada na exordial é de que, em razão da atividade profissional que exerce a impetrante (advocacia), enquadrada como atividade de baixo risco, seria descabida qualquer exigência, *inclusive* fiscal.

O pedido vem amparado no art. 3º, I, da Lei n. 13.874/19, assim redigido:

“Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;”

Adianta-se que o recurso do ente público deve ser desprovido.

A Lei n. 13.874/19, antes MP 881/19, chamada de Lei da Liberdade Econômica, foi editada no intuito de afastar intervenções *administrativas* em situações definidas como de menor necessidade, dispensando a exigência de prévios atos públicos de liberação da atividade econômica, tais como licença, autorização, concessão, inscrição, permissão, alvará, cadastro, credenciamento, estudo, plano, registro, ou demais atos exigidos, sob qualquer denominação, como *condição* para o exercício de certas atividades econômicas (art. 1º, § 6º).

A intenção foi a de reduzir o caminho burocrático para o início, continuação e fim de determinadas atividades.

Realmente, não há mais obrigação daqueles que exercem atividades de “baixo risco” em obter prévio ato público de liberação econômica, dispensando-se, com base nas disposições da Lei n. 13.874/19, exigência de obtenção de alvará prévio.

De acordo com a doutrina:

“Cada caso deverá ser analisado individualmente. A cada atividade com que os fiscais ou o setor se depararem deverá ser feita a análise com o objetivo de diagnosticar em qual dos graus aquela atividade se enquadra, perfazendo-se os procedimentos e conceituações nos moldes em que a Resolução nº 51/2019, do CGSIM, ou a lei municipal, caso exista, em conjunto com a Lei Federal nº 13.784/2019 estabelecem. Se da análise for consumada a qualificação de ‘baixo risco’, estará esse empreendedor, empresa, particular ou comerciante abrigado pelas dispensas afixadas na DDLE, o que afasta o condicionamento de atos públicos regulatórios para o exercício de suas atividades, salvo aquelas profissões reguladas por lei federal.

[...]

A fiscalização municipal não ficará inerte. O parágrafo 2º do art. 3º da Lei Federal 13.974/2019 assegura a fiscalização posterior do exercício das atividades, seja de ofício ou por provocação (denúncia), em suma,

embora não exijam, num primeiro momento, as formalidades para abertura e exploração, o Município manterá o poder de fiscalizar, posteriormente, se de fato se trata de atividade reconhecida por lei, ato ou resolução como de 'baixo risco'." (A dispensa dos atos de liberação da lei de declaração de liberdade econômica nos Municípios. Revista brasileira de direito municipal - RBDM. ano 21, n. 75, janeiro/março 2020. Coord. Cristiane da Costa Nery e Vanêsa Buzelato Prestes. pág. 40-41).

Ocorre que a expedição de alvarás está tradicionalmente vinculada nos municípios à concomitante exigência de Taxa de Licença Para Localização, Instalação e Funcionamento.

No Município de Araranguá, para que a licença seja emitida é necessário que a parte interessada antes efetue o pagamento de Taxa de Licença Para Localização, Instalação e Funcionamento, conforme previsto nos arts. 121 e seguintes da Lei Complementar Municipal n. 163/14 (CTM), o que pretende o ente público apelante.

Partindo dessa premissa, a impetrante deveria antes pagar o tributo para só então obter a licença para desempenhar a profissão, uma vez que a atividade profissional dos advogados não está abarcada nas hipóteses de isenção previstas no art. 137 do CTM:

“Art. 137 São isentos de pagamento da Taxa de Licença Para Localização, Instalação e Funcionamento:

I - Os vendedores ambulantes de jornais, revistas e bilhetes de loteria;

II - Os engraxates ambulantes;

III - Os vendedores de artigos de artesanato doméstico de sua fabricação, sem auxílio de empregados;

IV - As escolas, orfanatos e asilos mantidos pelo poder público;

V - As atividades desenvolvidas por pessoas físicas deficientes consideradas como tais e cadastradas junto ao setor competente da assistência social do Município, que exerçam o comércio ou serviço eventual ou ambulante em terrenos.

VI - Os que venderem nas feiras livres, exclusivamente, os produtos de sua lavoura e os de criação própria - aves e pequenos animais - desde que exerçam o comércio pessoalmente e que estejam inscritos em órgão competente, como produtor rural.

VII - As Sociedades Cívis, sem fins lucrativos, e dedicadas ao exercício de, ao menos, uma das seguintes atividades:

a) culturais, recreativas e esportivas;

b) sindicais;

c) religiosas;

d) caritativas;

e) Casa de Saúde e educacionais.”

Neste ponto é que reside a ilegalidade da condição, na medida em que as atividades de baixo

risco agora estão dispensadas de quaisquer exigências decorrentes de atos públicos de *liberação de atividade econômica* – tal como licenças e alvará de funcionamento, por exemplo, inclusive sob a ótica da própria Lei Complementar Municipal n. 307/2020, que, em conformidade com a Lei n. 13.874/19, passou a conferir tratamento diferenciado e favorecido aos pequenos negócios:

“Art. 4º Institui-se no âmbito municipal o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado aos pequenos negócios e atividades de baixo risco e aos Microempreendedores individuais, em conformidade com o que dispõe a alínea “d” do inciso III do art. 146, o inciso IX do art. 170 e o art. 179, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como as previsões contidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e as diretrizes e procedimentos instituídos nas Leis Federais nº 11.598, de 03 de dezembro 2007 e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.” [grifou-se]

Opinou no mesmo o eminente representante ministerial, Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli:

“[...] Todavia, no ano de 2019, com o advento da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), dispensou-se a necessidade de prévios atos públicos de liberação de atividade econômica¹, isto é, em relação às pessoas naturais ou jurídicas que exerçam atividade empresarial de baixo risco.

[...]

No ano subsequente, em 2020, o Poder Legislativo do Município de Araranguá estabeleceu novas diretrizes para a simplificação de seus procedimentos para abertura e registro de negócios, por meio da Lei Complementar Municipal n. 307/2020. Da legislação em questão, denota-se que o disposto na Lei da Liberdade Econômica foi ratificado pela própria lei municipal, em capítulo chamado “TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO AOS PEQUENOS NEGÓCIOS”. Transcrevendo:

Art. 4º Institui-se no âmbito municipal o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado aos pequenos negócios e atividades de baixo risco e aos Microempreendedores individuais, em conformidade com o que dispõe a alínea “d” do inciso III do art. 146, o inciso IX do art. 170 e o art. 179, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como as previsões contidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e as diretrizes e procedimentos instituídos nas Leis Federais nº 11.598, de 03 de dezembro 2007 e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. (grifou-se)

Sendo assim, tem-se que, ao Município de Araranguá, não é estranha a dispensa de “Documento de Licença” ou quaisquer outros atos públicos de liberação de atividade econômica; porquanto através da Lei Complementar 307/2020, o disposto no art. 3º, I, § 1º, da Lei n. 13.874/2019, foi regulamentado no âmbito municipal.

Ademais, não há que se falar em eventual “inconstitucionalidade, uma vez que não se está diante de uma isenção de tributo municipal pela União Federal, segundo alega o Município em suas razões recursais (ev. 32, p. 7-12, origem).

Para que haja isenção tributária, há necessidade de que, primeiro, haja uma obrigação sobre a qual se possa isentar o pagamento/cobrança. No caso em comento, não há obrigação daqueles que exercem atividades de baixo risco em obter prévio ato público de liberação econômica. Logo, não há como instituir uma isenção sobre uma obrigação tributária que não existe.

Importante destacar que a isenção tributária se refere à dispensa do pagamento do tributo, mas a obrigação continua existindo.

Por sua vez, no que tange à adequação do serviço de advocacia enquanto atividade econômica de baixo risco, verifico a ausência de disposição municipal sobre a temática. Dessa forma, consoante regulado pela Lei n. 13.874/2019, resta apropriada a aplicação da legislação estadual.

À vista disso, cita-se a Lei Estadual n. 18.091/2021, que alterou os ditames da Lei n. 14.675/2009, e classificou as atividades econômicas que podem ser consideradas de “baixo risco”, para fins de aplicação do disposto no art. 3º, I, § 1º (Lei n. 13.874/2019).

Na legislação em referência, é possível perceber o enquadramento dos serviços de advocacia como de baixo risco, uma vez que listado como número 257, no Anexo Único.

Ainda, dispõe o ato normativo que aos Municípios é permitido estabelecer legislação própria de classificação de atividades de baixo risco, sendo esta última de caráter complementar ao rol constante no Anexo Único da Lei Estadual (arts.4º e 5º da Lei n. 11.091/2021).

Nesse norte, mesmo que a veredito a quo não tenha feito menção à recente alteração dada pela Lei n. 18.091/2021, a lógica interpretativa tomada pelo togado demonstra-se igualmente correta, uma vez que ao considerar o serviço de advocacia como atividade de baixo risco, o magistrado tomou como base a Resolução n. 57/2020 do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), que também pode ser utilizada como parâmetro (art. 3º, § 1º, II, da Lei n. 13.874/2019).

Cabe pontuar que a presente análise restringe à averiguação do acerto ou desacerto da decisão atacada, cujo ponto controvertido reside na interpretação do juízo a quo quando da concessão da segurança e consequente dispensa de exigência de alvará de funcionamento, com base nas disposições da Lei n. 13.874/2019.”

Embora dispensadas a emissão de licenças e alvarás para o desempenho de atividades de baixo risco, nada impede que os municípios, no exercício do seu poder fiscalizatório (art. 3º, § 2º, da Lei n. 13.874/19), exijam as taxas correspondentes decorrentes do poder de polícia.

Foi o que decidiu a magistrada na origem.

Ora, licença é ato administrativo pelo qual o Poder Público faculta «(...) o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 192).

É etapa que a Lei n. 13.874/19 quis suprimir, afastando esse tipo de intervenção, como visto, de caráter administrativo, nas situações tipificadas como de menor necessidade.

Todavia, a nova lei não interfere na competência do ente tributante e não infirma a exigibilidade de taxa que decorra do poder de polícia, conforme previsto no § 3º do art. 1º:

“Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

[...]

§ 3º O disposto neste Capítulo e nos Capítulos II e III desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o disposto no inciso X do caput do art. 3º desta Lei». (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021) [grifou-se]

A alteração legislativa é recente e ainda não há uma interpretação consolidada sobre a incidência de taxa concomitantemente à dispensa de alvarás e licenças.

Tal “(...) questão é controversa, e numa atualização da Nota Técnica nº 9/2019, a Confederação Nacional de Municípios, **embora tenha reconhecido a dispensa dos alvarás e licenças, posicionou-se em sentido favorável à manutenção da cobrança de taxas**, ainda que os alvarás e licenças estejam dispensados para atividades de ‘baixo risco A’, embasada, justamente, no estabelecido pelo § 3º do artigo 1º da DDLE (**eventual não aplicação dos dispositivos ao direito tributário**)” (A dispensa dos atos de liberação da lei de declaração de liberdade econômica nos Municípios. Revista brasileira de direito municipal - RBDM. ano 21, n. 75, janeiro/março 2020. Coord. Cristiane da Costa Nery e Vanêsa Buzelato Prestes. pág. 32).

Por ora, filio-me à compreensão de que a Taxa de Licença Para Localização, Instalação e Funcionamento decorre do exercício do poder de polícia municipal, nos aspectos da segurança, higiene, urbanismo, propriedade, meio ambiente, costumes e tranquilidade pública, e, por si só, a par do art. 1º, § 3º, da Lei n. 13.874/19, não representa nenhuma forma de controle do exercício da atividade profissional dos advogados.

O fato gerador do tributo é o exercício do poder de polícia nos estabelecimentos situados no ente tributante, o que ocorre com a contribuinte/impetrante, assim como todos àqueles sujeitos à fiscalização, como dito, nos aspectos da segurança, saúde, habitabilidade.

De acordo com o art. 121 do CTM:

“Art. 121 A hipótese de incidência da Taxa de Licença Para Localização, Instalação e Funcionamento é o exame e fiscalização, com vistas ao licenciamento obrigatório para cada exercício, das condições de localização e funcionamento dos estabelecimentos industriais, comerciais e prestadores de serviços, de acordo com as determinações contidas na legislação urbanística e administrativa do Município, concernentes a higiene, saúde, moralidade, tranqüilidade pública, direitos e costumes individuais e coletivos.

§ 1º A licença a que se refere o caput deste artigo, quando do primeiro licenciamento, abrange a localização e o funcionamento e, nos exercícios subseqüentes, a permanência das condições iniciais que permitiram a concessão da licença.

§ 2º Fica configurado como o exercício do poder de polícia, para fins de ocorrência do fato gerador a existência e a manutenção do Departamento de Fiscalização Tributária composto por servidores públicos municipais competentes para fiscalizar, a qualquer tempo, o cumprimento das condições estabelecidas nesta Lei e demais legislação pertinente, em especial aquilo relatado no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 203/2017)

§ 3º Caso a fiscalização constate a omissão de inscrição, será a mesma efetuada de ofício.”

O exercício fiscalizatório passível de ser exercido a qualquer momento pela municipalidade não representa nenhuma forma de controle sobre a atividade profissional da advocacia.

A respeito da possibilidade de cobrança do *tributo*, esta Segunda Câmara de Direito Público já decidiu:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LICENÇA E LOCALIZAÇÃO - TLL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA EXAÇÃO, TENDO EM VISTA QUE NÃO SE TRATA DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A TESE DE ILEGALIDADE E, CONSEQUENTEMENTE, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

Sobre a questão, o entendimento mais recente do STJ é no sentido de que “a taxa em comento decorre do exercício do poder de polícia municipal relativo ao controle das atividades urbanas em geral, inclusive, de escritórios de advocacia. Não se trata, portanto, de controle do exercício da atividade profissional dos advogados” (REsp 658.998/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 190.)” (AgRg no AREsp 358.371/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013).” (TJSC, Apelação n. 0302197-35.2016.8.24.0005, rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 10-08-2021).

No mesmo sentido, mais recentemente:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA IMPETRANTE. TAXA DE LICENÇA E LOCALIZAÇÃO - TLL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA EXAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação n. 5003122-61.2020.8.24.0075, rel. Sandro Jose Neis, Terceira Câmara de Direito Público, j. 12-07-2022). [grifou-se]

De acordo com o voto condutor proferido pelo Relator, o eminente Des. Sandro José Neis, inclusive sob a ótica da Lei n. 13.874/19:

“[...] Defende a Impetrante que, dada a natureza contraprestacional da taxa, inexistindo a atuação estatal (poder de polícia ou serviço público) não há razão para haver a exigência da respectiva taxa. E, dada a atividade que desempenha (sociedade de advogados), estaria enquadrada como atividade de baixo risco, o que tornaria descabida a exigência da exação.

Porém, melhor sorte não socorre à Apelante.

Observa-se que a cobrança do “Evento 1, ALVARA4” refere-se ao recolhimento da TFF - Taxa de Fiscalização e Funcionamento, cujo fundamento legal encontra-se previsto no art. 266 do Código Tributário Municipal de Tubarão (Lei Complementar n. 1, de 27 de dezembro de 2002), que assim dispõe:

Art. 226 - A hipótese de incidência da Taxa de Licença é o prévio exame e fiscalização, dentro do território do Município, das condições de localização, segurança, higiene, saúde, incolumidade, bem como de respeito à ordem, aos costumes, à tranqüilidade pública, à propriedade, aos direitos individuais e coletivos e à legislação urbanística a que se submete qualquer pessoa física ou jurídica que pretenda: realizar obra; veicular publicidade em vias e logradouros públicos, em lugares visíveis ou de acesso ao público; localizar-se e fazer funcionar estabelecimento comercial, industrial, prestador de serviços, agropecuários e outros; ocupar vias e logradouros públicos com móveis e utensílios; manter aberto estabelecimento fora dos horários normais de funcionamento; exercer qualquer atividade; ou ainda manter em funcionamento o estabelecimento previamente licenciado.

É necessário consignar que, nos moldes do art. 30 da Constituição Federal, cabe aos Municípios o exercício de poder de polícia na fiscalização de assuntos de interesse local, ou ainda da ocupação ou uso do solo urbano dentro de seu território.

Já a cobrança de taxas está prevista no art. 145 na Carta Magna, in verbis:

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

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 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.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. (grifo nosso).

Destarte, o fato gerador das taxas é o exercício regular do poder de polícia, nos termos do que prevê o art. 77 do CTN, in verbis:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Em seu art. 78, o Código Tributário Nacional considera poder de polícia a “[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Aliás, é entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, com Repercussão Geral reconhecida (RE 588.322/RO; Tema 217), no sentido de que é necessária a comprovação do efetivo exercício do poder de polícia, mas tal comprovação se dá pela demonstração da existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício e não pela comprovação da fiscalização empreendida in locu, no caso concreto.

A ementa é do seguinte teor:

Recurso Extraordinário 1. Repercussão geral reconhecida. 2. Alegação de inconstitucionalidade da taxa de renovação de localização e de funcionamento do Município de Porto Velho. 3. Suposta violação ao artigo

145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. 4. O texto constitucional diferencia as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia daquelas de utilização de serviços específicos e divisíveis, facultando apenas a estas a prestação potencial do serviço público. 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente. Precedentes. 7. O Tribunal de Justiça de Rondônia assentou que o Município de Porto Velho, que criou a taxa objeto do litígio, é dotado de aparato fiscal necessário ao exercício do poder de polícia. 8. Configurada a existência de instrumentos necessários e do efetivo exercício do poder de polícia. 9. É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO 10. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 588322, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-04 PP-00885 RTJ VOL-00224-01 PP-00614 RIP v. 12, n. 63, 2010, p. 243-255 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 149-157; grifou-se).

Aliás, da leitura da ementa é possível se inferir que é constitucional, e legítima, a cobrança da taxa de localização e fiscalização “desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estruturas competentes para o respectivo exercício”.

Ou seja, a tese referendada pelo STF é no sentido de que o exercício do poder de polícia é indispensável, e que a simples existência do aparato administrativo pressupõe o efetivo exercício do poder de polícia.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 20 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. DISCUSSÃO SOBRE OS REQUISITOS DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula 284/STF).

3. Não obstante a cobrança da taxa em comento seja baseada no exercício do poder de polícia (e não na utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível), cumpre esclarecer que eventual discussão sobre a necessidade da taxa ser específica e divisível é inviável em sede de recurso especial, porquanto requer a verificação sobre eventual contrariedade ao art. 145, II, da CF/88.

4. Considerada válida pelo Tribunal de origem a legislação municipal que instituiu a taxa de fiscalização e funcionamento, mostra-se inviável, em sede de recurso especial, verificar a compatibilidade entre tal legislação e o art. 97, IV, do CTN, tendo em vista que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

5. A jurisprudência da Primeira Seção/STJ, seguindo orientação do STF, firmou-se no sentido de que é legítima a cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento quando notório o exercício do poder de polícia pelo aparato administrativo do ente municipal, de modo que é dispensável a comprovação do exercício efetivo de fiscalização.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp n. 936.487/ES, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/8/2010, DJe de 30/9/2010; grifou-se).

Assim, tem-se que nada há de ilegal na cobrança da Taxa de Licença e Localização, pois se trata de atividade passível de ser fiscalizada/regulamentada pelo poder de polícia, em razão do potencial de afetação do interesse da coletividade, nos seguintes aspectos: segurança, higiene, urbanismo, propriedade, meio ambiente, costumes e tranquilidade pública, estando tais interesses diretamente relacionados ao exercício do poder de polícia.

E da forma como bem explicitou o Procurador de Justiça. Dr. Paulo Ricardo da Silva:

Pertinente ao mérito, indubitável que a edição da Medida Provisória nº 881/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874/2019, a qual foi chamada de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, objetiva descongestionar a agenda econômica submetida à Administração Pública, trazendo inúmeras mudanças para as relações jurídicas entre pessoas jurídicas e o poder público, sobretudo ao processo de abertura e funcionamento de empresas.

A exemplo, nos moldes do pleiteado na presente via mandamental, dispõe o art. 3º da referida legislação:

“Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

[...]”

O entendimento do relator da lei e de muitos juristas é que tal norma limita a competência tributária dos Municípios no que pertine à cobrança de taxas em função do poder de polícia dos órgãos municipais de fiscalização e licenciamento, ou seja, não havendo uma atuação estatal, com a prestação de serviço público ou Poder de polícia, não há razão para cobrança da contraprestação inerente às taxas, por exemplo, relativas à vistoria, fiscalização ou licenciamento das atividades ditas de baixo risco.

Com efeito, por meio da mencionada lei federal, a União legislou sobre normas gerais de direito econômico, nos moldes da previsão contida no art. 24, §1º, da Constituição Federal.

Contudo, tais normativas não se impõem de forma coercitiva contra o papel de intervenção do Estado, pois, por ser uma lei geral, as normas especiais trazidas em outras leis, anteriores ou posteriores à edição da lei federal, irão prevalecer em face dos direitos de liberdade econômica ali elencados.

De fato, é o casuísmo que irá definir, através de leis específicas, as hipóteses em que a livre iniciativa será preterida em face da licença prévia, para resguardo de um determinado interesse público.

De outro tanto, a taxa cobrada pelo exercício do poder de polícia exercido pelos municípios está prevista nos artigos 77 e 78 do CTN, cuja competência, prevista no art. 145, II, da CF/88, não foi alterada pela Lei nº 13.874/19.

Além do mais, imperioso destacar que o §3º do art. 1º da Lei nº 13.874/19 é taxativo no sentido de que: “O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o inciso X do caput do art. 3º”.

Sendo assim, percebe-se que a exigência de taxa de licença e localização, como no caso dos autos, pode ser realizada mesmo após a edição da lei federal em questão, quando o Poder Público Municipal efetivamente exercer o seu poder de polícia, ou seja, quando a autoridade competente realizar a

fiscalização da atividade do particular dentro de uma das hipóteses previstas na legislação municipal para a cobrança dessa modalidade de taxa.

[...]

Com efeito, da análise da legislação competente, verifica-se que o Município de Tubarão possui legitimidade para exigir que o particular leve à Administração Municipal informações sobre a atividade que está exercendo e a forma como o faz, bem como que a impetrante, ora apelante, é empresa que presta atividade de baixo risco, pois presta serviços de advocacia, estando enquadrada no item M.6911-7/01 do Anexo I do decreto acima mencionado.

No entanto, percebe-se que a legislação específica municipal dispensa a emissão de licença para a atividade prestada pelo impetrante, sem, todavia, dispensá-lo do pagamento da taxa correspondente nem da prestação de informações ao Município. (Evento 9, PROMOÇÃO1).

A respeito já decidiu esta Corte:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LICENÇA E LOCALIZAÇÃO - TLL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA EXAÇÃO, TENDO EM VISTA QUE NÃO SE TRATA DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A TESE DE ILEGALIDADE E, CONSEQUENTEMENTE, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

Sobre a questão, o entendimento mais recente do STJ é no sentido de que “a taxa em comento decorre do exercício do poder de polícia municipal relativo ao controle das atividades urbanas em geral, inclusive, de escritórios de advocacia. Não se trata, portanto, de controle do exercício da atividade profissional dos advogados” (REsp 658.998/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 190.)” (AgRg no AREsp 358.371/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013).

(TJSC, Apelação n. 0302197-35.2016.8.24.0005, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 10-08-2021).

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TFF-TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. VEREDICTO DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO BANCO EMBARGANTE.

[...]

SUSTENTADA ILEGALIDADE DA EXAÇÃO, EM VIRTUDE DA NÃO COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA. ASSERTÇÃO IMPROFÍCUA. DESNECESSIDADE DE PROVA DO EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRECEDENTES

“O Superior Tribunal de Justiça possui orientação no sentido da prescindibilidade da comprovação do efetivo exercício do poder de polícia por parte da edilidade, para autorizar a cobrança da taxa de renovação das licenças de funcionamento e localização conferidas ao particular, tendo em vista a notoriedade da atuação do Poder Público” (STJ, REsp n. 1.764.635/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. em 03/02/2020).

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação n. 0304124-15.2019.8.24.0075, rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 08-06-2021; grifou-se.)”

Também há um precedente recente do TJPR:

“APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA NA ORIGEM - SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA - RECURSO PELO IMPETRANTE - **ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO À ISENÇÃO DA TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO (VERIFICAÇÃO E ALVARÁ), DIANTE DO DISPOSTO NO ART. 3º, INC. I, DA LEI FEDERAL Nº 13.874/2019 (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA) - LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE NÃO CONCEDE QUALQUER ISENÇÃO TRIBUTÁRIA, TAMPOUCO SE PRESTA A, NO CASO CONCRETO, AFASTAR A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - TAXA CORRETAMENTE EXIGIDA, DIANTE DO EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELO MUNICÍPIO** - ARTS. 92, 93 (INC. I) E 98 (§§ 1º, 3º E 5º) DA LEI MUNICIPAL Nº 2087/2008, CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL - ART. 78 (CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO) DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - ART. 145 (INC. II) DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO NEM DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO ALEGADO, NEM DA ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.» (TJPR - 2ª C. Cível - 0004399-75.2020.8.16.0026 - Campo Largo - Rel.: Desembargador Eugenio Achille Grandinetti, j. em 06-12-2021) [grifou-se]

Referido acórdão privilegia a constatação de que a Lei n. 13.874/19 em momento algum cuida de incidência ou não incidência *em matéria tributária*, tanto que - a fim de que não paire qualquer dúvida sobre o alcance de suas prescrições - no próprio art. 1º, § 3º, expressamente firmou que “O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei não se aplica ao direito tributário (...), ressalvado o inciso X do caput do art. 3º”.

De uma forma geral, não há qualquer ilegalidade na exação, que tem por fato gerador o exercício do poder de polícia sobre estabelecimento no qual a impetrante presta serviços advocatícios, “(...) atividade que não é afastada pela dispensa dos atos públicos de liberação, nos termos do art. 3º, §2º, da Lei de Liberdade Econômica”, como, aliás, apontou a Federação de Consórcios, Associações de Municípios e Municípios de Santa Catarina - FECAM (evento 11, ofício 06, 2G).

Pode ser cobrada a taxa de localização e funcionamento.

Basta que o tributo não seja exigido enquanto condicionante para a liberação da atividade econômica, aspecto no qual deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança:

“[...] a Lei nº 13.874/2019, ao dispensar a emissão de licença para atividades econômicas de baixo risco, nada mais fez do que garantir proteção à livre iniciativa (fundamento constitucional - art. 1º, IV e art. 170, parágrafo único, da CRFB), assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por fim, registro que a Lei nº 13.874/2019 ressalva em seu art. 1º, § 3º, que ela **não se aplica “(...) ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o disposto no inciso X do caput do art. 3º”**.

Nessa toada, não merece guarida a tese trazida pelo impetrado no sentido de que a limitação trazida pela Lei n. 13.874/2019 é, em verdade, de isenção heterônoma, vedada pelo ordenamento jurídico.

Indo de encontro à argumentação lançada, e ponderando que isenção é a dispensa legal de pagamento de tributo, vê-se que **a legislação não dispensa de pagamento taxa decorrente do poder de polícia exercido pelo ente municipal**, mas sim determina que a fiscalização da atividade seja feita a posteriori, inclusive

de ofício. E a conduta do impetrado é justamente o que visa a lei evitar: as barreiras impostas ao livre desenvolvimento da atividade profissional.

Tanto é assim que o art. 1º da referida lei reporta à regulamentação do art. 170, parágrafo único, da Carta Constitucional que, por sua vez, evidencia que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” [grifou-se]

Com efeito, bem delimitado o alcance da pretensão inicial, deve ser concedida a ordem postulada neste mandado de segurança, tão-somente para que a impetrante seja desobrigada de qualquer *ato administrativo* prévio de liberação no que diz respeito ao desempenho da sua atividade profissional (advocacia), sem prejuízo de posterior fiscalização do Poder Público, nos termos do art. 3º, § 2º, e cobrança do respectivo *tributo* que tenha como fato gerador o exercício do poder de polícia (art. 1º, § 3º).

Em resumo, é ilegal apenas a exigência de alvará de funcionamento então imposta pela municipalidade, *ato administrativo* que obstaculiza o exercício da profissão.

O ente tributante ainda poderá cobrar taxa que tenha como fato gerador o exercício do poder de polícia, desde que não seja erigida como condição ao exercício da atividade profissional definida como de “baixo risco”, nos termos do art. 3º, I, da Lei n. 13.874/19.

Por oportuno, embora a OAB/SC discorra sobre a inexigibilidade do tributo de uma forma geral (evento 36, 2G), tem-se que a pretensão ainda vai de encontro aos limites objetivos da lide.

A sentença concedeu a segurança para dispensar a licença enquanto *ato administrativo* prévio, a fim de que não paire tal óbice para o livre exercício da atividade profissional, mas com a expressa ressalva no sentido de que “**a legislação não dispensa de pagamento taxa decorrente do poder de polícia exercido pelo ente municipal**”.

É verdade que a tese invocada na inicial dizia respeito à ilegalidade de qualquer exigência, *inclusive* fiscal, mas a sentença não acolheu a pretensão de forma indiscriminada, como visto, e a parte impetrante não interpôs recurso de apelação.

Além do que, seria vedado agravar a situação da Fazenda Pública em sede de reexame necessário.

Extrai-se da jurisprudência:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — MANDADO DE SEGURANÇA — APELAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E REEXAME NECESSÁRIO — IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS — PEDIDO DO PARTICULAR PARA MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA — INVIABILIDADE.

Tantum devolutum quantum appellatum: o recurso deve ser avaliado nos seus limites, estendendo-se o pensamento ao reexame necessário (que não pode prejudicar a Fazenda Pública: Súmula 45 do STJ).

O acórdão embargado, como lhe era possível, cuidou do proposto pela Administração e daquilo que poderia ser avaliado por conta da remessa de ofício. A sentença, no que prejudicial ao particular, que não recorreu, não poderia ser revista nessa porção.

Muito menos se poderia, agora, em embargos de declaração do impetrante, tratar de ponto que dependia de oportuna apelação de sua parte.

Recurso desprovido.” (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0305039-64.2018.8.24.0054, rel. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 02-03-2021). [grifou-se]

Não há acréscimo de honorários em grau recursal, uma vez que incabível a fixação da verba honorária em mandado de segurança (art. 25 da Lei n. 12.016/09).

Custas isentas.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento, mantidos todos os demais termos da sentença em sede de reexame necessário.

Documento eletrônico assinado por **CARLOS ADILSON SILVA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2758904v57** e do código CRC **f7cce38f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CARLOS ADILSON SILVA

Data e Hora: 11/10/2022, às 18:22:25

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0321910-28.2015.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIME RAMOS

APELANTE: DIGIENDRESSON AGOSTINI (AUTOR)

APELADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (RÉU)

APELADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (RÉU)

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AJUIZADA CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRÁTICA DE ATO OMISSIVO ESTATAL. RECLUSO DO PRESÍDIO DE JOINVILLE COM LICENÇA TEMPORÁRIA DEFERIDA PRIVADO DE COMPARECER À CERIMÔNIA FUNERÁRIA DE SUA GENITORA. JUSTIFICATIVA DA NEGATIVA BASEADA NA AUSÊNCIA DE EFETIVO FUNCIONAL PARA A ESCOLTA. MOTIVO INVÁLIDO PARA O NÃO ATENDIMENTO DESSE DIREITO PORQUE APRESENTADO APÓS AUTORIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PRESIDÁRIA. OMISSÃO ESTATAL PARA COM O ATENDIMENTO DE GARANTIA PREVISTA NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS (ART. 120, I, DA LEI FEDERAL N. 7.210/1984). DANO MORAL CARACTERIZADO. “QUANTUM” INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. DEFENSORIA PÚBLICA QUE PATROCINA CAUSA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DA QUAL É INTEGRANTE. RECURSOS DESPROVIDOS.

Por força da responsabilidade objetiva consagrada pelo art. 37, § 6º, da CF/88, a administração pública está obrigada a indenizar os danos causados por atos de seus agentes, e somente se desonera se provar que o ato ilícito se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada sob a sistemática dos recursos repetitivos, “não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante. (...) A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.” (STJ – Temas 128 e 129, REsp 1108013/RJ, Relª. Minª. Eliana Calmon).

ACÓRDÃO

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 aos recursos, nos termos acima, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Na Comarca de Joinville, Digiendresson Agostini ajuizou “ação de indenização por danos morais” contra o Estado de Santa Catarina, alegando que esteve recluso no Presídio Regional de Joinville de 27.04.2011 a 19.04.2012, quando progrediu para o regime aberto; que, na data de 18.12.2011, por conta do falecimento de sua genitora, Maria Pedro Agostini, apresentou requerimento administrativo de saída temporária para participação na cerimônia de funeral, nos termos do art. 120, inc. I, da Lei Federal n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), o qual foi inicialmente deferido; que, “*entretanto, após 02 (duas) horas de espera na frente do Presídio, a saída foi cancelada por ausência de escolta, razão pela qual ele não pôde comparecer ao velório da mãe*”; que tal negativa lhe causou profunda frustração, na medida em que não teve a oportunidade de despedir-se de sua mãe durante o enterro; e que, por isso, tem direito de auferir indenização por danos morais.

Requeru a concessão da justiça gratuita e, ao final, a condenação do ente público demandado ao pagamento de indenização por danos morais.

O pedido de justiça gratuita foi deferido ao autor.

Citado, o Estado de Santa Catarina apresentou contestação defendendo que, por ser caso de ato omissivo, deve ser considerada a modalidade da responsabilidade civil subjetiva, razão pela qual é necessária a demonstração de dolo ou culpa para que haja a obrigação de indenizar, requisitos que entende inexistentes no caso; que a Lei de Execução Penal define como faculdade e não obrigação a autorização para saída temporária de acompanhamento de funeral e enterro de familiar; que a negativa administrativa está motivada na ausência de efetivo para a formação de escolta para a saída do demandante. No final, discorreu sobre o excesso do dano moral postulado e postulou a improcedência da pretensão inicial.

A parte autora apresentou réplica à contestação.

Com vista dos autos, o representante do Ministério Público entendeu ausente interesse público que justificasse sua intervenção.

A parte autora compareceu aos autos para apresentar documentação. O Estado, intimado, impugnou-a e requereu o seu desentranhamento dos autos.

Realizada audiência de instrução e julgamento, as testemunhas arroladas pelo autor não compareceram ao ato processual.

Na sequência, o digno Magistrado, Dr. Roberto Lepper, prolatou sentença pela procedência do pleito inicial, inscrevendo na parte dispositiva do “decisum”:

“À luz do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado nesta AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL proposta por DIGIENDRESSON AGOSTINI contra ESTADO DE SANTA CATARINA, condenando o réu a pagar ao autor o valor de R\$ 3.000,00, a título de indenização por danos morais, atualizado desde esta data pela variação do índice IPCA-E (STJ Súmula nº 362), bem como acrescido de juros moratórios, estes a contar do ato ilícito (10.09.2016; STJ Súmula nº 54; STJ Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 478218/SP, Terceira Turma, unânime, rel. Des. SIDNEI BENETI, j. em 10.06.2014), nos moldes do disposto no artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.960/2009.

“Arcará o réu ainda com o pagamento das custas processuais devidas à Sra. Distribuidora e ao Sr. Contador desta comarca (TJSC Apelação Cível nº 2009.033676-8, de Joinville, Quarta Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. JAIME RAMOS, j. em 16.07.2009; no mesmo sentido: STJ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.180.324/PR, Primeira Turma, un., rel. Min. LUIZ FUX, j. em 22.06.2010). Sem honorários (STJ - Súmula nº 421).

“Sentença não sujeita ao reexame necessário (CPC, art. 496, § 3º, inc. III).

“Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

A parte autora opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Não resignadas, ambas as partes interpuseram recursos de apelação.

O autor apresentou recurso de apelação reiterando os argumentos expostos em sua peça inicial em relação ao valor postulado a título de indenização de danos morais, ao entendimento de que tal deve ser majorado por não satisfazer o real abalo anímico padecido por força do ato ilícito praticado pelo ente público demandado. No fim, postulou o provimento do seu recurso para que, em reforma à sentença, seja majorado o “*quantum*” arbitrado a título de indenização por dano moral, bem como para que sejam arbitrados honorários advocatícios.

Por sua vez, o Estado demandado apresentou recurso de apelação reiterando os argumentos expostos em sua peça de contestação, no sentido da ausência de ato ilícito. Alternativamente, requereu a minoração do “*quantum*” indenizatório. No fim, postulou o provimento do seu recurso para que, em reforma à sentença, seja declarada a improcedência do pleito inicial ou reduzido o valor indenizatório.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de manifestar-se por entender ausente interesse público que justificasse sua intervenção.

VOTO

Antes de tratar do mérito, é importante assinalar que, não obstante a ação ter sido proposta por pessoa física contra o Estado e a sentença ter fixado a indenização de dano moral em R\$ 3.000,00, o valor dado à causa, na petição inicial, é de R\$ 78.800,00 (setenta e oito mil e oitocentos reais), que,

na data da distribuição, em 22.10.2015, era superior a sessenta (60) salários mínimos, de modo que não se aplicam ao caso a competência e o procedimento de Juizado Especial da Fazenda Pública, daí o julgamento das apelações por este Tribunal.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença que, nos autos da “ação de indenização por danos morais” promovida em desfavor do Estado de Santa Catarina por Digiendresson Agostini, julgou procedente o pedido inicial formulado, condenando o ente público demandado a pagar à parte autora indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Em seu apelo o Estado demandado pleiteia a reforma da sentença para que seja declarada a improcedência do pedido inicial ou, alternativamente, minorado o “*quantum*” indenizatório.

Por sua vez, a parte autora postula a majoração do “*quantum*” arbitrado a título de indenização por dano moral, bem como o arbitramento de honorários advocatícios a seu favor.

Pois bem.

Da responsabilidade civil e do dever de indenizar

A responsabilidade civil aquiliana, em geral, funda-se em três requisitos, quais sejam: a conduta antijurídica (culposa ou dolosa), o dano e, ainda, o nexo causal entre ambos. Tal conclusão é extraída da conjugação dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, segundo os quais:

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

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Em se tratando, porém, de responsabilidade do Estado pela reparação de danos infligidos aos administrados, como no caso “sub *judice*”, deve-se analisar sob a ótica da responsabilidade objetiva, que dispensa à vítima a prova da culpa do causador do dano. O ente estatal, por sua vez, só se exime da responsabilidade se comprovar que o evento danoso ocorreu por culpa do lesado ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Essa conclusão deflui do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que preceitua: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. De igual forma, o art. 43 do Código Civil de 2002 declara: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do danos, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Sobre a matéria, esclarece Hely Lopes Meirelles:

“A doutrina civilística ou da culpa civil comum, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com predomínio das normas de Direito Público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre a Administração e os administrados.

Resta, portanto, a teoria da responsabilidade civil sem culpa como a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos.

“Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

“A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros.

“Nessa tentativa surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem se falar nas submodalidades em que se repartiram essas três correntes. Vejamos, em síntese, essas teorias objetivas, para verificarmos qual a acolhida pelo Direito Administrativo Atual.

“[...]

“Teoria do risco administrativo A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

“Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Pública. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.

“Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente.” (Direito administrativo brasileiro. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, págs. 738/740).

E complementa Rui Stoco, em seu tratado de responsabilidade civil:

“Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano.

“Aliás, como se colhe nos comentários acima, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano para a responsabilização do Estado, salvo na ação regressiva daquele em face de seu servidor, ou quando a vítima faça opção por demandar diretamente contra o próprio agente público.

“Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.” (Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência. Tomo II, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86).

Acerca do tema, ainda, lecionam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO:

“(...) a responsabilidade civil do Estado é objetiva, tendo tal afirmação fulcro, inclusive, em sede constitucional, conforme se verifica de uma simples leitura do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, in verbis:

(...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

“(...)”

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

“Seguindo tal diretriz, o CC/2002 estabelece regra semelhante, em seu art. 43, registrando que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os candidatos do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. (Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, v. 3, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 143).

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, referindo-se à norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, leciona:

“Dispõe o art. 37, § 6o, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico.

“A expressão “nessa qualidade” tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. (Manual de Direito administrativo brasileiro. 31. ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 590).

O Supremo Tribunal Federal, acerca da matéria, tem orientado:

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público” (STF, RE n. 109615/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Melo, DJU de 02.08.1996).

Sérgio Cavalieri Filho ensina que “a atividade administrativa a que alude o artigo 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo que merece temperamento aquela parte da doutrina capitaneada pelo insigne Celso Bandeira de Mello (Elementos de direito Administrativo, 2ª edição, Ed. RT, p. 344) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado” (Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição).

Segundo seus ensinamentos, a omissão pode ser genérica ou específica, entretanto apenas a genérica enseja a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Quando a omissão for específica, a responsabilidade é objetiva.

A omissão específica é aquela que decorre da inércia administrativa, ou seja, da ausência de agir do ente público que lhe era exigível e que ocasiona o evento danoso.

Portanto, diante de sua responsabilidade civil objetiva pelo ato ilícito de seus agentes públicos, o Estado somente se eximiria do dever de indenizar se comprovasse a existência de alguma excludente, como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou caso fortuito ou força maior, o que não ocorre nos autos.

Cumprir destacar também a incidência, ao caso, da regra geral sobre o ônus da prova, prevista no art. 373 do Código de Processo Civil, “in verbis.”:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

“I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

“II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

“Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

“I - recair sobre direito indisponível da parte;

“II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Na sua petição inicial o autor informou que “nos termos do artigo 120, inciso I, da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), requereu ao Diretor do Presídio permissão para saída temporária, a qual foi deferida. Entretanto, após 02 (duas) horas de espera na frente do Presídio, a saída foi cancelada por ‘ausência de escolta’, razão pela qual ele não pôde comparecer ao velório da mãe.”

Na espécie, é fato incontroverso nos autos que o autor, não obstante autorizado pela autoridade de custódia, não pôde ir ao enterro de sua mãe por ausência de escolta policial que pudesse acompanhá-lo durante o ato fúnebre, conforme documentação constante no Evento10 - INF14.

O Estado apelante diz que a impossibilidade de atendimento do pleito decorreu da desídia do recolhido ao sistema prisional, na medida em que teria lhe informado do ocorrido em tempo não hábil para a saída assistida. Daí por que diz que não pode ser responsabilizado e, por consequência, não seria possível sua condenação por indenização de danos morais.

Contudo, razão não lhe assiste.

Isso porque está demonstrado nos autos que a Administração demandada gerou falsa expectativa à parte autora, primeiramente ao conceder a autorização para sua saída temporária, mediante escolta, porém, lhe cerceou o direito já deferido de comparecimento ao velório de sua genitora, o que acarretou afronta ao disposto no art. 120, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais.

Ora, se há lei prevendo o direito de o preso ir ao funeral dos genitores é porque quis o Legislador referendar esse momento tão delicado decorrente da morte de um ente familiar, cujos laços são os mais caros da vida humana. Por consequência disso, se a lei foi descumprida pela Administração, há ilícito passível de reparação civil, de modo a atenuar as dores experimentadas pelo detento que foi frustrado na sua expectativa desatendida de poder se despedir postumamente de sua mãe, ente familiar dos mais caros para qualquer pessoa humana.

Ademais, a parte autora informou em sua petição inicial que, inicialmente, teve autorizado seu pedido de comparecimento ao funeral pela administração do presídio, mas, chegado o momento, não lhe foi disponibilizada a escolta necessária para tanto.

Já o Estado, detentor de toda a documentação oficial, não logrou demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor, limitando-se a sustentar que não houve a prática de ato ilícito por sua parte, porquanto “*todo esforço foi dispensado ao autor para que o mesmo pudesse ser fazer presente e se despedir de sua genitora, sendo que a impossibilidade foi eminentemente técnica e imprevisível*” (Evento 112-APELAÇÃO1, p. 3) e/ou que o ato questionado estaria inserido no campo de sua discricionariedade ao asseverar que “*a permissão para sair e acompanhar velório de familiar não é, por evidente, direito potestativo do preso*” e sim “*faculdade concedida pela lei, que pode ou não ser deferida pela direção do estabelecimento prisional, a depender de uma série de fatores, aquilatados conforme a conveniência e oportunidade da Administração Pública*” (Evento 112-APELAÇÃO1, p. 4).

Ou seja, ao mesmo tempo em que afirma ter promovido “*todo esforço*” para garantir o direito de comparecimento ao funeral da genitora do autor, defendeu, por outro lado, que poderia negar o direito previsto em legislação federal regente da matéria com base nos critérios da discricionariedade.

Por isso, sustentou a não ocorrência de dano moral.

Contudo, o livro ata do plantão penitenciário do dia dos fatos narrados pelo autor registrou a seguinte informação:

• O detento Digiendresson Agostini foi comunicado sobre o falecimento de sua mãe, porém não foi conduzido ao celão devido a falta de multa.

(Evento 10, INF14, autos de origem).

Logo, considerando o registro acima citado e ante a ausência de prova em sentido contrário (art. 373, inc. II, CPC), presumem-se verossímeis os fatos alegados pela parte autora em sua petição inicial, de que, inicialmente, teve deferido seu pedido de comparecimento ao funeral da genitora.

Deste modo, como não pode o administrador público simplesmente descumprir comandos legais sob o argumento da ausência de aparelhamento estatal adequado - escolta policial -, após ter acenado pela possibilidade de cumprimento de determinada garantia (art. 120, I, Lei Federal n. 7.210/1984), deverá responder pelas consequências decorrentes das expectativas geradas e frustradas àquele que é o destinatário da garantia definida pela Lei de Execuções Penais, sob pena de atentado ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, “caput”, da CF/1988.

A propósito, da análise percuciente dos autos verifica-se que a respeitável sentença da lavra do MM. Juiz, Dr. Roberto Lepper, com precisa e acertada fundamentação, culminou por outorgar a correta tutela jurisdicional que a causa reclamava, razão pela qual, evitando-se desnecessária tautologia, seus fundamentos ora são adotados como razão de decidir neste voto:

“A responsabilidade da Administração Pública por ato omissivo é subjetiva, dependendo para sua configuração, da efetiva ocorrência do danos, de uma omissão ilícita estatal e da relação de causalidade entre o dano e a conduta culposa do ente público em deixar de prestar ou prestar mal o serviço público” (TJMG Apelação Cível nº 0049209-72.2014.8.13.0433, de Montes Claros, 3ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. JAIR VARÃO, j. em 06.07.2017).

“Extrai-se dos autos que, enquanto o autor estava recolhido no Presídio Regional de Joinville, sua mãe Maria Pedro Agostini faleceu (certidão de óbito de pág. 16). Avisado por familiares, Digiendresson solicitou permissão de saída para comparecer ao velório e ao enterro da finada mãe, que aconteceria no dia 18.12.2011. Porque não haviam agentes prisionais suficientes para realizar a escolta do autor, seu requerimento acabou negado, o que, diz, causou-lhe sofrimento e abalo emocional.

“O artigo 120 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) prevê que os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para saírem do estabelecimento prisional, mediante escolta, quando do falecimento de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, cuja duração da saída será a necessária para cumprir essa finalidade (art. 121). “A permissão de saída

será concedida pelo diretor do estabelecimento onde encontra o preso” (LEP, art. 120, parágrafo único). Foi com base nesses permissivos legais que o autor formulou requerimento de autorização de saída.

“A permissão de saída do recluso, além de depender de autorização expressa do diretor do estabelecimento prisional, só pode ser concedida mediante escolta policial, de modo a tanto garantir-se a integridade física do preso quanto a segurança pública. Tratando-se de ato discricionário do diretor do local onde o preso encontra-se recolhido, é conferido ‘poder de escolha do agente para atuar com liberdade, exercendo juízo de conveniência e oportunidade, dentro dos limites postos em lei, na busca pelo interesse público’ (MATHEUS CARVALHO, ‘Manual de Direito Administrativo’, 5ª edição, Salvador: JusPodvm, 2018, pág. 120), o que não se confunde com arbitrariedade, que é quando o agente público atua ao arrepio da lei, porque, como é cediço, ‘a discricionariedade não é um poder absoluto e intocável, pois deve cumprir a finalidade de uma administração transparente e eficiente’ (pág. 121).

“A discricionariedade do agente público cinge-se à avaliação de cada caso concreto a fim de verificar-se a viabilidade técnica da concessão dos requerimentos de permissão de saída, [...] sem, contudo, caracterizar um direito subjetivo do reeducando à obtenção de alguma dessas benesses, devendo o juízo das execuções criminais avaliar, em cada caso concreto, a pertinência e a razoabilidade em deferir a pretensão’ (STJ Habeas Corpus nº 235104/RJ, Quinta Turma, unânime, Rel. Min. GILSON DIPP, j. em 20.06.2012).

“Oportuno frisar, como linha mestra de raciocínio interpretativo, que a humanização da pena foi o que levou o legislador a prever hipóteses taxativas de permissão de saída e também de saídas temporárias.

“As ‘Regras de Mandela’, que estabelecem regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, aprovadas em 1955, em Genebra, da qual o Brasil é signatário, consistem orientações emanadas da Organização das Nações Unidas (ONU) para proteção dos direitos humanos e da dignidade dos presos, de modo a garantir-lhes acesso à saúde, ao direito de defesa e de condições carcerárias. **Entre as regras, destaco as de número 3, que preconiza que ‘o encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. Portanto, o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina’, e 5.1, que estabelece que ‘o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos’** (vide, na íntegra, em: www.cnj.jus.br).

“Apesar das ‘Regras de Mandela’ amoldarem-se, na realidade, em instrumento soft law, fato é que ‘elas versam sobre direitos fundamentais considerados o mínimo ético, o que traria em sua validade o jus cogens, podendo-se interpretar que é uma norma obrigatória ao Estado’ (JULIETTE FRATELLI ACHIAMÉ, ‘A violação dos direitos humanos nas penitenciárias brasileiras’, artigo disponível em <file:///C:/Users/usuario/Documents/Downloads/1307-4242-1-PB.pdf>, acesso em 12.12.2018), ou seja, o desrespeito à dignidade humana do preso, em qualquer hipótese, deve ser repellido

“Sem embargo dos que pensam em contrário (STJ, em precedente antes aludido), perfilho-me aos que reconhecem que ‘as autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão’ (RENATO MARCÃO, ‘Lei de Execução Penal anotada’, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 344) e, por essa razão, ‘a saída temporária constitui direito público subjetivo do executado’ (pág. 345).

“Nessas circunstâncias, não se pode reputar razoáveis os motivos que ensejaram a negativa da permissão de saída do autor. A ausência de efetivo suficiente para escoltar apenado fere o direito fundamental da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) porque usurpa dele o direito de despedir-se de familiar e o de vivenciar um dos momentos mais intensos da vida de alguém (vide, a propósito: TJSC Mandado de Segurança nº 16720-72.2018.8.24.0000, de Indaial, Terceira Câmara Criminal, rel. Des. ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA, j.

em 31.07.2018). A ineficiência do Estado não pode servir de exculpa para impedir que o preso compareça ao sepultamento de pessoa com a qual mantinha estreitos laços de afinidade.

“O direito do preso de comparecer ao velório de familiar não pode ser reconhecido, repito, como ato discricionário do gestor do estabelecimento prisional ou do Juiz da Execução Penal. Comprovado o óbito de familiar (cônjuge, companheiro, descendentes, ascendente ou irmão), deve ser assegurado ao preso o direito de comparecer ao cerimonial fúnebre, cuja proibição deve dar-se apenas em situações excepcionais e, obviamente, não apenas pautada na alegação de ausência de agentes prisionais disponíveis para a realização de escolta.”

“De fato, ‘a justificativa apresentada pelo Estado, de que não haviam agentes penitenciários em número suficiente para acompanhar o autor na saída do estabelecimento prisional, não tem o condão de lhe eximir da responsabilidade’ (TJRS Apelação Cível nº 70061246864, de Passo Fundo, Décima Câmara Cível, unânime, rel. Des. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ, j. em 25.09.2014). É dever do Estado garantir a segurança pública da coletividade, assegurando aparato policial necessário de modo a cumprir esse mister.

“O ritual fúnebre têm função social, espiritual e psicológica, que oficializa a realidade da perda e facilita a expressão de apoio, amor e solidariedade para com os enlutados. Por isso mesmo é que “os rituais são importantes para o processo do luto, pois; o luto nunca terminará se nem começar. Quando não temos uma experiência física e tangível da realidade da morte, podemos suprimir a nossa dor negando. É por isso que ver o corpo no hospital, em casa ou no funeral nos ajuda a aceitar e a nos ‘acostumar’ com a realidade da perda’ (vide www.servicosocial.boavida.com.br, acesso em 12.12.2018). A professora e coordenadora do Laboratório de Estudos sobre a morte da Universidade de São Paulo, MARIA JULIA KOVÁCS, explica que ‘os rituais ajudam a organização física e psíquica em situações de perda e morte’ (www.vamosfalarsobreoluto.com.br, acesso em 12.12.2018). Ao autor, não foi possível vivenciar a realidade da perda do ente querido e ‘a dor da família é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito’ (STJ Recurso Especial nº 204.825/RR, Segunda Turma, unânime, relatora Ministra LAURITA VAZ, julgado em 17.09.2002), sendo por isso mesmo despidendo perquirir acerca da relação de proximidade e convivência entre mãe e filho. Na real, o dano imaterial exsurge do autor não ter participado do velório da mãe.

“Embora ‘os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa’ (STF Recurso Extraordinário nº 447.584-7/RJ, rel. Min. CEZAR PELUSO, julgado em 28.11.2006), o valor da indenização há de ser eficaz não só para significar para a pessoa lesada, segundo sua sensibilidade e condição sócio-política, uma forma heterogênea de satisfação psicológica o mal sofrido, mas também para servir de indutor para que casos como esse não se repitam.

“O quanto razoável se não a recompor porque tal ideia é utópica, mas capaz de, tanto quanto possível, amenizar os deletérios efeitos irradiados do mal imaterial provocado ao prejudicado, deve emergir da confluência de duas vertentes que consistem na espinha dorsal da fórmula dessa modalidade indenitária: o viés compensatório propriamente dito e que consiste na função primeira da verba, e o punitivo, com desdobra em reeducação e admoestação. Caberá ao magistrado, tecnicamente capacitado para não se deixar levar por uma fugaz apreciação maniqueísta da causa controvertida, realizar genuíno e congruente exame focando todos os elementos postos a animar o seu veredito e, da convergente ponderação de valores, encontrar a expressão monetária que represente o montante ideal a ser disponibilizado ao lesado, sem consistir em atalho ao enriquecimento tampouco na bala de prata a alvejar aquele que estiver obrigado a satisfazer o comando condenatório. É na congruência disso tudo, que perpassa o onipresente postulado da razoabilidade, que senta-se o caminho do intérprete ao estabelecer a interface dos ditos vetores apriorísticos a serem sopesados no cumprimento da tarefa que lhe foi posta a deslinde. Neste contexto, hei por bem estipular em R\$ 3.000,00 o valor a ser pago ao autor. Compensa, na medida do razoável, o mal causado ao lesado, sem, contudo, enriquecê-lo.”

Por isso, diante do que está demonstrado nos autos, e como bem fundamentado pela sentença acima exposta, é inegável que há ilícito passível de reparação civil, de modo a atenuar as dores experimentadas pelo detento que foi frustrado na sua expectativa não atendida de poder comparecer ao funeral e despedir-se postumamente de sua genitora.

Do “quantum” indenizatório por danos morais

Em relação ao “quantum” indenizatório dos danos morais, fixado pelo Juízo sentenciante no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais), entendem as partes que ele comporta alteração. A parte demandada defende a necessidade de sua minoração e a parte demandante, por sua vez, sustenta que deve ser majorado para o valor postulado na petição inicial.

Não obstante, o valor arbitrado pelo Juízo não deve ser alterado.

É que, como consabido, a quantia estipulada a título de indenização por danos morais deve assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização e também não pode ser considerada elevada o bastante para configurar enriquecimento sem causa da parte demandante.

Por isso, o “quantum” para a reparação dos danos morais tem de ser arbitrado com observância aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, com o fim de repreender o responsável pelos danos de modo a coibir-lhe a prática de novo ilícito, além de proporcionar a justa reparação do dano à vítima, sem que haja enriquecimento indevido.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO, acerca do tema, ensina:

“Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.” (Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005; p. 116).

Assim, tendo em conta o fato de o dano moral consistir no impedimento do Estado ao direito do autor de comparecer ao funeral de sua mãe, causando-lhe óbvio agravamento da tristeza, considera-se que o valor da indenização do dano moral arbitrado pelo MM. Juiz sentenciante em R\$ 3.000,00 (três mil reais), afigura-se adequado à repressão do Estado demandado para que não haja a prática de novo ilícito desse jaez, ao mesmo tempo em que compensa a dor sofrida.

Logo, neste particular, a sentença merece confirmação.

Dos honorários advocatícios

Postula a parte autora que sejam arbitrados honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública Estadual, os quais não foram fixados pelo Juízo.

No ponto, a sentença não comporta alteração.

A Constituição Federal, em seu artigo 134, demonstra que a Defensoria Pública Estadual corresponde a órgão do respectivo ente da Federação a que está vinculada. Veja-se:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

“§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

“§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Por sua vez, no que se refere à atuação dos defensores públicos, o art. 130, inciso III, da Lei Complementar Federal n. 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências, assim determina:

“Art. 130. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública dos Estados é vedado:

“[...]”

“III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; [...]”

Já a Lei Complementar Estadual do Estado de Santa Catarina n. 575, de 02 de agosto de 2012, que criou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e dispôs sobre sua organização e funcionamento, sobre a questão assim estabelece:

“Art. 1º A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa gratuitas, em todos os graus, dos necessitados, assim considerados os que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos desta Lei Complementar.”

“[...]”

“Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, a serem exercidas exclusivamente em benefício de seus assistidos, nos termos do art. 2º desta Lei Complementar, dentre outras:

“[...]”

“XIX - executar e destinar as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;

[...]

“§ 2º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.”

[...]

“Art. 7º - A Defensoria Pública elaborará sua proposta orçamentária atendendo aos seus princípios, às diretrizes e aos limites definidos na lei de diretrizes orçamentárias, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo.

“§ 4º Para a elaboração de sua proposta orçamentária, a Defensoria Pública terá como parâmetro para a fixação de suas despesas, a serem financiadas com recursos ordinários do Tesouro Estadual, cota orçamentária necessária à cobertura das despesas de pessoal e encargos sociais e outras despesas relacionadas às atividades de manutenção e ações finalísticas, ficando vedada a fixação de percentuais de despesas em relação à Receita Orçamentária.

[...]

“XIX - executar e destinar as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; [...]”

[...]

“Art. 48 Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público e das contidas na Constituição Estadual, aos Defensores Públicos é vedado:

“I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; [...]”

Assim, denota-se que a Defensoria Pública em questão é um órgão pertencente ao Estado de Santa Catarina, sendo devidamente custeada por recursos orçamentários estaduais.

Acerca da impossibilidade de condenação do Estado ao pagamento de honorários advocatícios em prol da Defensoria Pública Estadual a que pertence, o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar sobre o tema, editou a Súmula n. 421, nos seguintes termos:

“Súmula n. 421 - Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”

E o artigo 381, do Código Civil, assim determina:

“Art. 381 - Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.”

Portanto, nas ações em que a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina patrocina a defesa de necessitados e a parte vencida na lide for o próprio Estado, evidenciada está a confusão entre a pessoa do credor e a do devedor, conforme indica a legislação acima apresentada e, por isso, não há como falar em condenação do ente público estatal em arcar com honorários advocatícios em prol de sua própria Defensoria. Até porque os honorários advocatícios, quando devidos em razão da atuação de Defensor Público, devem ser canalizados ao Fundo respectivo, que é estadual.

No caso em discussão, a parte autora está devidamente assistida pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e, portanto, não há como cogitar de condenação do ente público estadual ao pagamento de honorários.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA AJUIZADA CONTRA O PRÓPRIO ESTADO AO QUAL O REFERIDO ÓRGÃO ESTÁ VINCULADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE n. 592730/RG, rel. Min. Menezes Direito, j. 6.11.2008).

Neste sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC/1973. SÚMULA 421/STJ.

1. Hipótese em que o acórdão recorrido deixou de viabilizar o pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública do Estado do Amazonas pelo fato de esta atuar contra o Estado do Amazonas, pessoa jurídica da qual é parte integrante.

2. Sobre o tema, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.108.013/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando esta atua contra a pessoa jurídica de Direito Público da qual é parte integrante.

3. “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença” - Súmula 421/STJ.

4. “A atual redação do art. 4º, XIX, da LC 80/1994 não produz qualquer alteração no quadro analisado por esta Corte Superior, pois, desde o momento da criação do mencionado verbete sumular, teve-se em conta a autonomia funcional e administrativa do órgão. Além disso, o custeio de suas atividades continua sendo efetuado com recursos do Estado-membro ao qual pertence” (AgInt no REsp 1.516.751/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23.2.2017).

5. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 1703192/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PAGAMENTO EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. ESTADO-MEMBRO VENCIDO. DESCABIMENTO. SÚMULA 421/STJ.

1. “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença” (Súmula 421/STJ).
2. A atual redação do art. 4º, XIX, da LC 80/1994 não produz qualquer alteração no quadro analisado por esta Corte Superior, pois, desde o momento da criação do mencionado verbete sumular, teve-se em conta a autonomia funcional e administrativa do órgão. Além disso, o custeio de suas atividades continua sendo efetuado com recursos do Estado-membro ao qual pertence.
3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no REsp 1516751/AM, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)”.

E o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não destoa desse entendimento:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DISPONIBILIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INVIABILIDADE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO QUE INTEGRA A MESMA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA N. 421 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. LITÍGIO QUE NÃO ULTRAPASSA O LIMITE ESTABELECIDO NO § 3º, II, DO ART. 496 DO CPC/2015. (TJSC, Apelação Cível n. 0312199-33.2014.8.24.0038, de Joinville, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 08-08-2017).

APELAÇÕES CÍVEIS. REEXAME NECESSÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA AFASTADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CONDENAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA. SÚMULA 421 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. ENTE MUNICIPAL ISENTO DA OBRIGAÇÃO HONORÁRIA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA. RECURSO DA MUNICIPALIDADE CONHECIDO, PARCIALMENTE PROVIDO. INCONFORMISMO DO ESTADO, CONHECIDO E ACOLHIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0005562-96.2014.8.24.0020, de Criciúma, Rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 01-08-2017).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. CONDENAÇÃO DO ENTE ESTADUAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPOSSIBILIDADE. INSTITUIÇÃO QUE INTEGRA A MESMA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. SÚMULA 421 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR DISCORDER EXPRESSAMENTE ACERCA DE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS ELENCADOS. “O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso” (STJ, AgRg no AREsp 626.720/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 12/02/2015, DJe 19/02/2015). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0302502-08.2015.8.24.0020, de Criciúma, Rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 09-08-2018).

Com base nesse apanhado, o recurso interposto pela parte autora, neste ponto, não comporta provimento, na medida em que não se pode falar na condenação do Estado demandado ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência em favor da sua própria Defensoria Pública Estadual.

Conclusão

Portanto, diante do que acima foi exposto, a manutenção da sentença recorrida é medida de rigor.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos, nos termos acima.

Documento eletrônico assinado por **JAIME RAMOS, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **847980v77** e do código CRC **89080c77**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIME RAMOS

Data e Hora: 26/7/2022, às 15:7:55

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5006428-48.2021.8.24.0028/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR KNOLL

APELANTE: PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES - MUNICÍPIO DE IÇARA/SC - IÇARA (IMPETRADO)

APELADO: PAULO SERGIO BORGES (IMPETRANTE)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM NA ORIGEM.

INCONFORMISMO DA CÂMARA DE VEREADORES DE IÇARA. PROCURADOR LEGISLATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. TEMA 510. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL DISPONDO SOBRE A MATÉRIA. IRRELEVÂNCIA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário a da remessa necessária, para desprovê-los, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 02 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Perante a 2ª Vara da Comarca de Içara, Paulo Sérgio Borges, devidamente qualificado, mediante procuradores habilitados e com fundamento nos permissivos legais, impetrou Mandado de Segurança, contra ato acoimado de ilegal atribuído ao Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Içara.

Alegou o impetrante, em apertada síntese, que foi admitido no cargo de Procurador da Câmara de Vereadores do Município de Içara, desde 2004.

Narrou que a autoridade apontada como coatora determinou a redução de seus vencimentos e a correlata devolução de valores recebidos a maior, sob entendimento que o teto remuneratório a si aplicável correspondia o subsídio do cargo de Prefeito Municipal, e não ao do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça.

Postulou, ao final, pela concessão da ordem afim de que “*a autoridade coatora (ou quem fizer as suas vezes) seja impedida de proceder a qualquer limitação e/ou descontos nos valores dos vencimentos do impetrante, com exceção dos valores que excederem aos subsídios dos eminentes Desembargadores do e. TJSC*”.

A liminar foi concedida, para determinar que, em relação à remuneração do impetrante, seja respeitado, como teto, o subsídio do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada apresentou informações.

Sobreveio sentença de lavra do MM. Juiz de Direito, Dr. Fernando Dal Bó Martins, nos seguintes termos:

*Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** pretendida para, confirmando a tutela liminar, **DETERMINAR** que, em relação à remuneração do Impetrante, seja respeitado como teto o subsídio do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça.*

*Sem **custas**, pois o Município é isento (art. 7º, I, da Lei Estadual n. 17.654/2018).*

*Sem **honorários advocatícios**, a teor do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.*

***Publique-se. Registre-se. Intimem-se**, observado o art. 13 da Lei n. 12.016/2009.*

***Comunique-se**, com urgência, o teor da presente sentença nos autos do agravo de instrumento n. 5063592-55.2021.8.24.0000.*

*Decorrido o prazo recursal sem interposição de apelação por qualquer das partes, **remetam-se** os autos ao Tribunal de Justiça para o reexame necessário (art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009).*

*Em havendo apelação, **intime-se** a parte Recorrida para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo legal. Caso haja apelação adesiva, **intime-se** a parte então Recorrida para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo legal. Decorrido o prazo, **remetam-se** os autos ao Tribunal de Justiça. Tudo conforme art. 1.010, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC.*

*Após o trânsito em julgado, **arquivem-se**. (grifos do original)*

Inconformado com a prestação jurisdicional, a autoridade apontada como coatora, a tempo e modo, interpôs recurso de apelação.

Nas suas razões, asseverou, em síntese, que “*o subsídio do Desembargador como teto de remuneração dos Procuradores e Defensores Públicos Municipais não é de alinhamento automático, mas sim dependente de lei municipal*”.

Desta forma, argumentou que compete, privativamente, à mesa da Câmara de Vereadores, editar lei que disponha sobre os vencimentos de seus servidores, de modo que, inexistindo normativa nesse sentido, o precedente emanado pelo STF não se aplica à hipótese.

Apresentadas as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Dr.^a Eliana Volcato Nunes, opinando pelo conhecimento e desprovimento tanto do recurso voluntário quanto da remessa necessária.

Vieram conclusos em 01/07/2022.

É o breve relatório.

VOTO

Porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos inconformismos.

Cuida-se de remessa necessária e recurso de apelação, interposto contra sentença que, nos autos do Mandado de Segurança, impetrado por Paulo Sérgio Borges, contra ato acoimado de ilegal supostamente praticado pelo Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Içara, concedeu a ordem, a fim de que, em relação à remuneração do servidor, seja respeitado como teto o subsídio do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça

Com efeito, malgrado as razões lançadas no recurso, ao averiguar o comando judicial hostilizado, não verifiquei o desacerto na decisão.

Isso porque, aos 22/08/2019, foi publicado acórdão nos autos do RE n. 663.696/MG, de relatoria do Exmo. Sr. Min. Luiz Fux, fixando o Supremo Tribunal Federal as seguintes teses quanto ao Tema 510/STF da repercussão geral:

DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL ACERCA DO TETO APLICÁVEL AOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E NÃO DO PREFEITO. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.

2. O teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao thema decidendum, preservar as funções essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário.

3. Os Procuradores do Município, conseqüentemente, devem se submeter, no que concerne ao teto

remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da Constituição da República.

4. A hermenêutica que exclua da categoria “Procuradores” - prevista no art. 37, XI, parte final, da CRFB/88 - os defensores dos Municípios é inconstitucional, haja vista que *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*.

5. O termo “Procuradores”, na axiologia desta Corte, compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz que a mesma *ratio legitima*, por seu turno, a compreensão de que os procuradores municipais, também, estão abrangidos pela referida locução. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE 562.238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 17.04.2013; RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 18.03.2011.

6. O texto constitucional não compele os Prefeitos a assegurarem aos Procuradores municipais vencimentos que superem o seu subsídio, porquanto a lei de subsídio dos procuradores é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo municipal, *ex vi* do art. 61, §1º, II, “c”, da Carta Magna.

7. O Prefeito é a autoridade com atribuição para avaliar politicamente, diante do cenário orçamentário e da sua gestão de recursos humanos, a conveniência de permitir que um Procurador do Município receba efetivamente mais do que o Chefe do Executivo municipal.

8. As premissas da presente conclusão não impõem que os procuradores municipais recebam o mesmo que um Desembargador estadual, e, nem mesmo, que tenham, necessariamente, subsídios superiores aos do Prefeito.

9. O Chefe do Executivo municipal está, apenas, autorizado a implementar, no seu respectivo âmbito, a mesma política remuneratória já adotada na esfera estadual, em que os vencimentos dos Procuradores dos Estados têm, como regra, superado o subsídio dos governadores.

10. *In casu*, (a) o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença favorável à associação autora para julgar improcedentes os pedidos, considerando que o art. 37, XI, da Constituição da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 41/03, fixaria a impossibilidade de superação do subsídio do Prefeito no âmbito do Município; (b) adaptando-se o acórdão recorrido integralmente à tese fixada neste Recurso Extraordinário, resta inequívoco o direito da Recorrente de ver confirmada a garantia de seus associados de terem, como teto remuneratório, noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

11. Recurso extraordinário Provido

TESE DA REPERCUSSÃO GERAL: A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (RE n. 663.696/MG, rel. Min. Luiz Fux, DJe 22-8-2019; sublinhou-se).

Extrai-se da doutrina de Lucas Rocha Furtado, sobre o assunto:

[...] no âmbito dos Municípios nenhuma remuneração, subsídio, pensão etc. -- à exceção do subsídio dos procuradores municipais -- poderá ultrapassar o subsídio dos prefeitos [...] Aos membros do Ministério Público e aos defensores públicos estaduais, bem como aos procuradores estaduais ou municipais, o teto aplicável corresponde ao valor fixado como subsídio para os desembargadores estaduais. A rigor, em

relação aos procuradores municipais, poder-se-ia indagar se o teto aplicável seria o subsídio dos prefeitos ou dos desembargadores. Em razão de o texto constitucional não ter feito qualquer menção ou distinção entre procuradores estaduais e municipais («aplicável esse limite» -- correspondente ao subsídio dos desembargadores -- «aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos»), parece-nos mais correto interpretar este trecho do citado inciso XI no sentido de que os procuradores municipais não se sujeitam ao subsídio dos prefeitos, mas ao dos desembargadores» (Curso de direito administrativo, Belo horizonte: Fórum, 2007, p. 921- 922) (grifou-se)

Desta Corte de Justiça, destaco a jurisprudência pacífica:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. PROCURADOR MUNICIPAL. APOSENTADORIA. TETO CONSTITUCIONAL. SUBSÍDIO DE DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E NÃO DE PREFEITO. FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA. EXEGESE DO ART. 37, XI, DA CF/1988. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO TEMA 510 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

“1. Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.”2. O teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao thema decidendum, preservar as funções essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário.”3. Os Procuradores do Município, conseqüentemente, devem se submeter, no que concerne ao teto remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da Constituição da República.”4. A hermenêutica que exclua da categoria ‘Procuradores’ - prevista no art. 37, XI, parte final, da CRFB/88 - os defensores dos Municípios é inconstitucional, haja vista que ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet.”5. O termo ‘Procuradores’, na axiologia desta Corte, compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz que a mesma ratio legitima, por seu turno, a compreensão de que os procuradores municipais, também, estão abrangidos pela referida locução. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE 562.238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 17.04.2013; RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 18.03.2011.”6. O texto constitucional não compele os Prefeitos a assegurarem aos Procuradores municipais vencimentos que superem o seu subsídio, porquanto a lei de subsídio dos procuradores é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo municipal, ex vi do art. 61, §1º, II, “c”, da Carta Magna.”7. O Prefeito é a autoridade com atribuição para avaliar politicamente, diante do cenário orçamentário e da sua gestão de recursos humanos, a conveniência de permitir que um Procurador do Município receba efetivamente mais do que o Chefe do Executivo municipal.”8. As premissas da presente conclusão não impõem que os procuradores municipais recebam o mesmo que um Desembargador estadual, e, nem mesmo, que tenham, necessariamente, subsídios superiores aos do Prefeito.”9. O Chefe do Executivo municipal está, apenas, autorizado a implementar, no seu respectivo âmbito, a mesma política remuneratória já adotada na esfera estadual, em que os vencimentos dos Procuradores dos Estados têm, como regra, superado o subsídio dos governadores.”10. In casu, (a) o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença favorável à associação autora para julgar improcedentes os pedidos, considerando que o art. 37, XI, da Constituição da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 41/03, fixaria a impossibilidade de superação do subsídio do Prefeito no âmbito do Município; (b) adaptando-se o acórdão recorrido integralmente à tese fixada neste Recurso Extraordinário, resta inequívoco o direito da Recorrente

de ver confirmada a garantia de seus associados de terem, como teto remuneratório, noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”11. Recurso extraordinário Provido.”TESE DA REPERCUSSÃO GERAL: A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal” (RE n. 663.696/MG, rel. Min. Luiz Fux, DJe 22-8-2019).

(TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 5022632-56.2019.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 27-07-2021).

Assim, o procurador municipal exerce função essencial à justiça, conforme disposição constitucional, e, por conseguinte, submete-se ao teto do subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do vencimento mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 37, XI, da CF/1988.

Não merece prosperar, ainda, a tese de que a ausência de legislação local afaste a aplicação do entendimento paradigmático, mormente porque a limitação encontra disposição constitucional, cuja norma é de eficácia plena, sendo desnecessário, portanto, tecer maiores digressões neste particular.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário a da remessa necessária, para desprovê-los, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR KNOLL, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2472879v15** e do código CRC **86af7355**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JÚLIO CÉSAR KNOLL

Data e Hora: 3/8/2022, às 11:21:7

APELAÇÃO Nº 0005403-02.2014.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIME RAMOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU)

APELADO: JEFERSON WILIAN MITTERSTEIN (AUTOR)

EMENTA

ACIDENTE DE TRABALHO. PLEITO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO JULGADO IMPROCEDENTE. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA QUE HAVIA GARANTIDO O RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DO PROCESSO. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. PARCELAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ. IRRELEVÂNCIA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO, NOS MOLDES DA TESE JURÍDICA REVISADA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO TEMA 692. RECURSO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, em revisão, confirmou a tese jurídica do Tema 692 e atualizou sua redação nos seguintes termos: “A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.” (STJ, Pet 12482/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 11.05.2022). A quantia a repetir deverá ser liquidada nos próprios autos e o desconto mensal não excedente ao percentual acima definido poderá incidir, no âmbito administrativo, sobre a importância de benefício ativo atual ou futuro, vedada a cobrança mediante constrição de bens do segurado no mesmo processo.

ACÓRDÃO

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 determinar o prosseguimento do cumprimento provisório de sentença, e reconhecer o direito à devolução das verbas que pagou ao segurado a título de benefício implantado por força da antecipação de tutela que acabou revogada, mediante liquidação do montante nos próprios autos e desconto, no âmbito administrativo, de até 30% (trinta por cento) da importância de benefício ativo, atual ou futuro, nos moldes da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Na Comarca de Joinville, Jefferson Wilian Mitterstein ajuizou ação acidentária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sustentando que, em virtude das suas atividades cotidianas, especialmente pela necessidade do uso de extrema força física e movimentos de repetição, passou a sofrer da síndrome do manguito rotador do ombro direito; que, em razão das moléstias adquiridas no labor habitual, o INSS deferiu, por certo período, o benefício de auxílio-doença, cessando seus efeitos em 08.10.2013; que, todavia, em decorrência do agravamento da moléstia, encontra-se incapacitado para o exercício de suas funções, razão pela qual requereu o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez. Alternativamente pleiteou a concessão do auxílio-acidente. Requereu a antecipação da tutela.

Foi deferida a antecipação parcial da tutela, para determinar ao INSS que proceda à implantação do benefício de auxílio-doença em favor do autor. Foi deferida a realização de prova pericial e nomeado o perito.

Citado, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contestou arguindo 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.

O laudo foi juntado e as partes sobre ele se manifestaram.

Foi determinada a complementação da perícia judicial.

Após a apresentação do laudo pericial, foi revogada a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Sentenciando, o digno Magistrado julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, determinando que o INSS reconheça a natureza ocupacional da moléstia e converta o benefício de auxílio-doença previdenciário em acidentário. Confirmou, ainda, a decisão que revogou os efeitos da tutela antecipada.

Em cumprimento de sentença, o INSS requereu a devolução dos valores pagos a título de tutela de urgência posteriormente revogada.

Ao indeferir a petição inicial, o Magistrado de primeiro grau julgou extinto o processo, sob o fundamento de que a autarquia previdenciária deixou de comprovar que o segurado esteja, atualmente, recebendo qualquer benefício, devendo ficar suspensa a cobrança até que “novo benefício seja implantado em favor do segurado, a possibilitar o desconto fracionado”.

O INSS apelou sustentando que, em face da improcedência do pedido do autor, deve ser restituído à autarquia o valor do auxílio-doença pago em cumprimento da antecipação de tutela.

Após o oferecimento das contrarrazões, os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

Da restituição de valores pagos a título de benefício concedido por força de tutela antecipada depois revogada

Sustenta o INSS que, em face da improcedência do pedido formulado na inicial da ação acidentária, a antecipação provisória dos efeitos da tutela, agora revogada, acarretou prejuízo aos cofres da previdência, de modo que os valores percebidos provisoriamente pelo segurado devem ser restituídos.

Com razão o instituto apelante, no que tange ao seu direito à devolução dos valores pagos por força da antecipação de tutela depois revogada ante a improcedência do pedido inicial.

Tempos atrás o Superior Tribunal de Justiça formou sua jurisprudência no sentido de que eram irrepetíveis as parcelas recebidas pelo segurado do INSS, que geralmente é pessoa de poucos recursos financeiros, a título de benefício previdenciário ou acidentário implantado por força de tutela antecipada, no caso de revogação desta, por se tratar de benefício substitutivo da renda de subsistência familiar, de caráter alimentar, e recebido de boa-fé.

Esses Julgados tinham supedâneo no que dizia o parágrafo único do art. 130, da Lei n. 8.213/1991, na sua redação original anterior à Lei n. 9.528/1997, que assim dizia:

“Art. 130. Os recursos interpostos pela Previdência Social em processo que envolvam prestações desta lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

“Parágrafo único. Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.”

A parte final do “caput” desse artigo e seu parágrafo único foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 675:

“Previdência Social: L. 8.213/91 (Plano de Benefícios): suspensão cautelar, em ação direta, por despacho do Presidente do STF, no curso das férias forenses, da parte final do caput do art. 130 (que determina o cumprimento imediato de decisões relativas a prestações previdenciárias, ainda que na pendência de recursos) e do seu parágrafo único que, na hipótese da reforma da decisão, exonera o beneficiário de ‘restituir os valores recebidos por força da liquidação condicional’: referendium, por voto de desempate, do despacho presidencial.” (STF, ADI 675 MC, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1994, DJ 20-06-1997 PP-28467 EMENT VOL-01874-01 PP-00159).

Esse art. 130 e seu parágrafo único depois foram totalmente alterados pela Lei n. 9.528/1997, passando a ter redação completamente distinta do que até então dizia, de modo que, ainda que tivesse sido considerado constitucional, não mais serve para isentar o segurado da restituição dos valores recebidos por força de tutela antecipada depois revogada.

Diante da multiplicidade de recursos interpostos pelo INSS contra as decisões que negavam a restituição dos valores recebidos pelo segurado por força de tutelas antecipadas depois revogadas, o Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 543-C do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.672/2008, afetou a matéria para julgamento sob a sistemática de recursos repetitivos, acerca do **Tema 692**, no Recurso Especial n. 1.401.560/MT, julgado em 03.09.2014, em que, no acórdão da 1ª Seção publicado no DJe de 13.10.2015, tendo como Relator o Ministro Sérgio Kukina, definiu a seguinte tese jurídica: “*A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.*”

Veja-se a ementa:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO.

*“O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. **Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária.***

*“Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público. **O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição.** Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a ‘contrario sensu’, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava.*

“Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido.”

Abre-se um parêntese para esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 799 de Repercussão Geral (ARE n. 722.421/MG, julgado em 19.03.2015, Relator o Ministro Presidente), afirmou que: «*A questão acerca da devolução de valores recebidos em virtude de concessão de antecipação de tutela posteriormente revogada tem natureza infraconstitucional e a ela atribuem-se*

os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE 584.608, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/3/2009”. Ou seja, a interpretação do Direito aplicável ao caso é de competência do Superior Tribunal de Justiça.

O paradigma vinculante acerca do Tema 692/STJ não estabeleceu os parâmetros para efetivar a devolução dos valores recebidos pelo segurado por força de tutela antecipada depois revogada, mas invocou o art. 115, inciso II, da Lei n. 8.213/1991, cuja redação original (portanto, anterior à Medida Provisória n. 871/2019 e à Lei n. 13.846/2019) diz que “*Podem ser descontados dos benefícios: [...] II - pagamento de benefício além do devido; [...]*”. Ou seja, a repetição ocorreria por meio de descontos em benefício que estivesse ativo em favor do mesmo segurado. Ao repto de que o dispositivo prevê desconto somente para o caso de pagamento de benefício em valor superior ao devido e não em caso de tutela jurisdicional revogada, o Superior Tribunal de Justiça respondeu, ao rejeitar os embargos de declaração opostos contra o acórdão do REsp n. 1.401.560/MT: “*Do texto legal contido no artigo 115 da Lei 8.213/1991, apesar de não expressamente prevista norma de desconto de valores recebidos a título de antecipação da tutela posteriormente revogada, é possível admitir, com base no inciso II e, eventualmente, no inciso VI, o ressarcimento pretendido*”.

Ainda assim, o dispositivo não previa qual o percentual que seria possível descontar mensalmente do benefício, além do que, julgado improcedente o pedido, em geral nenhum benefício estaria em atividade.

Anteriormente à definição do Tema 692, contudo, o próprio Superior Tribunal de Justiça já recomendava o desconto mensal de apenas 10% do valor de benefício que fosse concedido ao segurado que tivesse que devolver quantias recebidas por força de tutela antecipada depois revogada, tomando por analogia o art. 46, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União):

“À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei 8.112/1990) (STJ, REsp n. 1.384.418/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12-6-2013 – corrigido o erro material do número da Lei que constava como 8.213/91).”

Nesse contexto, esta Terceira Câmara de Direito Público passou a decidir que “*restituição em situações desse jaez, entretanto, deve se dar na forma estabelecida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que prevê o abatimento mensal de até 10% dos valores percebidos a título de benefício previdenciário. Corolário lógico, é que na hipótese de o segurado não estar em gozo de qualquer benefício, não haverá possibilidade de restituição imediata da verba*” (TJSC. AC n. 2015.079627-9, de Brusque. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. J. em 08.03.2016).

Paralelamente, a 1ª Câmara de Direito Público deste Tribunal orientava que, *“Muito embora exista saldo em favor da autarquia - que pagou valores por conta da tutela antecipada posteriormente revogada pela sentença de improcedência -, a autora não percebe e nem perceberá mais qualquer espécie de benefício pelos fatos apurados neste processo. Via de consequência, não se pode cogitar de desconto ou restituição de valores, porque nenhum benefício foi mantido em favor do segurado. A possibilidade de encontro de contas pressupõe descontos futuros de parcelas a receber. Se tal situação não se aperfeiçoar, as verbas auferidas por força da tutela antecipatória tornam-se irrepetíveis.”* (TJSC, Apelação Cível n. 2013.078817-3, de Chapecó, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 01-09-2015). Esse acórdão mereceu o aval do Ministro Sérgio Kukina, no Recurso Especial n. 1.714.287/SC, monocraticamente julgado em 09.02.2018.

Este Relator preferiu aditar um esclarecimento: *“Dessa forma, o recurso manejado pelo INSS comporta provimento parcial para tão somente reconhecer o direito à devolução das verbas que pagou ao segurado a título de auxílio-doença, por força da antecipação de tutela, as quais serão apuradas em liquidação de sentença, mas a cobrança respectiva ficará suspensa até que novo benefício seja implantado em favor do autor e que possibilite o desconto fracionado (10%), nos moldes da fundamentação.”* (TJSC, Apelação Cível n. 0303332-13.2016.8.24.0125, de Itapema, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 02-07-2019).

Ou seja, a restituição dos valores recebidos pelo segurado a título de benefício implantado por força de tutela antecipada depois revogada somente seria possível mediante o desconto mensal de até 10% do valor de benefício que estivesse em atividade na época do cumprimento de sentença ou que lhe viesse a ser concedido no futuro.

Em face de novos questionamentos acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça, em 03.12.2018, na Controvérsia n. 51 aberta com a Pet. 12482/DF, propôs a revisão do **Tema 692**, e, em 11.5.2022, a 1ª Seção reafirmou a tese jurídica anteriormente firmada, porém, com atualização redacional. Veja-se o novo texto:

“A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago”.

Extrai-se da ementa do referido julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. PROPOSTA DE REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA REPETITIVO 692/STJ (RESP N. 1.401.560/MT). ART. 927, § 4º, DO CPC/2015. ARTS. 256-S, 256-T, 256-U E 256-V DO RISTJ. DEVOLUÇÃO DE VALORES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR POSTERIORMENTE REVOGADA. ADVENTO DE NOVA LEGISLAÇÃO. ART. 115, INC. II, DA LEIN. 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEIN. 13.846/2019. TEMA N. 799/STF (ARE 722.421/MG): POSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM JULGADA NO SENTIDO DA REAFIRMAÇÃO, COM AJUSTES REDACIONAIS, DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA REPETITIVO N. 692/STJ.

“1. A presente questão de ordem foi proposta com a finalidade de definir se o entendimento firmado no Tema Repetitivo 692/STJ (REsp n. 1.401.560/MT) deve ser reafirmado, alterado ou cancelado, diante da variedade de situações que ensejam dúvidas quanto à persistência da orientação firmada pela tese repetitiva referida, bem como à jurisprudência do STF, estabelecida em sentido contrário, mesmo que não tendo sido com repercussão geral ou em controle concentrado de constitucionalidade.

“2. O CPC/1973 regulamentava a matéria de forma clara, prevendo, em resumo, que a efetivação da tutela provisória corre por conta do exequente, e a sua eventual reforma restituiria as partes ao estado anterior à concessão, o que obrigaria o exequente a ressarcir eventuais prejuízos sofridos pelo executado. A mesma lógica foi mantida pelo legislador do CPC/2015. Por conta disso que sempre se erigiu como pressuposto básico do instituto da tutela de urgência a reversibilidade dos efeitos da decisão judicial.

“3. O debate surgiu especificamente no que tange à aplicação de tal regulamentação no âmbito previdenciário. Ou seja, discutia-se se as normas específicas de tal área do direito trariam solução diversa da previsão de caráter geral elencada na legislação processual.

“4. A razão histórica para o surgimento dessa controvérsia na área previdenciária consiste na redação original do art. 130 da Lei n. 8.213/1991, o qual dispunha que: ‘Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos’. Nos idos de 1997, a Lei n. 9.528 alterou completamente a redação anterior, passando a valer a regra geral do CPC, na ausência de norma especial em sentido contrário no âmbito previdenciário.

“5. A partir de então, começou a amadurecer a posição no sentido da necessidade de devolução dos valores recebidos em caso de revogação da tutela antecipada, o que redundou, em 2014, no entendimento vinculante firmado pelo STJ no Tema Repetitivo 692 (REsp n. 1.401.560/MT): ‘A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.’

“6. Em 2018, esta Relatoria propôs a questão de ordem sob exame, diante da variedade de situações que ensejam dúvidas quanto à persistência da orientação firmada pela tese repetitiva referida, bem como à existência de alguns precedentes em sentido contrário no STF, mesmo não tendo sido com repercussão geral ou em controle concentrado de constitucionalidade.

“7. À época, o art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991 que regulamenta a matéria no direito previdenciário trazia redação que não era clara e direta como a da legislação processual, uma vez que não referia expressamente a devolução de valores recebidos a título de antecipação dos efeitos da tutela posteriormente revogada. Tal fato, aliás, não passou despercebido pela Primeira Seção ao rejeitar os EDcl no REsp n. 1.401.560/MT fazendo menção a tal fato.

“8. Foi essa redação pouco clara que gerou dúvidas e terminou ocasionando, em 2018, a propositura da questão de ordem ora sob julgamento.

“9. A Medida Provisória n. 871/2019 e a Lei n. 13.846/2019, entretanto, trouxeram uma reformulação da legislação previdenciária, e o art. 115, inc. II, passou a não deixar mais qualquer dúvida: Na hipótese de cessação do benefício previdenciário ou assistencial pela revogação da decisão judicial que determinou a sua implantação, os valores recebidos devem ser devolvidos à parte adversa.

“10. Se o STJ quando a legislação era pouco clara e deixava margem a dúvidas já tinha firmado o entendimento vinculante no Tema Repetitivo 692/STJ, não é agora que deve alterar sua jurisprudência, justamente quando a posição da Corte foi sufragada expressamente pelo legislador reformador ao regulamentar a matéria.

“11. Trata-se, pois, de observância de norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, a meu sentir, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza.

“12. Ademais, a postura de afastar, a pretexto de interpretar, sem a devida declaração de inconstitucionalidade, a aplicação do art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991 pode ensejar questionamentos acerca de eventual inobservância do art. 97 da CF/1988 e, ainda, de afronta ao verbete vinculante n. 10 da Súmula do STF.

“13. O STF adota o posicionamento referido em algumas ações originárias propostas (na maioria, mandados de segurança) em seu âmbito. Porém, não o faz com caráter de guardião da Constituição Federal, mas sim na análise concreta das ações originárias. A maioria dos precedentes do STF não diz respeito a lides previdenciárias e, além disso, são todos anteriores às alterações inseridas no art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991. Na verdade, atualmente o STF vem entendendo pela inexistência de repercussão geral nessa questão, por se tratar de matéria infraconstitucional, como se verá adiante.

“14. O que se discute no caso em tela é a interpretação de artigo de lei federal, mais especificamente, o art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991 e vários dispositivos do CPC/2015. Assim, vale o entendimento do STJ sobre a matéria, pois, segundo o art. 105 da Carta Magna, é esta Corte a responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional no país.

“15. A propósito, o STF, ao julgar o Tema 799 da Repercussão Geral (ARE 722.421/MG, j. em 19/3/2015), já firmou expressamente que a questão não é constitucional e deve, portanto, ser deslindada nos limites da legislação infraconstitucional, o que foi feito com bastante clareza pelo legislador ao trazer a nova redação do art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/1991. No mesmo sentido, vide o RE 1.202.649 AgR (relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 20/12/2019), e o RE 1.152.302 AgR (relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 28/5/2019).

“16. Ao propor a questão de ordem, esta Relatoria citou as seguintes particularidades processuais que supostamente seriam aptas a ensejar uma consideração específica quanto à possibilidade de revisão do entendimento firmado no Tema 692/STJ: a) tutela de urgência concedida de ofício e não recorrida; b) tutela de urgência concedida a pedido e não recorrida; c) tutela de urgência concedida na sentença e não recorrida, seja por agravo de instrumento, na sistemática processual anterior do CPC/1973, seja por pedido de suspensão, conforme o CPC/2015; d) tutela de urgência concedida initio litis e não recorrida; e) tutela de urgência concedida initio litis, cujo recurso não foi provido pela segunda instância; f) tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância; g) tutela de urgência concedida em primeiro e segundo graus, cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então existente.

“17. Quanto a elas, note-se que se trata basicamente do momento em que foi concedida e/ou revogada a tutela de urgência, se logo no início do feito, se na sentença, se na segunda instância, ou se apenas no STF ou no STJ. A ideia subjacente é que, em algumas hipóteses, a tutela de urgência já estaria, de certa forma, incorporada ao patrimônio jurídico da parte autora, e sua revogação poderia resultar em injustiça no caso concreto.

“18. Tais situações, entretanto, são tratadas pela lei da mesma forma, não merecendo distinção do ponto de vista normativo. Ou seja, em qualquer desses casos, a tutela de urgência não deixa de ser precária e passível de modificação ou revogação a qualquer tempo, o que implicará o retorno ao estado anterior à sua concessão.

“19. Situação diversa é a da tutela de urgência cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então dominante. Nesses casos, a superação do precedente deverá ser acompanhada da indispensável modulação dos efeitos, a juízo do Tribunal que está promovendo a alteração jurisprudencial, como determina o art. 927, § 3º, do CPC. Assim, como diz a norma, o próprio juízo de superação “de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos” deve ser acompanhado da modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Dessa forma, uma eventual guinada jurisprudencial não resultará, em princípio, na devolução de valores recebidos por longo prazo devido à cassação de tutela de urgência concedida com base em jurisprudência dominante à época em que deferida, bastando que o tribunal, ao realizar a superação, determine a modulação dos efeitos.

“20. Por fim, não há que se falar em modulação dos efeitos do julgado no caso em tela, uma vez que não se encontra presente o requisito do art. 927, § 3º, do CPC. Isso porque, no caso sob exame, não houve alteração, mas sim reafirmação da jurisprudência dominante do STJ.

“21. Questão de ordem julgada no sentido da reafirmação da tese jurídica, com acréscimo redacional para ajuste à nova legislação de regência, nos termos a seguir: “A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.” (Pet n. 12.482/DF, relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/5/2022, DJe de 24/5/2022).

O acréscimo redacional do enunciado da tese jurídica do Tema 692/STJ decorre das alterações efetuadas na redação do art. 115, da Lei 8.213/91, pela Medida Provisória n. 871/2019 convertida na Lei 13.846, de 18 de junho de 2019, ‘*verbis*’:

“Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

“I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;

“II - pagamento administrativo ou judicial de benefício previdenciário ou assistencial indevido, ou além do devido, inclusive na hipótese de cessação do benefício pela revogação de decisão judicial, em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da sua importância, nos termos do regulamento; [...]”

Vale dizer, a partir da publicação do acórdão concernente à revisão do Tema 692/STJ já é possível aplicar a nova roupagem do paradigma vinculante a todos os processos em andamento ou que estavam sobrestados (art. 1.040 do Código de Processo Civil), para se determinar que sejam restituídos ao INSS os valores pagos a título de benefício concedido por força de tutela antecipada que depois veio a ser revogada, no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o valor de benefício mensal em atividade em favor do mesmo segurado.

Para chegar a esse veredicto o eminente Relator lembrou dispositivos processuais citados no acórdão da primeira definição e aditou outros, tanto do Código de Processo Civil de 1973 quanto do Código de Processo Civil de 2015, como se vê adiante, com seus comentários:

DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973:

“Art. 273. (...).

“§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

“Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

“I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

“II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;”

“Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

“(…).

“III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;”

DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

“Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

“Art. 300. (…).

“§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

“I - a sentença lhe for desfavorável;

“(…).

“III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;”

“Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

“I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

“II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

“(…).

“§ 5º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.”

“[...]

“Sobre o ponto, trago a doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 347):

“É natural que, por ser provisória a eficácia do provimento cautelar, preocupe-se o legislador com sua reversibilidade, principalmente quanto àqueles de conteúdo antecipatório. Daí a advertência do art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil, devendo o julgador cercar-se de todo o cuidado possível para não antecipar efeitos que não possam ser revertidos.”

“Ainda acerca do tema, colaciono lição de André Roque (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentários ao Código de Processo Civil de 2015. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 770):

“Não há cumprimento provisório de sentença que seja deflagrado de ofício. E isso por uma razão muito simples: é que, em caso de reforma ou anulação da decisão que serve de título executivo judicial (em que pese o art. 520, I, aludir apenas à “reforma” da sentença), o exequente será objetivamente responsável por reparar os danos que o executado haja sofrido. Não faria sentido que um procedimento que pode ensejar a responsabilidade do exequente pudesse ser iniciado sem a sua iniciativa, sem que tivesse havido um ato voluntário de submissão ao regime da execução provisória. 3.1. Outra regra específica do cumprimento provisório de sentença é que, em caso de modificação ou anulação da decisão que serve de título executivo judicial, ficam sem efeito os atos executivos praticados, devendo as partes serem restituídas ao estado anterior.” (grifou-se)

“[...]”

“Com o advento da nova redação trazida pela MP n. 871/2019 e pela Lei n. 13.846/2019, o art. 115, inc. II, da Lei n. 8.213/91 não deixa mais qualquer dúvida: Na hipótese de cessação do benefício previdenciário ou assistencial pela revogação da decisão judicial que determinou a sua implantação, os valores recebidos devem ser devolvidos à parte adversa.

“[...]”

Observa-se, então, que a revogação da tutela antecipada, em face do reconhecimento, pelo Juízo, da inexistência de direito ao benefício previdenciário ou acidentário encartado naquele provimento provisório, obriga o segurado a restituir ao INSS os valores que recebeu indevidamente a tal título, mediante o desconto de até 30% (trinta por cento) da importância de benefício que ainda lhe esteja sendo pago.

A liquidação da quantia a ser devolvida deverá ser feita nos próprios autos, nos moldes do que autoriza o art. 520 do Código de Processo Civil de 2015, devendo o INSS apresentar os cálculos respectivos. A respeito, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça (“apud” TJSC, Agravo de Instrumento n. 4036054-24.2018.8.24.0000, Rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, j. 31.05.2022; e AC n. 0301443-90.2016.8.24.0103, Rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, j. 05-07-2022):

A expressão desconto “*da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago*” contida no enunciado o Tema 692/STJ gera uma certa perplexidade, na medida em que pode ser interpretada no sentido de que o desconto somente pode ser feito, na fase de cumprimento de sentença para a repetição do indébito, se houver um benefício em atividade naquele momento. Mas isso dificilmente ocorrerá, pois o benefício buscado na ação foi negado pelo Juízo e, a menos que haja uma concessão administrativa, não há outro benefício em que se possa forrar a autarquia.

Então, a interpretação que se deve dar à redação atual do Tema 692/STJ é no sentido de que o desconto mensal de até 30% (trinta por cento), após a liquidação nos próprios autos da ação, poderá ser feito sobre a importância referente tanto a um benefício que estiver ativo quando do cumprimento da sentença, quanto de benefício futuro, tal como já vinha sendo determinado por este Tribunal.

Diante da limitação imposta pela Corte Especial com base no art. 115, inciso II, da Lei n. 8.213/1991, não é possível cogitar-se de cobrança do valor da repetição do indébito mediante

construção de bens do segurado, como bem considerou o eminente Des. Sandro José Neis, desta Terceira Câmara de Direito Público, na Apelação n. 0302344-56.2015.8.24.0018, j. 02-08-2022. Ou seja, não é possível a cobrança nos próprios autos, mas apenas a liquidação do valor a ser repetido na forma do Tema 692/STJ.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso do INSS para determinar o prosseguimento do cumprimento provisório de sentença, e reconhecer o direito à devolução das verbas que pagou ao segurado a título de benefício implantado por força da antecipação de tutela que acabou revogada, mediante liquidação do montante nos próprios autos e desconto, no âmbito administrativo, de até 30% (trinta por cento) da importância de benefício ativo, atual ou futuro, nos moldes da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **JAIME RAMOS, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2702950v4** e do código CRC **ee67fa75**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIME RAMOS

Data e Hora: 18/10/2022, às 10:48:7

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0303517-47.2017.8.24.0018/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO LEPPER

APELANTE: MARANA PAULA STRAPASSON ARAUJO (AUTOR)

APELADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (RÉU)

APELADO: ASSOCIACAO HOSPITALAR LENOIR VARGAS FERREIRA (RÉU)

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CALCADO EM DITO ERRO MÉDICO – AUTORA QUE AFIRMA QUE, DURANTE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE CESÁREA, FOI ESQUECIDA GAZE DENTRO DA SUA CAVIDADE UTERINA, O QUE SÓ TERIA SIDO PERCEBIDO POR ELA QUANDO TRANSCORRIDOS QUASE DOIS MESES DO PROCEDIMENTO MÉDICO – CAMPOS CIRÚRGICOS (VAGINAL E ABDOMINAL) QUE NÃO SE CONVERSAM – CADERNO PROBATÓRIO QUE NÃO DÁ MOSTRAS DA INSERÇÃO DE GAZE NO CANAL VAGINAL DA APELANTE, CUJO MATERIAL FOI INTRODUZIDO DE FORA PARA DENTRO – MULHER QUE NÃO APRESENTAVA QUADRO INFECCIOSO MESMO APÓS O LONGO TEMPO EM QUE TERIA PERMANECIDO COM O CORPO ESTRANHO OCULTO EM SUAS ENTRANHAS – USO DE ANTIBIÓTICO, EM TORNO DE 7 DIAS, QUE, APÓS ALGUM TEMPO, NÃO SERIA CAPAZ DE EVITAR A MANIFESTAÇÃO BACTERIANA DEFLUENTE DO PERMANENTE CONTATO COM A RES ALIENÍGENA – NEXO DE CAUSALIDADE INCONVINCENTE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA IRREPROCHÁVEL – RECURSO DESPROVIDO

Não identificada a relação de causa (suposto esquecimento de compressa, em canal vaginal, só extraída quando transcorridos quase dois meses da realização de parto cesárea) e efeito (mau cheiro e risco de morte defluente da errática conduta médica), não há chance de luzir a pretensão à indenização por danos morais. Diz-se isso não só porque dos documentos enxertados não resplandesce a ideia, nem há registro da manipulação, durante a realização de parto cesárea, do canal vaginal - campo distinto do abdominal por onde foi extraído o bebê -, mas porque não é crível supor, numa concepção propedêutica ou empírica, que a mulher poderia ter permanecido, por quase 60 dias, com gaze entranhada no canal uterino sem desde logo emanar odor fétido, tampouco apresentar, com o passar do tempo, quadro infeccioso defluente desta *strange thing*.

ACÓRDÃO

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 o recurso, por tempestivo, e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 07 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **MARANA PAULA STRAPASSON ARAÚJO** contra sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó, na qual foi julgado improcedente o pedido autoral. Expôs que as testemunhas auscultadas na audiência de instrução e julgamento integram o corpo médico da **ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR LENOIR VARGAS FERREIRA** e que, na sua ótica, os relatos destas pessoas não podem servir de escora para comprovar que não houve erro médico.

Reforçou que, em consulta médica ginecológica realizada 60 dias após a realização de parto cesárea, identificou-se compressa inserida em sua cavidade uterina, o que gerava-lhe desconforto, além de provocar intenso odor fétido. Esclareceu que, por fazer uso de antibiótico, não manifestou figadal quadro infeccioso. Requereu a reforma da sentença para que os apelados sejam condenados no pagamento de indenização por danos morais, estimando-os em R\$ 50.000,00.

Ao contrarrazoar, a Associação Hospitalar Lenoir Vargas Ferreira venceu na ausência de ato ilícito que possa ser atribuído à sua equipe médico-hospitalar, acrescentando que não há anotação, no prontuário médico da apelante, da inserção de compressa na cavidade uterina de Marana. Ressaltou que é impossível que ela pudesse ter permanecido por tanto tempo com a gaze em seu corpo sem que desenvolvesse qualquer quadro de infecção.

Apesar de intimado a fazê-lo, o Estado de Santa Catarina deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

A responsabilidade civil da Associação Hospitalar Lenoir Vargas Ferreira é objetiva, dispensando, assim, indagação sobre a culpa ou dolo daquele que, em seu nome, haja atuado, nos termos do que dispõe o artigo 37, § 6º, da Carta Magna (neste sentido: STF – Recurso Extraordinário nº 175739/SP, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26.10.98; STF – Recurso Extraordinário nº 179147/SP, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 12.12.97). Além disso, o estabelecimento hospitalar responde, independente de culpa, pelos danos causados em razão de falha dos serviços prestados (CDC, art. 14), desonerando-se do dever de indenizar apenas se comprovar a ausência de nexo causal entre o fato que lhe é imputado e os supostos danos experimentados pelo paciente.

Em relação ao corrêu, **“a responsabilidade do Estado por erro médico é, em regra, subjetiva, sendo indispensável a prova de que, por inobservância do dever de cuidado objetivo, os profissionais de saúde do Poder Público deixaram de adotar as técnicas adequadas para o melhor tratamento da saúde dos pacientes. Além disso, é necessária a demonstração do nexo**

de causalidade entre a omissão administrativa e o dano” (TJDFT – Apelação Cível nº 0001133-41.2011.8.07.0018, de Brasília, 4ª Turma Cível, unânime, rel. Des. Arnaldo Camanho, julgada em 14.12.2016).

Extrai-se dos autos que, em 08.12.2016, Marana Paula Strapasson Araújo dirigiu-se à Associação Hospitalar Lenoir Vargas Ferreira para submeter-se a parto cesárea. Findo o referido procedimento médico, em 11.12.2016 a puérpera recebeu alta médica (Evento 1, INF10 dos autos de origem).

Em 29.01.2017, quase 60 dias após a realização do prefalado procedimento, Marana retornou à mesma unidade hospitalar queixando-se de corpo estranho na vulva, há 6 dias, exalando odor fétido e reclamando de disúria (Evento 1, INF 20 dos autos de origem; grifei). Após avaliação ginecológica, foi retirada compressa da cavidade uterina, sendo que o colo uterino e a parede vaginal da examinada não apresentavam alteração. Prescrito antibiótico, Marana foi liberada (Evento 1, INF21 dos autos de origem).

É incontroverso que foi extraída compressa do canal vaginal da demandante, cujo material não se encontrava aderido à parede do útero. Enquanto ela afirma que a gaze foi esquecida em suas entranhas durante a realização do parto cesárea, os apelados alardeiam a impossibilidade disso ter acontecido porque consistem campos cirúrgicos diversos (canal vaginal e intersecção abdominal, este por onde foi extraído o feto) e que não foi utilizado gaze pequena ao longo da realização da intervenção cirúrgica.

Abstraida a invocação do *esprit de corps*, os médicos auscultados na audiência de instrução e julgamento disseram, sem pestanejar, que não havia razão para inserir-se gaze, no canal vaginal da parturiente, porque ela foi submetida a parto cesárea, haja vista que, nesse tipo de procedimento, não há o emprego de compressa no canal uterino ou no abdômen. Segundo os profissionais ouvidos em Juízo, nestes casos sequer há a manipulação da vagina para que não haja contaminação do campo cirúrgico (abdômen). Esses galenos disseram-se estupefatos pelo relato da autora porque tanto tempo (55 dias) com um corpo estranho no interior da vagina pode, inclusive, ser fatal porque a pessoa, por certo, desenvolveria algum quadro infeccioso. Registraram ainda que os antibióticos orais que haviam sido prescritos à paciente não eram capazes de impedir quadro de infecção vaginal (Raulério de Campos Papini e Cássio Daniel Kirchner da Cruz – Evento 71 dos autos de origem).

Maria Telesca Valente, que procedeu à extração do corpo estranho, frisou que a suposta compressa foi inserida de fora para dentro, que provocava mau cheiro, porém sem quadro infeccioso (Evento 71 dos autos de origem).

No relatório dos materiais utilizados durante o procedimento de cesárea, constam três gazes grandes (Evento 1, INF14 dos autos de origem), todas utilizadas para cobrir o campo cirúrgico (vide depoimentos de Evento 71 dos autos de origem), indicativo de que não havia material residual (gaze pequena) que pudesse ter sido inserido na cavidade uterina da parturiente para barrar eventual sangramento.

Durante o pós operatório, a apelante apresentou sangramento em média e em pouca quantidade, tido como normais no puerpério, em situação na qual não era necessário o uso de

compressa (Evento 1, INF10 dos autos de origem), sendo que isso acontece porque o “*útero está no processo de volta ao tamanho normal. Durante esse processo o útero expelle todo o sangue que revestia o útero durante a gestação e em média dura de 3 a 6 semanas, dependendo de cada mulher*” (<https://www.trocandofraldas.com.br/sangramento-pos-parto>, acesso em 23.06.2022). Esse sangramento “*é composto por sangue, muco e restos de tecido do útero e à medida que o útero contrai e volta ao tamanho normal, a quantidade de sangue que se perde vai diminuindo e a sua cor vai se tornando cada vez mais clara até que desapareça completamente*” (<https://www.tuasaude.com/sangramento-no-pos-parto/>, acesso em 23.06.2022). Estima-se que, nesse período, a puérpera chega a perder até 1.500 ml de sangue (www.clinicafgo.com.br/obstetricia/o-pos-parto, acesso em 23.06.2022).

Vale o destaque de que, no atendimento prestado à recorrente, em **20.12.2016**, ou seja, 12 dias após a realização do parto, consta anotado no prontuário que o corpo de Marana **não exalava odor** putrefato (Evento 56 dos autos de origem), cheiro que só foi sentido em 29.01.2017, ou seja, quando transcorridos quase dois meses após a realização da cesárea (Evento 1, INF20 dos autos de origem, grifei).

Foi reconhecido como verdade ficta num processo que tramitou na comarca de Joinville (ação indenizatória deflagrada contra o Estado de Santa Catarina, em processo que recebeu o nº 0052130-24.2011.8.24.0038) que, por causa do esquecimento de uma gaze no canal uterino, uma mulher, quando transcorridos apenas cinco dias dela ter se submetido a parto normal, além de secreção escura pela vagina, exalava cheiro nauseabundo, transmitindo sensação de repugnância aos que a visitavam em sua casa.

O médico Raulério de Campos Papini, ouvido em juízo, contou que, em dada ocasião, atendeu uma jovem que, **sponte sua**, havia inserido algodão no canal vaginal no afã de inibir a menstruação. O que ela conseguiu com isso é que, depois de 15 dias, ninguém conseguia ficar próximo dela tamanho era o fedor que ela exalava do canal vaginal (Evento 71 dos autos de origem). Para esse profissional, não há chance duma mulher permanecer com gaze no canal vaginal, por quase dois meses, sem exalar cheiro putrefato. Para além disso, causa espécie que a autora não tenha manifestado quadro infeccioso depois dos 7 dias em que permaneceu tomando antibióticos, o que começou a fazer, no pós-operatório, em **20.12.2016** (Evento 56, INF95 dos autos de origem).

Como bem salientou o juiz Marcio Rocha Cardoso, “*a médica Maria Telesca Valente, que atendeu a autora naquela segunda oportunidade junto ao HRO, afirmou em seu depoimento que, pelo estado em que se encontrava, não tinha como afirmar que o corpo estranho retirado da autora era, de fato, uma compressa. A prova dos autos, pois, não revela que o tal corpo estranho retirado do organismo da autora era, de fato, uma compressa, tampouco que tinha origem na cesárea realizada nas dependências do estabelecimento hospitalar*” (Evento 81 dos autos de origem).

Ausente, portanto, a demonstração do nexo de causalidade entre a causa informada e o resultado danoso, a pretensão indenizatória estará fadada ao insucesso (veja-se, a propósito: TJSC – Apelação Cível nº 0301622-28.2016.8.24.0037, de Joaçaba, Quinta Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Wilson Fontana, j. em 28.09.2021). De fato, “**indemonstrado nos autos qualquer erro no atendimento médico prestado ao autor nas dependências do nosocômio, mostra-se inviável o**

reconhecimento do dever de indenizar” (TJRS – Apelação Cível nº 70059609248, de Porto Alegre, Décima Câmara Cível, unânime, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. em 29.05.2014; TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.04.261400-8/002, de Belo Horizonte, 12ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. José Flávio de Almeida, j. em 20.08.2015; TJSC – Apelação Cível nº 2009.025705-3, de Lauro Müller, Primeira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 30.10.2012).

Desprovido o recurso da autora/recorrente, majoro, em 1% sobre o valor atualizado da causa, os honorários recursais (CPC, art. 85, § 11), os quais, somados aos 10% já estipulados em primeiro grau de jurisdição, totalizam 11%, cuja obrigação, entretanto, ficará suspensa até que se comprove que a devedora poderá adimpli-la sem prejuízo do sustento próprio e o da família (CPC, art. 98, § 3º; TJSC – Apelação Cível nº 0903440-63.2010.8.24.0008, de Blumenau, Quarta Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, j. em 03.02.2022).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer o recurso, por próprio e tempestivo, e negar-lhe provimento

Documento eletrônico assinado por **ROBERTO LEPPER, Juiz de Direito Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2425007v63** e do código CRC **55fca1e1**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROBERTO LEPPER

Data e Hora: 8/7/2022, às 17:50:42

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº 5000600-54.2019.8.24.0218/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO LEPPER

APELANTE: ALESSANDRO PEREIRA MARQUES (AUTOR)

APELANTE: SABRINA ROTELLA (AUTOR)

APELANTE: MUNICÍPIO DE VARGEM BONITA (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL – MORTE DE BEBÊ EM CRECHE MUNICIPAL – PETIZ QUE, APÓS A INGESTÃO DE FORMULA INFANTIL, NÃO FOI VIGIADO ENQUANTO DORMIA – PROFISSIONAIS DE EDUCAÇÃO INFANTIL QUE NÃO HAVIAM SIDO PREPARADAS PARA A REALIZAÇÃO DE PRIMEIROS SOCORROS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – DEVER DE INDENIZAR – PENSÃO MENSAL QUE DEVE SER LIMITADA À DATA EM QUE A VÍTIMA VIESSE A COMPLETAR 30 ANOS, IDADE EM QUE ESTIMATIVAMENTE SE DESPEDIRIA DA SOLTEIRICE OU DEIXARIA DE MORAR COM OS PAIS – QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS QUE NÃO COMPORTA MAJORAÇÃO, INCLUSIVE PELO PORTE DO MUNICÍPIO DE VARGEM BONITA, TAMPOUCO MINORAÇÃO PARA QUE SIRVA DE ESTÍMULO À MUDANÇA NA GESTÃO DE PESSOAS DAQUELE QUE ESTÁ OBRIGADO A PROMOVER A INDENIZAÇÃO – MONTA ORIGINALMENTE ESTIMADA COM A ESPERADA MODERAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO REFUTADO – RECURSO DOS AUTORES DESPROVIDO, E, PROVIDO, EM PARTE, O INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO

A obrigação do Poder Público de preservar a integridade física de alunos ou bebês que se encontrem em escolas ou creches públicas constitui encargo indissociável do Estado - no caso, em sua encarnação municipal -, de quem se espera que dispense proteção efetiva a todos eles sendo que o inatendimento dessa obrigação, com a decorrente vulneração da integridade (corporal ou psicológica) desses indivíduos, torna emergente a responsabilidade de indenizar (TJAP – Apelação Cível nº 0000105-76.2015.8.03.0006, de Ferreira Gomes, Câmara Única, unânime, rel. Des. Carmo Antônio, j. em 27.03.2018; TJSP – Ap. Cível nº 0019696-87.2005.8.26.0053, de São Paulo, 5ª Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 02.05.2011).

“Em se tratando de família de baixa renda, há presunção de dependência econômica entre seus membros, de modo que se presume que o filho contribua para o sustento de seus pais” (STJ – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 151496/SP, Quarta Turma, unânime, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 18.11.2014; idem: TJGO – Apelação Cível nº 0084479-40.2012.8.09.0175, de Goiânia, 6ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. Norival Santomé, j. em 19.06.2019). Indo além, estatísticas mais recentes indicam que moças e rapazes estão se despedindo mais tarde da solteirice, mormente eles, que, em tempos de liberação sexual e aproveitando as muitas opções de diversão que a vida reserva aos descompromissados, não pensam em trocar alianças antes dos 30 anos; os mais pobres porque, tendo presenciado a luta diuturna dos pais para criá-los com uma minguada renda, querem primeiro se estruturar financeiramente para, então, darem início a uma união que, assim, mostrar-se-á mais qualitativa e, portanto, com mais chances de perdurar; os

mais ricos, já acostumados ao conforto, antes do desmame pensam em construir uma carreira profissional que lhes garanta um padrão de vida tão bom ou até melhor do que aquele que os seus pais sempre lhes proporcionaram. Portanto, esse deve ser o marco final da pensão mensal a ser paga aos genitores.

Não há como matematizar-se os danos morais. Sem elementos apriorísticos que possam ser traduzidos em números e, com isso, encontrar-se a equação adequada para resolver a problemática que lhe é apresentada, o juiz da causa, para cumprir o seu mister, deverá socorrer-se de balizas construídas pela doutrina e jurisprudência, todas impregnadas de subjetividade, para, delas, com bom senso e equidade, extrair a expressão numérica que, na sua compreensão, preste-se a recompor o prejuízo imaterial infligido ao prejudicado e, por outro lado, cumpra o seu papel de dissuadir o agente de cogitar a repetição de conduta congênere ou, até, para estimular, por via oblíquas, a uma mudança de ação ou inação.

Nessa perspectiva, a indenização por danos morais estipulada pelo juiz de primeiro grau em R\$ 80.000,00 não refoge ao que se poderia compreender como razoável.

O intérprete não está adstrito aos fundamentos e, principalmente, aos dispositivos suscitados por quaisquer das partes no transcorrer do processo, cabendo-lhe solucionar a demanda de conformidade com o seu livre convencimento motivado (CPC, art. 371), estando desonerado, inclusive, de rebater, ponto a ponto, as questões invocadas pelas partes, não implicando isso em omissão no julgado (TJSC – Apelação Cível nº 2006.041412-8, de Criciúma, Primeira Câmara de Direito Civil, relatora Desembargadora Substituta Denise Volpato, j. em 22.06.2010; Ap. Cível nº 2015.020490-3, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 1º.12.2015; Apelação Cível nº 0306147-27.2018.8.24.0023, da Capital, Terceira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 07.06.2022).

PRETENDIDA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ARBITRADOS PELO JUIZ A QUO – CAUSA DE BAIXA COMPLEXIDADE, ALÉM DO CURTO TEMPO DE DURAÇÃO DO PROCESSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS EM OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS LEGAIS (CPC, ART. 85, § 2º) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO

Dado que a causa não é complexa, nem exigiu esforço extra do advogado para vencê-la emplacada (matéria pacificada nos tribunais, além da curta duração do processo), não há razão lógico-jurídica que justifique a elevação dos honorários sucumbenciais para o teto de 20%.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos, por tempestivos e próprios, e negar provimento ao dos autores e dar parcial provimento ao interposto pelo Município de Vargem Bonita para limitar o valor da pensão mensal vitalícia, no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, até a data em o extinto estimativamente completaria 30 anos de idade, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Florianópolis, 07 de julho de 2022.

RELATÓRIO

ALESSANDRO PEREIRA MARQUES e **SABRINA ROTELLA** ajuizaram, na comarca de Catanduvas (Vara única), **AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS e MATERIAIS c/c PEDIDO DE PENSIONAMENTO** contra **MUNICÍPIO DE VARGEM BONITA**, contando que são pais de João Victor Marques e que, em 02.04.2018, matricularam o bebê na creche municipal CEI Primeiros Passos Professora Teresinha Bertussi Rossi. Em 25.04.2018, após a criança ter sido alimentada com fórmula infantil “Nan”, ela adormeceu, sendo colocada no berço, onde permaneceu sem monitoração. Algum tempo depois, foi verificado pelas professoras que a criança não mais apresentava sinais vitais. Apesar das manobras de reanimação, João pereceu em razão de asfixia por broncoaspiração (afogamento por leite). Requereram a condenação do réu no ressarcimento das despesas com funeral, no pagamento de pensão mensal vitalícia e de indenização por danos morais, estimando-os em R\$ 300.000,00. Postularam ainda a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita a seu favor.

Concedido aos autores o benefício da gratuidade judiciária, citado, o Município de Vargem Bonita apresentou contestação, dizendo que não houve negligência nos cuidados dispensados ao bebê e que assim que as servidoras municipais perceberam que João não respondia a estímulos, entraram em contato com o corpo de bombeiros e iniciaram os procedimentos de primeiros socorros. Rebateu, ao final, um a um, os pedidos condenatórios formulados na peça portal.

Designada audiência de instrução e julgamentos, quatro testemunhas foram auscultadas.

Apresentadas alegações finais, sobreveio sentença na qual julgou-se procedentes os pedidos formulados na petição inicial, condenando-se o réu: a) no ressarcimento das despesas funerárias, no valor de R\$ 2.300,00, acrescido de correção monetária e de juros de mora desde o desembolso; b) no pagamento de pensão mensal equivalente a 2/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima teria 14 anos de idade até a data em que completaria 25 anos de idade, reduzindo-se o valor para 1/3 até a data em que João estimativamente viesse a completar 65 anos de idade; c) no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 80.000,00, acrescido de correção monetária desde o arbitramento e juros de mora a contar do ato ilícito.

Discordando do *veredictum*, ambas as partes recorreram. Os autores, ao apelarem, pugnaram pela majoração tanto da indenização por danos morais quanto dos honorários sucumbenciais. Em caso de desprovimento do recurso, frisaram ser necessário que seja expressamente deliberado acerca da pertinência da incidência dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, 5º, inc. X, da Constituição Federal, bem como do artigo 85, § 2º, incs. I, III e IV, do Código de Processo Civil. Já o Município de Vargem Bonita reavivou os argumentos inadugurados na resposta e pugnou pela reforma da sentença para que seja declarada a improdência do pedido autoral. Alternativamente, requereu que a pensão mensal seja limitada até a data em que o falecido completaria 25 anos de idade, bem como a minoração do quanto indenitário.

Apresentadas as contrarrazões, o autos foram remetidos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

1. **“As escolas públicas têm o dever de guarda e preservação da incolumidade dos alunos, respondendo pelos danos a eles causados, independentemente de culpa, conforme art. 37, § 6º, da Constituição Federal”** (TJRS – Apelação Cível nº 70068576453, de Sapiranga, Décima Câmara Cível, unânime, rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. em 25.05.2017). Tratando-se de responsabilidade objetiva, basta ao autor comprovar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta atribuída à municipalidade, sem imiscuir-se na análise da culpa ou dolo no agir estatal.

Extraí-se dos autos que João Victor Marques, – que, à época, contava com apenas cinco meses – frequentava o Centro de Educação Infantil Primeiros Passos Professora Teresinha Bertussi Rossi. Em 25.04.2018, o bebê, após ter sido alimentado com fórmula infantil “Nan” (por volta das 13h05min), adormeceu no carrinho onde havia sido acomodado (por volta das 14h00min), sendo, depois, levado ao dormitório. O carrinho foi deixado no interior do referido cômodo, próximo à porta.

Às 14h20min, a monitora foi até o dormitório para vigiar o sono dos bebês que ali estavam. Não percebendo qualquer anormalidade, retornou para a sala. Vinte minutos depois, a professora Eliane Maria de Sá notou que João estava se mexendo, quando dirigiu-se ao local do “soninho” para buscá-lo. Nisso, viu que João estava de bruços e se debatia. Ao pegá-lo no colo, o menino empalideceu e não mais se movimentou. Desesperada, a professora saiu correndo com o bebê no colo, gritando por socorro. As secretárias do educandário ligaram para o corpo de bombeiros e, seguindo a orientação desses profissionais, iniciaram manobras de reanimação, que não foram capazes de salvar a vida do infante (vide depoimentos testemunhais de Eliane Maria de Sá e Mariza Sala – Evento 74).

Deflagrada sindicância para apurar os fatos, a comissão processante concluiu que não houve negligência das professoras e que, apesar do pouco conhecimento em primeiros socorros, elas prestaram socorro ao bebê na tentativa de salvar-lhe a vida (Evento 1, OUT5).

É dever do Poder Público, enquanto os alunos permanecerem nas dependências dos estabelecimentos de ensino oficiais, zelar pela preservação da integridade física dos tutelados. Isso porque **“a obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos”** (STF – Recurso Extraordinário nº 109.615/RJ, Primeira Turma, relator Ministro Celso de Mello, j. em 28.05.1996; TJSP – Ap. Cível nº 0019696-87.2005.8.26.0053,

de São Paulo, 5ª Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 02.05.2011).

Silvio de Salvo Venosa também professa que, “enquanto o aluno se encontrar no estabelecimento de ensino e sob sua responsabilidade, este é responsável não somente pela incolumidade física do educando, como também pelos atos praticados por este a terceiros. Há um dever de vigilância e incolumidade inerente ao estabelecimento de educação. Responde, portanto a escola, se o aluno vem a ser agredido por colega em seu interior ou vem a acidentar-se em seu interior” (“Responsabilidade Civil”, 3ª ed., Atlas: 2003, pág. 71).

Ainda que o réu diga que o bebê, na realidade, teria falecido em decorrência de morte súbita, é fato que, no laudo pericial nº 9401.2018.249 lavrado pelo médico legista Ricardo Reinert Marques, consta que a causa da morte foi “*asfixia por broncoaspiração*” em decorrência de “*congestão pulmonar de aspecto leitoso*” (Evento1, OUT6). A tese de que o leite foi levado às vias aéreas durante as manobras de reanimação não tem respaldo no arcabouço probatório, consistindo numa cogitação do médico Jair José Gemeli, que presidiu a sindicância (Evento 74).

Seja como for, o bebê permaneceu durante o sono sem qualquer monitoração pelas professoras. Por pelo menos 20 minutos, o menino permaneceu, sozinho, no dormitório. Quando percebeu-se que ele estava afogado, nenhuma das profissionais de educação infantil sabiam realizar manobras de reanimação. Isso só foi iniciado depois que receberam, por telefone, o *script* dos bombeiros, mas era tarde para salvar a vida do bebê. O inegável despreparo das profissionais de educação foi determinante para a consumação do evento morte. Técnicas de primeiros socorros deveriam ter sido, de tempos em tempos, ministradas aos professores que cuidam de bebês, até porque o engasgamento não é algo incomum de acontecer. E, nestes casos, a rápida atuação dos profissionais em fazerem frente a situações agudizadas como essas é que será decisivo entre a vida e a morte.

Objetivamente, o Juiz Leandro Ernani Freitag foi no ponto nuclear da questão controvertida ao interpretar que “*o fato é que, lamentavelmente, por tudo que se apurou, a prática, normalmente adotada na unidade educacional, de deixar crianças pequenas dormindo sem supervisão por lapso temporal considerável (para tal faixa etária), foi determinante para a ocorrência do resultado danoso, implicando em violação ao dever específico de cuidado que o sistema jurídico prevê para casos tais*” (Evento 82).

Enfim, em entendimento que se ajusta qual luva ao caso concreto, a omissão da Administração no dever de cuidado em relação à incolumidade corporal de estudante no ambiente escolar gera a responsabilidade do ente público em indenizá-lo pelos danos experimentados (vide, a propósito: STJ – Recurso Especial nº 1334703/DF, Segunda Turma, unânime, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 23.06.2015).

1.1. O escopo precípua da reparação por dano material é recompor a perda efetivamente sofrida pela parte em determinado evento danoso, podendo ser em caráter emergente e/ou lucros cessantes (pensão mensal), nos moldes do que está previsto no artigo 944 do Código Civil (TST – Agravo em Recurso de Revista nº 1242-80.2014.5.04.0611, 8ª Turma, unânime, relatora Ministra Dora Maria da Costa, j. em 29.08.2018).

Na contramão do que afirma o Município de Vargem Bonita, “**em se tratando de família de baixa renda, há presunção de dependência econômica entre seus membros, de modo que se presume que o filho contribuía para o sustento de seus pais**” (STJ – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 151496/SP, Quarta Turma, unânime, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 18.11.2014; neste sentido: TJGO – Apelação Cível nº 0084479-40.2012.8.09.0175, de Goiânia, 6ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. Norivala Santomé, j. em 19.06.2019). Dito isso, o valor da pensão mensal deve ser estabelecido no correspondente a um salário mínimo, piso remuneratório constitucional (CF, art. 7º, inc. IV; TJDF – Apelação Cível nº 20160110107252, de Brasília, 6ª Turma Cível, unânime, relatora Desembargadora Vera Andrighi, j. em 16.03.2016).

Feitas as contas, a pensão alimentícia decorrente do reconhecido ato ilícito deve ser fixada em 2/3 do valor do salário mínimo. O percentual restante (1/3) estimativamente cobriria as despesas pessoais da própria pessoa (STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1388266/SC, Segunda Turma, unânime, rel. Min. Humberto Martins, j. em 10.05.2016), não sendo passível de transmissão a terceiros, ainda que aos pais.

O marco inicial para o cômputo da pensão mensal é a data em que vítima completaria 14 anos de idade, quando, então, ela poderia passar a exercer atividade remunerada regular (CF, art. 7º, inc. XXXIII; neste sentido: STJ – Recurso Especial nº 761.265/RJ, Quarta Turma, unânime, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 06.04.2010; TJSP – Apelação Cível nº 0009102-75.2011.8.26.0191, de Poá, 6ª Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 11.05.2015).

Já o termo final merece adequação. Embora o juiz singular tenha fixado-o em data coincidente com o dia em que João, se vivo estivesse, completaria 65 anos de idade, pode-se antever, com espiação no que vem acontecendo na maioria dos núcleos familiares, que a contribuição do filho para o sustento familiar cessaria com o casamento ou com a constituição de união estável (TJRJ – Ap. Cível nº 0093021-47.2008.8.19.0001, da Conchas, 30ª Câmara de Direito Privado, unânime, relatora Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti, julgada em 25.07.2018). Assim compreendendo a situação, por espiação no cotidiano, entendo que o marco final deve ser estabelecido aos 30 anos, não aos 25 (precedentes: TJSP – Apelação Cível nº 0002845-70.2014.8.26.0145, da Capital, Terceira Câmara Cível, unânime, rel. Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva, j. em 11.02.2015; Segunda Turma de Recursos de Santa Catarina – Recurso Inominado nº 2008.200745-7, de Ascurra, unânime, rel. Juiz Roberto Lepper, j. em 14.01.2009) porque estatísticas mais recentes indicam que moças e rapazes estão se despedindo mais tarde da solteirise, mormente eles, que, em tempos de liberação sexual e aproveitando as muitas opções de diversão que a vida reserva aos descompromissados, não pensam em trocar alianças antes dos trinta (30) anos; os mais pobres porque, tendo presenciado a luta diuturna dos pais para criá-los com uma minguada renda, querem primeiro estruturar-se financeiramente para, então, darem início a uma união que, assim, ser-lhes-á mais qualitativa, e, portanto, com mais chances de perdurar; os mais ricos, já acostumados ao conforto, pensam primeiro em construir uma carreira profissional que lhes garanta um padrão de vida tão bom ou até melhor do que os seus pais sempre lhes proporcionaram.

Neste ponto, reformo a sentença para limitar a pensão mensal, no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, à data em João estimativamente completaria 30 anos de idade.

1.2. É imensurável a dor dos pais pela perda de um acalentado filho, máxime quando isso se dá por desleixo daqueles que tinham o dever de zelar e cuidar do menino. Neste contexto, não há como deixar-se de reconhecer o direito à reparabilidade moral, sendo, no caso, **“a dor da família é presumida, sendo desnecessária fundamentação extensiva a respeito”** (STJ – Recurso Especial nº 204.825/RR, Segunda Turma, unânime, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 17.09.2002). Aos pais, a morte de um filho inverte a ordem natural das coisas, provocando sofrimento, que, mesmo com o transcorrer do tempo, tenderá a deixar marcas indeléveis na unidade familiar, normalmente intensificadas em eventos comemorativos (Natal, aniversários, Páscoa etc) (TJSC – Apelação Cível nº 96.002930-3, de Içara, Primeira Câmara Civil, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgada em 20.06.96; no mesmo sentido: Apelação Cível nº 1999.018390-4, de Tubarão, Segunda Câmara Civil, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 29.11.2001).

O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem. A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar (função amenizadora) os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária, que, se não deve ser excessiva a fim de não desnaturar o precípuo propósito indenitário, há que ser consentânea à realidade vivenciada pelas partes (extensão do dano e seus efeitos), comportamento doloso ou culposo do agente, eventual recalcitrância e capacidade econômica daquele que estiver obrigado a cumprir o fardo financeiro que lhe é imposto (v.g. TJSP – Apelação nº 4000299-81.2013.8.26.0347, de Matão, 30ª Câmara de Direito Privado, unânime, relatora Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti, j. em 10.06.2015).

No pêndulo vetores em protagonismo, inclusive para estimular o réu, por vias transversas, a aprimorar o treinamento dos profissionais em atuação em escolas e creches, não refoge ao razoável a estimação da indenização por danos morais, em R\$ 80.000,00, arbitrada pelo magistrado *a quo*, cujo valor, inclusive, não destoa do porte do Município de Vargem Bonita, bem como do que já foi outrora fixado nesta Corte de Justiça (eis os precedentes: Apelação Cível nº 0010756-09.2003.8.24.0038, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 07.02.2017; Apelação Cível nº 2009.045552-5, de Tubarão, Primeira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 24.11.2009).

2. Quanto aos honorários sucumbenciais – fixados em 10% sobre o valor da condenação, acrescido de doze prestações vincendas, estas referentes à pensão alimentar –, a meu ver não comportam majoração. A causa não é complexa, nem exigiu esforço extra do advogado para vencê-la (matéria pacificada nos Tribunais, além da curta duração do processo) a justificar a elevação para o teto de 20%.

3. Por fim, o intérprete não está adstrito aos fundamentos e, principalmente, aos dispositivos suscitados por quaisquer das partes no transcorrer do processo, cabendo-lhe solucionar a demanda de conformidade com o seu livre convencimento motivado (CPC, art. 371), estando desonerado, inclusive, de rebater, pontualmente, todas as questões invocadas pelas partes, não implicando isso

em omissão no julgado (TJSC – Apelação Cível nº 2006.041412-8, de Criciúma, Primeira Câmara de Direito Civil, relatora Desembargadora Substituta Denise Volpato, j. em 22.06.2010; Ap. Cível nº 2015.020490-3, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 1º.12.2015; Apelação Cível nº 0306147-27.2018.8.24.0023, da Capital, Terceira Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 07.06.2022, entre outros). Portanto, deixo de manifestar-me expressamente sobre os artigos prequestionados pelos apelantes/autores.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos, por tempestivos e próprios, e negar-lhe provimento ao dos autores e dar parcial provimento ao interposto pelo Município de Vargem Bonita para limitar o valor da pensão mensal vitalícia, no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, até a data em o morto estimativamente completaria 30 anos de idade. No mais, mantenho a sentença tal qual foi lançada.

Documento eletrônico assinado por **ROBERTO LEPPER, Juiz de Direito Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2435557v69** e do código CRC **98379ccf**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROBERTO LEPPER

Data e Hora: 11/7/2022, às 18:5:22

APELAÇÃO Nº 0307593-46.2019.8.24.0018/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO LEPPER

APELANTE: COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO - CASAN (RÉU)

APELADO: CLAIR JOSE TOLOTTI (AUTOR)

APELADO: EVA MUXINSKI TOLOTTI (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – DOCUMENTOS SUFICIENTES A CONFERIR A POSSIBILIDADE DA CONSTRUÇÃO DA VERDADE FICTA A BALIZAR O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – ARGUIÇÃO DE CARÊNCIA DE AÇÃO, POR ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*, REFUTADA – DANOS CAUSADOS AOS MORADORES DA CASA SERVIDOS PELO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR TAMBÉM AOS CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO – DEJETOS HUMANOS ERUPTIDOS DO RALO DO CHUVEIRO E DO VASO SANITÁRIO INSTALADOS NA CASA DOS APELADOS – MATERIAL EJETADO DA REDE COLETORA DE ESGOTO, CUJOS EXCREMENTOS QUE SE ESPALHARAM, TAL QUAL MAGMA, NOS ESPAÇOS INTEGRADOS DO PRÉDIO DANIFICANDO PARTE DO MOBILIÁRIO QUE GUARNECIA O HABITÁCULO, BEM COMO O PISO CERÂMICO DA CASA – DANO MORAL PRESUMIDO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – AJUSTE APENAS NO QUE SE REFERE AOS JUROS DE MORA, INCIDENTE SOBRE O MONTANTE REFERENTE AOS DANOS MATERIAIS, A FLUIR DA DA CITAÇÃO, POR TRATAR-SE DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL – CC, ART. 405 – RECURSO PROVIDO, EM PARTE

Se as provas que ainda poderiam vir a ser produzidas nos autos do processo forem irrelevantes ao pronunciamento do juízo decisório, o interprete deverá proferi-lo antecipadamente (CPC, art. 355, inc. I). Aliás, como bem ressaltou o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e que já foi membro da Corte Internacional de Haia, Francisco Resek (RTJ 115/798), **“a antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado”** (TJSC – Apelação Cível nº 2002.012493-7, de Concórdia, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 28.11.2002).

A legitimidade ativa *ad causam* nas ações em que se exulta falha na prestação de serviço público não se restringe apenas ao titular do serviço, abarcando os que foram alcançados, ainda que por via reflexa, pela falta alheia (TJMG – Apelação Cível nº 0016506-09.2017.8.13.0684, de Tarumirim, 7ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. Wilson Benevides, j. em 15.09.2021).

“É firme o entendimento no STJ de que a relação entre a empresa concessionária de serviço público de fornecimento de água e o usuário final classifica-se como consumerista. Correta, portanto, a aplicação das disposições do CDC” (STJ – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 0049150-93.2010.8.19.0001/RJ, Primeira Turma, unânime, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 26.02.2013).

Os instantâneos acostados aos autos revelam que o imóvel dos recorridos foi invadido por rejeitos provenientes da tubulação de esgoto sanitário implantada defronte ao imóvel onde eles residiam, cujo sistema encontrava-se obstruído por restos de materiais de construção civil, caracterizando a omissão da ré no dever de conservar e manter essa rede de coleta.

Cópia de páginas virtuais, na qual constam diversos preços praticados no mercado de consumo para bens móveis, não se prestam a infirmar os orçamentos acostados pelos que reclamam reparação material, ainda mais quando se vê, pelas imagens, que os móveis retratados eram de padrão inferior ao do mobiliário da casa deles.

Não é difícil imaginar quão estupefatos ficaram os autores quando viram os cômodos da sua casa serem tomados por verdadeiro tsunami de excrementos eruptidos da tubulação de esgoto sanitário. Por conta disso, muito do que guarnece a casa, inclusive mobiliário que havia sido instalado sob medida, foi literalmente para a caçamba de lixo. Seguiram-se dias de mau cheiro e de intensa limpeza no ambiente doméstico. Isso, sem dúvida alguma, extravasa o que se poderia compreender como tolerável na perspectiva do *homo medius*, gerando intuitivo abalo moral.

A verba indenizatória por danos morais, para que alcance o seu desiderato bifocal, deve estar impregnada com a dúplici carga de compensar, sem excesso, e punir o lesante na medida que se mostre ajustada a desincentivá-lo a (re)agir de modo congênere. Para conseguir esse ponto de equilíbrio imaginário, o juiz, com o bom senso que lhe é inerente, deve ponderar, dentre outros fatores, a dimensão do estrago causado ao patrimônio imaterial do indivíduo prejudicado, a intensidade da conduta perpetrada e a capacidade econômica daquele que estiver obrigado a satisfazer, a contragosto, a obrigação que lhe foi imposta.

Nessa perspectiva, a indenização por danos morais estipulada pelo juiz de primeiro grau em R\$ 30.000,00 em prol de cada um dos autores não refoge ao que se poderia compreender como razoável, inclusive para que surta o efeito refratário que dele se espera.

Tratando-se de responsabilidade contratual – esta decorrente do dever de reparar os prejuízos causados a outrem em razão da inexecução da obrigação assumida quando da outorga da concessão pelo Poder Público –, os juros de mora deverão fluir da citação (TJMG – Apelação Cível nº 10480100098585001, de Patos de Minas, 18ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. Mota e Silva, j. em 19.05.2020).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as antes indicadas, a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer o recurso e dar-lhe parcial provimento para, no que tange ao dano material, alterar o termo inicial dos juros de mora, que deverá coincidir ao da data da citação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante deste julgamento.

Florianópolis, 14 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO – CASAN** contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, que tramitou na 1ª Vara Cível da comarca de Chapecó, na qual pelo Juiz Ederson Tortelli foi julgado procedente o pedido autoral, com a condenação da ré a ressarcir aos

autores **CLAIR JOSÉ TOLOTTI** e **EVA MUXINSKI TOLOTTI** o valor de R\$ 22.850,15, por danos materiais, além de realizar o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 30.000,00 em prol de cada um dos demandantes.

Em suas razões, a ré arguiu, em preliminar, carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam*, bem como invocou cerceamento de defesa em vista da necessidade da produção de prova pericial. No mais, defendeu a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor por tratar-se de serviço público. Adiante, explicou que a rede de esgoto foi obstruída por restos de material de construção e que, como os autores não haviam instalado caixa de passagem e válvula de retenção, houve o retorno de dejetos pelo ralo do banheiro. Somente após o ocorrido, em 22.11.2018, é que os Tolotti implantaram os referidos equipos obrigatórios, o que demonstra a culpa exclusiva deles pelo ocorrido. Adiante, impugnou os orçamentos acostados pelos adversos. Na hipótese de manutenção da sentença vergastada, pugnou pela minoração do quanto indenizatório e requereu a alteração do termo inicial de incidência de correção monetária e dos juros de mora.

Nas contrarrazões, os recorridos refutaram as preliminares arguidas pela recorrente e destacaram que, quando houve a inundação da casa com fezes humanas, funcionários da apelante foram até sua residência e, além de constatarem a obstrução da tubulação de esgoto, capturaram imagens dos estragos causados ao imóvel, comprometendo-se a ressarcir-los, o que não foi cumprido. Acrescentaram que jamais foram orientados acerca da necessidade de instalação da válvula de retenção, cujo item é opcional, e que ter a casa invadida por dejetos é causa de dano moral. Pugnaram manutenção do *quantum* originalmente arbitrado a título de indenização por danos morais. Por fim, esclareceram que os móveis danificados haviam sido feitos sob medida e que, por isso, devem prevalecer os orçamentos acostados à inicial.

É o relatório.

VOTO

1. “Longe de traduzir cerceamento de defesa, o julgamento antecipado da lide é uma exigência legal quando o cenário do litígio descortina o predomínio da matéria de direito e a suficiente elucidação da matéria de fato” (TJDFT – Ap. Cível nº 20140510043097, de Planaltina, 4ª Turma Cível, unânime, rel. Des. James Eduardo Oliveira, julgada em 29.04.2015).

A produção de prova pericial só deve ser autorizada quando, além de oportuna, também for útil à perseguição da verdade formal a ser descortinada. No caso, contudo, além de consistir numa providência inócua frente a tudo o mais que restou granjeado aos autos, a própria credibilidade do resultado estaria comprometida porque a inspeção, ainda que fosse autorizada, aconteceria muito tempo depois do fato consumado. Por outro lado, a questão fática controvertida está posta, com clareza, pela prova documental produzida pelas partes.

2. “Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente

com a situação legitimadora, ‘decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso’” (Fredie Didier Jr, “Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento”, vol. 1, 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2011, pág. 210).

A legitimidade ativa *ad causam* nas ações em que se discute falha na prestação de serviço público não se restringe apenas ao titular do serviço, mas também os que foram afetados, ainda que indiretamente, pela falta alheia (TJMG – Apelação Cível nº 0016506-09.2017.8.13.0684, de Tarumirim, 7ª Câmara Cível, unânime, rel. Des. Wilson Benevides, j. em 15.09.2021). É o caso de Eva, que, embora não seja a titular da unidade consumidora, teve o imóvel onde reside com o marido (que figura como destinatário na fatura da Casan) invadido por dejetos humanos eruptidos do sistema de esgoto sanitário, encontrando-se na condição de vítima do evento danoso.

Deve ser rejeitada a preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam*.

3. Ainda que a Casan se encontre na condição de prestadora de serviço público, está sujeita às normas de ordem pública e de interesse social ínsitas no Código de Defesa do Consumidor (neste sentido: TJSC – Apelação Cível nº 0600123-10.2014.8.24.0035, de Ituporanga, Segunda Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 26.05.2020), caso do fornecimento de água potável e de tratamento de esgoto (TJDFT – Apelação Cível nº 0701645-98.2020.8.70.0017, de Brasília, 6ª Turma Cível, unânime, rel. Des. Esdras Neves, j. em 09.02.2022).

4. É incontroverso que, em 19.11.2018, em decorrência do entupimento da tubulação de esgoto sanitário instalada na rua Marquês de Olinda, em Chapecó, o imóvel dos recorrentes foi invadido por excrementos a partir do ralo do banheiro e do vaso sanitário (fotografias de Evento 1, INF17/24 dos autos de origem).

Noticiado o problema, funcionários da Casan foram até a residência dos autores e, lá, ao abrirem a tubulação da rede coletora de efluente sanitário, constataram a existência de restos de materiais de construção provenientes de alguma obra a montante da residência dos Tolotti, o que acabou obstruindo o tubo. Foi por isso que os rejeitos voltaram para a caixa de inspeção e, por consequência, brotaram tal como magma do ralo do banheiro e do vaso sanitário. Os usuários foram orientados a procederem à instalação de caixa de passagem e de válvula de retenção, o que, de fato, foi feito por eles (Ofício de Evento 19, ANEXO8 dos autos de origem). Acontece que os consumidores só receberam essa recomendação depois do que houve dentro da sua casa (Boletim de Ocorrência de Evento 1, INF15 dos autos de origem).

Na matéria veiculada no jornal ClicRDC, intitulada “Esgoto invade residência em Chapecó”, consta que era a terceira vez que isso acontecia na residência dos recorridos, e que, apesar das súplicas para a limpeza dos dutos de esgoto, nada foi feito pela Casan para evitar que coisas como essas viessem a ocorrer (Evento 1, INF16 dos autos de origem).

Não há nada nos autos que sugira que os autores não haviam instalado a caixa de passagem, item obrigatório. As imagens acostadas à peça de apelo apenas comprovam a instalação, *a posteriori*,

da válvula de retenção, cujo equipamento é opcional (vide em www.casan.com.br). E se o equipamento não é de uso obrigatório, a falta dele não pode servir de justificativa para a apelante esquivar-se da responsabilidade pelos danos defluentes da falha da prestação do serviço que realiza por concessão estatal.

Está documentalmente provado que o entupimento da rede coletora de esgoto sanitário deu-se por resíduos de concreto (alguns, inclusive, em formato da própria tubulação), o que fez com que os dejetos fossem desviados para o encanamento da casa dos apelados. Cumpria à recorrente atuar de forma diligente para evitar o entupimento da tubulação de esgoto, inclusive porque a Casan havia sido avisada desse problema.

A displicência na limpeza dos canais deu causa ao refluxo dos rejeitos, que acabaram por se espalhar na casa de moradia dos recorridos, inclusive com a inutilização (estufamento) de parte do mobiliário que a guarnecia. Neste panorama, **“os meios de prova demonstram que a rede de esgoto estava em condições desfavoráveis ao uso, caracterizando a omissão da ré em conservá-la adequadamente”** (TJSP – Apelação Cível nº 0059359-76.2012.8.26.0577, de São José dos Campos, 13ª Câmara de Direito Público, unânime, rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. em 05.02.2014; vide, a propósito: Segunda Turma Recursal do Distrito Federal e Territórios – Recurso Inominado nº 0704769-47.2019.8.07.0010, de Brasília, unânime, rel. Juiz Almir Andrade de Freitas, j. em 04.03.2020), cabendo-lhe arcar com os prejuízos derivados da sua inércia, caracterizadora de negligência, indutora da obrigação de indenizar.

4.1. Revelado, por intermédio de fotografias e de vídeos, os danos causados ao imóvel em decorrência da erupção de rejeitos humanos, cumpre à pessoa jurídica recorrente arcar com os custos necessários para reparar os prejuízos provocados aos usuários do serviço de esgotamento sanitário.

No que diz respeito a isso, os recorridos comprovaram o desembolso de R\$ 679,37 para viabilizar a limpeza do imóvel (Evento 1, INF2930 dos autos de origem), além de R\$ 2.896,78 com a aquisição de porcelanato, argamassa e rejunte (Evento 1, INF32 dos autos de origem). Além disso, acostaram orçamento dos custos de mão de obra para a substituição do piso cerâmico (R\$ 3.515,00; Evento 1, INF36 dos autos de origem), para a aquisição de novos mobiliários (R\$ 13.759,00; Evento 1, INF37 dos autos de origem) e também para a compra e instalação de outras portas (R\$ 2.000,00; Evento 1, INF40 dos autos de origem), cujos valores deverão ser recompostos pela apelante.

Os documentos de Evento 19, ANEXO3/6, por consistirem meras páginas de lojas virtuais e que não trazem qualquer referência dos produtos ali ofertados, não se prestam a infirmar os orçamentos exibidos pelos recorridos, ainda mais quando os móveis que guarneciam o imóvel era de qualidade visivelmente superior aos dos comparados pela apelada.

O valor total (R\$ 22.850,15) deverá ser atualizado pela variação do índice INPC/IBGE, desde os respectivos desembolsos ou da data do orçamento, e acrescido de juros de mora, estes a contar da citação (25.04.2020; Quarta Turma Recursal do Estado da Bahia – Recurso Inominado nº 0000957-67.2020.8.05.0201, de Salvador, unânime, relatora Juíza Mary Angelica Santos Coelho,

j. em 10.05.2021), porque se está diante de responsabilidade contratual decorrente do dever de reparar os prejuízos causados a outrem em razão da inexecução da obrigação assumida quando da outorga da concessão pelo Poder Público.

4.2. É intuitivo o abalo moral suportado pelos apelados. De uma hora para outra, Clair e Eva, sem terem o que fazer, viram parte do que haviam conquistado na vida ser arruinado. Ao escutarem barulho incomum proveniente do banheiro, os recorridos depararam-se com esse espaço da casa, mais os quartos, sendo tomados por dejetos oriundos da rede coletora de esgoto. Por conta disso, muito do que havia dentro de casa foi para o ralo. Seguiram-se dias de mau cheiro e de intensa limpeza em sua casa de moradia (o que é óbvio não precisa ser provado, intui-se). Um misto de ira, frustração, perda e angústia certamente se adonaram do subconsciente deles.

Mal comparando, **“os transtornos advindos do alagamento indubitavelmente caracterizam a ocorrência de dano moral passível de indenização, uma vez que a família da autora, ao se deparar com o imóvel inundado, foi exposta a perigos de contaminação e experimentou sentimentos de desespero, impotência e temor”** (TJSC – Apelação Cível nº 2011.046663-5, de Indaial, Primeira Câmara de Direito Público, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 11.10.2011; no mesmo sentido: Apelação Cível nº 2010.004831-7, de Herval D’Oeste, Segunda Câmara de Direito Público, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 26.07.2011), que é o que, em maior ou menor grau, aconteceu em relação aos idosos.

A quantificação do dano deve observar, de um lado, o pressuposto didático ao agente, de modo a inibir a prática de novos atos lesivos, e, de outro, proporcionar à vítima compensação satisfatória pelo dano suportado, numa tarefa a ser desincumbida pelo intérprete, em seu prudente arbítrio, com base nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade de modo a evitar o enriquecimento sem causa. Nesse verdadeiro sistema de vasos comunicantes, o juiz deverá sopesar as circunstâncias fáticas – dando-lhes, por óbvio, a devida importância no contexto fático-jurídico da problemática estabelecida – e também levar em conta as condições econômicas do infrator, justamente para não fixar-se valor irrisório e, com isso, tornar capenga o ideal indenitário.

Sopesados os fatos narrados na inicial, dentre os quais merece ênfase o fato de que a apelante havia sido alertada para o problema iminente, penso que o valor arbitrado na origem – R\$ 30.000,00 para cada um dos autores – é o necessário a reparar o dano experimentado por eles, notadamente considerando-se o viés punitivo a compor a estipulação da norma. O valor deverá ser corrigido monetariamente, pelo índice INPC/IBGE, a partir do arbitramento e acrescido de juros de mora, a contar do evento danoso (STJ – Súmula nº 54).

À luz do exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e dar-lhe parcial provimento para, no que tange ao dano material, alterar o termo inicial dos juros de mora, que deverá coincidir com o da data da citação.

Documento eletrônico assinado por **ROBERTO LEPPER, Juiz de Direito Convocado,**

na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2457622v97** e do código CRC **f3c4e029**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROBERTO LEPPER

Data e Hora: 16/7/2022, às 19:9:53

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 0310169-40.2018.8.24.0020/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR VILSON FONTANA

APELANTE: MUNICÍPIO DE CRICIÚMA/SC (EMBARGADO)

APELADO: BANCO BRADESCO S.A. (EMBARGANTE)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE MULTA APLICADA PELO PROCON. NULIDADE DA CDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DO ENTE PÚBLICO. PRELIMINAR. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. HIPÓTESE EM QUE O CONTROLE JUDICIAL RESTRINGIU-SE À ANÁLISE DA LEGALIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE IMPÕS A MULTA DESPROVIDA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM SUA APLICAÇÃO. BANCO QUE RESOLVEU A RECLAMAÇÃO COM O ESTORNO DOS VALORES AO CONSUMIDOR ANTES MESMO DA SUA CITAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Criciúma contra sentença que julgou procedentes os embargos à execução opostos pelo Banco Bradesco S.A para declarar nula a multa imposta a si pelo Procon no processo administrativo n. 2012.4277 e, por conseguinte, julgar extinta a execução fiscal ajuizada pelo ente público.

O ente público recorre sob o fundamento preliminar de que não compete ao Poder Judiciário realizar o exame do mérito do ato administrativo praticado pelo Procon, de modo que sua atuação deve limitar-se à apreciação da legalidade dos atos praticados pelo órgão de proteção ao consumidor, que possui legitimidade e competência à aplicação de penalidades em decorrência do descumprimento de normas consumeristas, motivo pelo qual pede pela anulação da sentença que julgou extinta a execução fiscal.

No mérito, defende que, em que pese intimado à apresentação de informações solicitadas pelo Procon à resolução dos problemas apresentados pelos consumidores, o banco embargante deixou transcorrer o prazo assinalado, circunstância que afronta às normas consumeristas.

Assevera que a atuação do órgão de proteção ao consumidor deu-se em observância à legislação aplicável, respeitada a ampla defesa da instituição financeira apelada, razão pela qual deve ser mantida integralmente a penalidade aplicada, sobretudo ante a função sancionatória e pedagógica da multa, que visa desestimular a reiteração da prática considerada ilegal.

Frente a esse cenário, objetiva a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados improcedentes os embargos à execução fiscal, com a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões apresentadas (evento 39).

É o relato do essencial.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, o qual, adianto, não merece provimento.

O Procon tem legitimidade para exercer o poder de polícia em relação às ofensas individuais às normas consumeristas, mas a sanção imposta está sujeita a controle judicial quanto aos aspectos de legalidade.

Foi com base nisso que o juízo de origem, ao verificar a inexistência de ato infracional praticado, anulou a multa administrativamente aplicada à apelada, não havendo que se falar em interferência no mérito administrativo.

Assim, *“havendo qualquer ilegalidade nos atos administrativos praticados pelo órgão de proteção ao consumidor, imperiosa a interferência do Poder Judiciário, quando provocado, a fim de impedir que a atuação destoe das diretrizes que regem a administração pública, notadamente, o princípio da legalidade e os limites do exercício do poder de polícia”* (Apelação Cível n. 0020640-38.2011.8.24.0020, de Criciúma, Segunda Câmara de Direito Público, j. 4/4/2017).

Nesse sentido, cito precedente de caso idêntico:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. MULTAS APLICADAS PELO PROCON. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. POSSIBILIDADE NO QUE TOCA À LEGALIDADE E AOS LIMITES DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR PARA APLICAR PENALIDADE NAS RELAÇÕES DE NATUREZA INTER PARTES. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0300665-21.2019.8.24.0005, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-03-2022).

Frente a este cenário, afastado a preliminar aventada, dado que cabe ao Judiciário, no exame das penalidades aplicadas, a análise do respeito aos princípios e normas gerais de direito, sobretudo a observância à razoabilidade e à proporcionalidade no agir administrativo, de modo que, como se verá, estando a decisão administrativa em desconformidade com estes mandamentos, cabível é o afastamento das multas dela decorrentes.

Outrossim, melhor sorte não socorre o apelante quanto ao mérito.

O Município de Criciúma defende a adequação da sanção, porque fixada em razão da violação dos arts. 55, § 4º do CDC e 33, § 2º do Decreto 2.181/97.

No entanto, ainda que após a formalização da reclamação pelo consumidor, vejo que esta foi atendida pela instituição financeira com a devolução de valores em 29/05/2012, isto é, antes mesmo da citação no processo administrativo, que ocorreu em 05/06/2012.

Portanto, com a reclamação atendida, desapareceu a insatisfação que levou o consumidor ao auxílio do órgão de defesa, de modo que há que ser mantida a sentença que extinguiu a penalidade imposta pelo Procon e, por conseguinte, a execução fiscal ajuizada, sobretudo para que se mantenha o estímulo à solução das controvérsias.

A esse respeito, esta Câmara julgadora já decidiu:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL QUE VISA AFASTAR MULTA APLICADA PELO PROCON. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO EXEQUENTE/EMBARGADO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA. DECISÃO MONOCRÁTICA DESTA RELATORIA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO.

1) AGRAVO INTERNO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA. A) ARGUIÇÃO DE QUE A DECISÃO AGRAVADA NÃO PODERIA TER SIDO LAVRADA MONOCRATICAMENTE, POR CONTRARIAR O DISPOSTO NO ART. 132, XV, DO RITJSC, E ART. 932, IV, DO CPC. TESE AFASTADA. DECISÃO AGRAVADA EM PLENO ACORDO COM O ART. 132, XV, PARTE FINAL, DO RITJSC, HAJA VISTA QUE EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA. B) ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO ADMINISTRATIVA DE APLICAÇÃO DE MULTA À EXECUTADA/EMBARGADA DEVE PERMANECER HÍGIDA. TESE DERRUÍDA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A SUBSISTÊNCIA DA MULTA APLICADA PELO PROCON, PORQUANTO A RECLAMAÇÃO DO CONSUMIDOR FOI SOLUCIONADA E ATENDIDO O INTERESSE PÚBLICO, DE FORMA QUE A MANUTENÇÃO DA SANÇÃO IMPORTARIA ABUSO DO PODER DE POLÍCIA.

DEMONSTRAÇÃO DE QUE O VALOR COBRADO INDEVIDAMENTE FOI REDUZIDO NA FATURA SUBSEQUENTE. AUSÊNCIA DE RECLAMAÇÕES POSTERIORES (JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVAS) DO CONSUMIDOR. PRESUNÇÃO DE QUE O CONFLITO TENHA SIDO EFETIVAMENTE RESOLVIDO. RECLAMAÇÃO RESOLVIDA. SANÇÃO INJUSTIFICADA, SOB PENA DE SE DESESTIMULAR A SOLUÇÃO NÃO CONTENCIOSA DOS CONFLITOS SOCIAIS. PRECEDENTES. RECURSO DE AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0301257-54.2018.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 31-05-2022).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO PROCON MUNICIPAL. INSUBSISTÊNCIA. RECLAMAÇÃO DO CONSUMIDOR SOLUCIONADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EMBARGANTE. PENALIDADE QUE DEVE SER AFASTADA, EM FACE DA RAZOABILIDADE E COMO ESTÍMULO À SOLUÇÃO NÃO CONTENCIOSA DOS CONFLITOS. PRECEDENTES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0302492-66.2017.8.24.0028, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 02-03-2021).

E, deste Tribunal de Justiça:

PROCON. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECLAMAÇÃO EFETUADA POR CONSUMIDOR. DESCONTO INDEVIDO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE RESOLVEU A SITUAÇÃO E EFETUOU O ESTORNO DENTRO DO PRAZO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

1) PRELIMINAR. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. TESE REJEITADA.

2) MÉRITO. RECLAMAÇÃO DEVIDAMENTE RESOLVIDA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM A IMPOSIÇÃO DA MULTA. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação n. 0300956-83.2018.8.24.0028, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 31-08-2021).

PROCON. RECLAMAÇÃO EFETUADA POR CONSUMIDOR. SUPOSTA COBRANÇA INDEVIDA EM CONTA CORRENTE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE RESPONDEU À NOTIFICAÇÃO E RESTITUIU OS VALORES. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA EXTINGUIR A EXECUÇÃO.

1. PRELIMINAR. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. TESE REJEITADA.

2. MÉRITO. RECLAMAÇÃO DEVIDAMENTE RESOLVIDA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM A IMPOSIÇÃO DA MULTA. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação n. 0300279-53.2018.8.24.0028, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-04-2021).

Frente ao total desprovimento do apelo interposto pelo Município de Criciúma, cabível a majoração dos honorários advocatícios devidos ao patrono do apelado para 15% sobre o valor atualizado da execução, a teor do art. 85, §§ 3º e 11, do CPC.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

Documento eletrônico assinado por **VILSON FONTANA, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2370835v21** e do código CRC **55cb1794**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VILSON FONTANA

Data e Hora: 27/7/2022, às 17:4:6

APELAÇÃO Nº 0807685-80.2013.8.24.0113/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

APELANTE: MUNICÍPIO DE CAMBORIÚ/SC (RÉU)

APELADO: AR & TERRA - EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA (AUTOR)

EMENTA

IPTU – DESTINAÇÃO RURAL DO IMÓVEL – NÃO INCIDÊNCIA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – ENCARGOS DE MORA – APLICAÇÃO DOS MESMOS ÍNDICES PREVISTOS PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS EM ATRASO.

1. Não incide o IPTU sobre imóvel localizado em área urbana que tenha destinação rural.
2. Os documentos e testemunhas revelaram que o terreno da autora era utilizado para plantio de arroz durante o período do fato imponible. Além do mais, a municipalidade não comprovou melhoramentos que servissem o imóvel e o identificassem com a área urbana.
3. Na repetição de indébito tributário os encargos financeiros devem ser os mesmos utilizados pelo Poder Público para exigir o pagamento de tributos em atraso (Temas 810 do STF e 905 do STJ).
4. Recurso parcialmente provido para garantir que sejam seguidos os mesmos índices adotados administrativamente.

ACÓRDÃO

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 dar provimento parcial ao recurso apenas para fixar que os encargos financeiros devem se dar maneira equivalente aos índices utilizados para a cobrança de tributo pago em atraso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

AR e Terra Empreendimentos Imobiliários Ltda. moveu ação anulatória em relação ao Município de Camboriú.

Narrou ser proprietária de imóvel cuja destinação é rural, pois, dada a condição alagadiça do terreno, é utilizado para extração vegetal e agrícola, além do plantio de reflorestamento de eucaliptos. Destacou que, apesar da localização do bem imóvel, o que define qual imposto recairá sobre o sujeito passivo da obrigação é a sua finalidade econômica, sendo evidente que na hipótese se sujeita ao ITR, não ao IPTU. Requereu, ainda, a repetição do indébito no tocante ao imposto quitado, de competência municipal.

A sentença deu pela procedência do pedido.

Os embargos de declaração opostos pela autora foram rejeitados.

O Município de Camboriú apresentou recurso inominado.

Em remissão a trecho da sentença, alertou que a contribuinte pretende se eximir do dever de recolhimento de imposto, seja o federal (ITR), seja o municipal (IPTU). De outro lado, nem sequer comprovou que a terra sirva em toda a sua extensão para a extração agrícola ou que ao menos efetuou pedido de isenção ou de não incidência do IPTU. Põe em xeque, ademais, a veracidade dos próprios documentos e fotografias juntados pela autora. Depois, em alusão aos artigos 29 e 32 do CTN, alegou que o critério utilizado para definir se um imóvel pertence à zona urbana ou rural é o territorial, mas como esse elemento é insuficiente para solucionar conflitos, recorre-se ao da destinação econômica, instituído pelo Decreto-Lei n. 57/64. O Código Tributário Municipal, por sua vez, seguiu na mesma linha ao denotar a finalidade do imóvel para se proceder ao devido enquadramento.

Só que no caso, insiste, não há nos autos “*cópias de Notas Fiscais de Produtor Rural emitidas pelo arrendatário no período objeto da lide; cópia da guia de pagamento do ITR; cópia do Cadastro de Contribuinte de Imposto Rural, ou qualquer outro meio legal de prova*”. Além do mais, também não se demonstrou essa destinação agrícola entre 1º de julho de 2008 a 1º de abril de 2012, lapso temporal entre os contratos de arrendamento apresentados no processo.

Em relação aos encargos financeiros, ainda defende que no caso se aplica o INPC até o trânsito em julgado; a contar dali, a Selic.

Houve contrarrazões.

A Turma de Recursos declinou da competência para cá.

VOTO

1. O Superior Tribunal de Justiça, em recurso submetido ao rito dos repetitivos, ementou (Tema 174):

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966).

2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1112646/SP, rel. Ministro Herman Benjamin)

A partir daí, seguindo a mesma compreensão, este Tribunal tem decidido de forma reiterada:

A) EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DO IPTU OU DO ITR. USO ECONÔMICO COMO CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO DO IMPOSTO EXIGÍVEL. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA SOBRE A MATÉRIA. IMÓVEL SITUADO EM ZONA URBANA MAS DESTINADO A ATIVIDADES AGRÍCOLAS. INCIDÊNCIA DO ITR. RECURSO NÃO PROVIDO.

“Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). [...]” (STJ, REsp 1.112.646/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26-08-2009, DJe 28-08-2009)”(TJSC, Apelação Cível n. 0300034-76.2019.8.24.0070, de Taió, rel.^a Des.^a Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 1º-10-2020).

(AC 5004383-38.2020.8.24.0018, rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público)

B) APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. SENTENÇA DE ACOLHIMENTO. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DE IPTU OU ITR. TEMA 174 DO STJ. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO DA DESTINAÇÃO ECONÔMICA (ART. 15 DO DECRETO-LEI N. 57/1966). IMPOSSIBILIDADE DE BITRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES AGRÍCOLAS NO IMÓVEL. IPTU INDEVIDO.

No julgamento do Tema 174 do STJ (Recurso Especial nº 1.112.646/SP), firmou-se a seguinte tese jurídica: “Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966).” [...]

(AC 0300010-07.2020.8.24.0040, rel. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público)

C) APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO MUNICÍPIO. DESTINAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL. CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO DE INCIDÊNCIA DO ITR OU DO IPTU. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 32 DO CTN E DO ART. 15 DO DECRETO LEI N. 57/1966. CASO CONCRETO QUE, AMPARADO PELAS PROVAS COLHIDAS DOS AUTOS, CORROBORAM COM A DESTINAÇÃO RURAL DO IMÓVEL, O QUE ENSEJARIA A INCIDÊNCIA APENAS DO ITR, AINDA QUE O IMÓVEL ESTEJA LOCALIZADO EM ÁREA URBANA DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. ARBITRAMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(AC 0003939-05.2012.8.24.0040, rel. Sandro Jose Neis, Terceira Câmara de Direito Público)

D) APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. DESTINAÇÃO AGRÍCOLA DO IMÓVEL COMPROVADA NOS AUTOS. INCIDÊNCIA DO ITR. PREPONDERÂNCIA SOBRE O CRITÉRIO ESPACIAL. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. SENTENÇA DE

PROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

“Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). [...]” (STJ, REsp 1.112.646/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26-08-2009, DJe 28-08-2009). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(AC 0300034-76.2019.8.24.0070, de Taió, rel^a. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público)

E) AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL CUMULADA COM PEDIDO DECLARATÓRIO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. IPTU. CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL QUE ADOTOU A DESTINAÇÃO DO IMÓVEL PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O BEM CONFIGURA-SE COMO SÍTIO DE RECREIO. ART. 148, §3º, DO CTM. PROPRIEDADE DESTINADA A CRIAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE EQUINOS. HARAS DO CAAM. INCIDÊNCIA DE ITR NA ESPÉCIE. RECURSO DA MUNICIPALIDADE CONHECIDO E DESPROVIDO.

(AC 0300429-83.2014.8.24.0057, rel. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público)

2. Essa premissa (destinação econômica do imóvel para fins de incidência do ITR), não chega a ser contraditada pela municipalidade, que se firma essencialmente em outro pressuposto, a saber, a falta de prova de que o imóvel possui o mesmo desiderato.

É bem verdade que certidão emitida pela Secretaria de Finanças local deu conta de que o imóvel em questão possui cadastro estadual, incidindo sobre o sujeito passivo o dever de recolhimento do IPTU desde 1998 (**evento 14**). Em audiência, o servidor à frente da mesma Pasta ainda declarou que o terreno está localizado dentro do perímetro urbano do Município (**evento 83**) e o magistrado, na sentença, até advertiu que o histórico do empreendimento não indicava perfil notadamente rural (por ausência de prévio registro no INCRA e dados de que houve pagamento de ITR em exercícios anteriores).

Só que mais à frente, o sentenciante destacou que o conjunto de elementos apresentados pela autora revelava de fato a finalidade agrícola:

3. Os contratos de parceria agrícola e arrendamento mercantil contemplam os períodos de 2005 a 2008 e de 2012 a 2015 (fls. 14-20), enquanto que o relato do testigo Amarildo Rampelotti (arrendatário) defende o uso da terra para a safra de arroz de jul./2005 a mar./2015 (fls. 77 e 150).

As fotos das fls. 21 e 97-100 sugerem tratar-se de plantação/safra de arroz (embora não se possa precisar a localização), enquanto as notas fiscais (de saída) das fls. 81-89, por sua vez, sugerem a venda do produto (embora não indiquem a origem do cultivo), circunstâncias que, concatenadas, reforçam a tese aviada na portal e não foram derruídas pelo réu (art. 373, inc. II, do CPC/2015).

Por isso, não obstante o Poder Público invoque a insuficiência dessas evidências, por não demonstrarem, especialmente, que o terreno foi destinado em sua totalidade para a atividade

agrícola, não apresenta nenhum contraponto concreto relativamente à documentação já anexada ao processo. O que se percebe é que o recorrente busca muito mais mitigar o poder de persuasão das provas produzidas pela autora do que propriamente opor algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado (art. 373, inc. II, CPC), haja vista que se vale de uma narrativa muito deslocada. Dito de outra forma, ao pôr em dúvida, por exemplo, a veracidade de imagens do imóvel, o ideal, em termos de distribuição do ônus da prova, era que trouxesse fotografias que retratassem a realidade do local.

Tratasse, enfim, apenas de reconhecer que em certa medida estava ao alcance da municipalidade desconstituir a versão da autora – o que não o fez.

Seja como for, se de um lado a prova documental e testemunhal corroboram a tese de que o imóvel na verdade possui destinação agrícola, de outro também nem mesmo cabe falar de cisão do mesmo bem para fins de incidência tributária. Este julgado, aliás, é ilustrativo por englobar estes dois aspectos:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. BITRIBUTAÇÃO. INCIDÊNCIA DE ITR E IPTU. IMÓVEL LOCALIZADO NO PERÍMETRO URBANO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL QUE CORROBORAM A DESTINAÇÃO AGROPASTORIL DA PROPRIEDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DADA PELO STJ, EM RECURSO REPETITIVO, NO SENTIDO DE UTILIZAR O CRITÉRIO DA DESTINAÇÃO DO BEM. INCIDÊNCIA DE ITR. INEXIGIBILIDADE DO IPTU.

“Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966)” (STJ, REsp n. 111.264.6/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 26.8.09).

PRETENDIDA A CISÃO DO IMÓVEL. INVIABILIDADE DE REPARTIÇÃO DO BEM TÃO SOMENTE PARA FINS EXCLUSIVAMENTE TRIBUTÁRIOS.

“Não havendo o desmembramento do terreno junto ao órgão municipal competente (art. 10 e ss. da Lei nº 6.766/79), com a abertura de nova matrícula no registro de imóveis e atribuição de inscrições municipais independentes, é impossível a cisão do imóvel apenas para fins fiscais, não havendo como tributar uma parte do imóvel pelo IPTU (art. 32 do CTN) e a outra pelo ITR - art. 15 do Decreto-Lei nº 57/66” (TJSP, AC n. 0003009-80.2010.8.26.0434, rel. Des. Carlos Giarusso Santos, j. 7.2.13).

[...]

(AC 2014.033271-1, rel. Francisco Oliveira Neto)

Em outro momento, é dito que no tocante ao período compreendido entre julho de 2008 a abril de 2012 não há “sequer indícios” de destinação econômica rural. Mas conforme registrado em audiência pela única testemunha ouvida (Amarildo Rampeloti), na condição de arrendatário do terreno afirmou que utilizou a terra para plantio de arroz durante aproximadamente 12 anos, destacando que a última safra agrícola foi em março de 2015 (**evento 83**).

Sob outro ângulo, também não cativa a alegação de que a ausência de requerimento da

contribuinte para “isenção” do IPTU reforçaria a falta de conotação rural do imóvel. É que o mesmo Secretário de Finanças do Município (**evento 83**) admitiu que a então proprietária do terreno, na condição de pessoa física, já requerera o benefício durante o período de plantio de arroz (em 2005, aproximadamente), mas o pleito passou a não ser mais admitido em razão da integralização do imóvel à pessoa jurídica (a mesma que hoje demanda a municipalidade), devido a uma imposição do Código Tributário Municipal.

Quer dizer, a Administração inclusive já admitiu que houve essa destinação agrícola do imóvel, não se demonstrando que à época do fato imponible (**2008 a 2013**), haviam os melhoramentos necessários para caracterizar a área como urbana ou urbanizável (art. 32, §§1º e 2º, CTN). A menção à caracterização do local como perímetro urbano não é suficiente para fins tributáveis.

Em que pese à presunção de certeza, exigibilidade e liquidez do título executivo, no caso concreto a prova trazida pelo executado, aliada à falta de demonstração pelo exequente de que se trata de área urbana, é suficiente para reconhecer a utilização rural do imóvel e afastar a incidência do IPTU, inclusive porque é inviável a cumulação deste com o ITR.

Nesse sentido, colhe-se decisão deste Tribunal:

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RECONHECIMENTO, EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO IMPOSTO PREDIAL TERRITORIAL URBANO, COM IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL. PROCESSO EXTINTO. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. PRETEXTADA HIGIDEZ DA COBRANÇA. INVIABILIDADE DE CISÃO DA ÁREA DESTINADA À ATIVIDADE RURAL PARA FINS DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. PRECEDENTES.

“Verificação da incidência do IPTU ou do ITR que pressupõe interpretação conjugada dos critérios topográficos (art. 32 do CTN) e de destinação do imóvel, com prevalência deste último (art. 15 do Decreto-Lei n. 57/66) quando comprovada a utilização do imóvel em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Precedentes. Provas suficientes de que o imóvel é destinado à atividade rural (agricultura). Impossibilidade de cisão do imóvel para fins de incidência tributária. Sentença mantida” (TJSP, Apelação Cível n. 1023039-33.2015.8.26.0309, de Jundiaí, Rel. Des. Ricardo Chimenti, 18ª Câmara de Direito Público, j. j. em 19/10/2018).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. ART. 496, § 3º, INC. II, DO CPC. (AC 0904844-34.2017.8.24.0064, rel. Luiz Fernando Boller, j. 10-03-2020)

De outro norte, não obstante a municipalidade defenda que a intenção da contribuinte é a de se isentar do recolhimento inclusive do imposto federal, ressalto que esta decisão, obviamente, apenas impõe a não incidência do IPTU. Quer dizer, isso não exime a autora de efetuar o devido cadastramento rural perante o Incra, promovendo o recolhimento do ITR (de competência da União).

3. No tocante aos encargos, o Município ainda defende ser aplicável como índice de correção monetária o INPC até o trânsito em julgado da decisão, incidindo a partir dali exclusivamente a Selic.

Tem-se, todavia, que atualização da moeda deve se dar de maneira equivalente aos índices utilizados para a cobrança de tributo pago em atraso, em razão do tratamento isonômico conferido ao Fisco e ao contribuinte.

Assim, apenas se o ente tributante adota Selic para a mora dos seus tributos, esta incidirá também quando houver condenação da Fazenda Pública envolvendo obrigações tributárias (Tema 905 do STJ):

(...) Em princípio, as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública de natureza tributária sujeitam-se à incidência de correção monetária e juros de mora.

Ressalte-se que a taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito tributário deve corresponder à utilizada para cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês (art. 161, § 1º, do CTN).

A regra isonômica aplica-se, também, à correção monetária, ou seja, a atualização dos débitos tributários sujeita-se aos mesmos critérios utilizados na cobrança do tributo pago em atraso.

Contudo, nas entidades tributantes que adotam a taxa Selic observando a regra isonômica em comento, desde que com previsão na respectiva legislação, fica vedada a sua cumulação com quaisquer outros índices. Isso porque a taxa Selic, em sua essência, já compreende juros de mora e correção monetária. (...)

No caso concreto, portanto, o encargo para o pagamento atrasado dos tributos municipais deve respeitar o direcionamento dado pelo STJ.

4. Assim, voto por conhecer e dar provimento parcial ao recurso apenas para fixar que os encargos financeiros devem se dar maneira equivalente aos índices utilizados para a cobrança de tributo pago em atraso.

Documento eletrônico assinado por **HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2783439v106** e do código CRC **7d7820fd**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA

Data e Hora: 18/10/2022, às 16:23:24

APELAÇÃO Nº 5005207-72.2019.8.24.0069/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

APELANTE: UPG ATIVIDADES ESPORTIVAS LTDA (AUTOR)

APELADO: MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO GAIVOTA/SC (RÉU)

EMENTA

TRIBUTÁRIO – ISS – CESSÃO DE USO DO DIREITO DE IMAGEM – ATLETA PROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE QUALQUER ESFORÇO HUMANO – OBRIGAÇÕES PRESTACIONAIS CONSTANTES DO CONTRATO QUE VISAM DAR EFETIVIDADE E CONCRETIZAR O OBJETO PRINCIPAL – ATIVIDADES-MEIO – FATO GERADOR NÃO CARACTERIZADO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – POSSIBILIDADE.

1. Os tributos estão vinculados a hipóteses de incidência (a definição legal abstrata) e fatos geradores (a sua concretização). São bases objetivas.

O imposto sobre serviços é peculiar, pois sua hipótese de incidência depende de ratificação em específica lista definida em lei complementar nacional. Como todo imposto, porém, o fato gerador deve ser compreendido como uma exteriorização de riqueza, um fenômeno econômico. No ISS, portanto, haverá a necessidade de ocorrência de um negócio jurídico no qual uma das partes se obrigue a praticar certa atividade, de natureza física ou intelectual, recebendo, em troca, remuneração. Quer dizer, é necessária a existência de um fazer, ou existirá somente uma conduta sem reflexo tributário.

2. Atleta profissional cedeu onerosamente e por prazo certo o uso do seu direito de imagem.

Trata-se de permissão de uso de atributos da personalidade, não se extraindo daí nenhum esforço humano a prestado em favor de terceiros que valha por uma obrigação de fazer tributável.

3. Além do mais, as prestações obrigacionais constantes do negócio jurídico, além de constituir consectário lógico de vínculo empregatício entre o atleta e clube profissional de futebol, representam atividade-meio, que visam justamente concretizar e dar efetividade ao objeto do pacto: a licença de uso de direito de imagem.

4. A repetição de indébito tributário envolve compreensão apenas objetiva. Não se discute erro, um comportamento reprovável de alguém. Deseja-se prestigiar a moralidade administrativa, que não é atendida se o Poder Público tem ganho imerecido. Enfim, ingressado valor em excesso nos cofres fazendários, ele deve retornar a quem de direito, consoante prevê o art. 165 do CTN.

ISS, além do mais, que no caso não tem perfil indireto, fugindo das eventuais restrições do art. 166 do CTN.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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 dar provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária referente à cessão dos direitos de imagem, bem como reconhecendo o direito de restituição dos tributos pagos sobre tal rubrica. Condeno o réu à repetição dos valores indevidos pagos a título de ISS. Os encargos de mora serão de acordo com os itens 5 e 6. Os honorários advocatícios devidos pela Administração atenderão ao item 7. Sem custas, haja vista a isenção da Fazenda Pública, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

UPG Atividades Esportivas Ltda. ajuizou ação de rito comum em face do Município de Balneário Gaivota questionando a incidência de ISS sobre a cessão dos direitos de imagem de atleta profissional.

Sem contestação, o pedido foi julgado improcedente: reconheceu-se que o negócio jurídico envolvia, para além da simples exposição física espontânea, o cumprimento de diversas obrigações pelo jogador, o que configura a prestação de um serviço tributável.

Rejeitados embargos de declaração, a autora apelou.

Destaca que o contrato de cessão de uso de imagem firmado com o Sport Club Internacional consiste em mera obrigação de dar, mais exatamente ceder a imagem de atleta profissional de futebol mediante remuneração para que o contratante possa dela dispor ao seu exclusivo critério. Não há fato gerador sobretudo considerando que o contrato não condiciona o pagamento ajustado pelo uso do direito de imagem a qualquer *atividade preparatória, avaliativa e de implementação da exploração da imagem*, ou seja, não se extrai do negócio jurídico nenhuma obrigação de fazer.

Afirma que as regras de conduta, a utilização dos uniformes oficiais do clube em aparições na mídia, bem como o comparecimento a eventos são decorrentes do convívio da agremiação e da relação trabalhista entre as partes.

Manifesta que «*a interpretação – ampliativa – do conceito de serviço segundo a qual o licenciamento de uso de direito de imagem seria tributado pelo ISS esbarra na proteção conferida pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional*».

Não houve contrarrazões.

VOTO

1. O imposto sobre serviços possui como fato gerador “a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador” (art. 1º da Lei Complementar 116/2003), o que bem traduz (e isso é prioritário) o sentido constitucional da previsão quanto a esse imposto municipal.

É necessário um negócio jurídico no qual uma das partes se obrigue a praticar certa atividade, de natureza física ou intelectual, recebendo, em troca, remuneração, o que traduz o sentido mesmo de imposto: uma atividade não vinculada que exteriorize riqueza.

Daí vem ainda uma diferenciação. O ISS se atrela a um dever de fazer algo até então inexistente, não equivalendo a tanto um dar (que é somente a trasladação de algo a outrem), ainda que o objeto seja imaterial.

2. Houve contrato de cessão do uso do direito de imagem entabulado entre a pessoa jurídica apelante e terceiro, cabendo apurar se existe a configuração da hipótese de incidência do ISS prevista no subitem 3.02 da LC 116/2003.

A resposta, estimo, deva ser negativa.

A apelante UPG e o Sport Club Internacional firmaram, pelo período de 21 de janeiro de 2017 até 31 de dezembro de 2020, “*Instrumento Particular de Licença de Uso de Imagem, Voz, Nome Profissional e Apelido Esportivo de Atleta Profissional de Futebol*” (evento 1, contrato 3 e contrato 4), prevendo-se:

1. A CONTRATADA concede licença à CONTRATANTE, para o uso da imagem, voz, nome profissional, do ANUENTE, com exclusividade, da maneira como melhor lhe convier, isoladamente ou associado a produtos ou serviços de terceiros, em conjunto com seus parceiros comerciais, podendo explorar comercialmente a imagem, a voz, o nome profissional do ANUENTE, bem como ceder a terceiros a licença antes referida, independentemente de autorização da CONTRATADA.

1.1 A presente licença, autorização e cessão estão diretamente vinculadas a imagem do ANUENTE junto ao CONTRATANTE e ao público geral, sejam em fotos oficiais ou não, jogos de videogame, vídeos, mensagens radiofônicas ou por meio da word wide web (internet), na edição, reprodução, utilizando-a isolada ou conjuntamente, seja em promoções, eventos e/ou campanhas publicitárias de qualquer natureza.

Foi pactuado um contrato de licença de uso de direito de imagem, voz e nome profissional de atleta, o que constitui, na verdade, uma obrigação de dar (em sentido amplo, envolvendo também riqueza imaterial), pois se trata de transmissão temporal do direito para que terceiro tenha a fruição e possa eventualmente a projeção do jogador pelo período em que estiver ligado às cores e emblemas da entidade, daí sim vindo benefícios comerciais.

Trata-se, em última análise, da transferência da perspectiva de retirada de benefícios decorrentes

de atributos da personalidade do lateral-esquerdo notabilizado pela passagem pelo Avaí Futebol Clube. Não se vislumbra da parte de um dos contratantes (que seria o prestador do serviço!) nenhum esforço humano traduzido numa prestação de serviço, nem *facere* como menciona a doutrina.

3. É verdade que as cláusulas 1.2, 1.3 e 1.4 estabeleçam deveres ao contratado:

1.2 O ANUENTE, sempre que participar em qualquer meio de comunicação deverá utilizar uniforme oficial indicado pelo CONTRATANTE. A indicação aludida poderá recair na utilização de material esportivo levando em consideração os patrocinadores oficiais do CONTRATANTE, notadamente, mas não exclusivamente, em relação ao uso de camisetas, bermudas/calças, tênis, meias, mochilas e malas (bagagens).

1.3 É dever do ANUENTE, em decorrência do presente ajuste, preservar sua imagem pública como atleta profissional e, especialmente, resguardar e zelar pelo nome, fama e prestígio social da CONTRATANTE, constituindo-se infração contratual grave a prática de qualquer ato que desvirtue o objeto aqui pactuado.

1.4 Fica a CONTRATANTE, desde já, autorizada a apurar as perdas sofridas por eventual descumprimento das obrigações contidas na cláusula 1.3., bem como proceder na dedução ou compensação do respectivo valor em crédito da CONTRATADA, constituídos ou futuros.

1.5 A CONTRATADA responderá, perante a CONTRATANTE, cível e penalmente, pelas eventuais perdas decorrentes do descumprimento, pelo ANUENTE, das disposições da cláusula anterior, sem prejuízo de outras sanções pertinentes de natureza diversa e que sejam acessórios e/ou reflexos ao presente contrato.

1.6 O ANUENTE se compromete a participar, por ano de contrato, de 04 (quatro) eventos organizados pelo CONTRATANTE em suas dependências ou em seus Consulados, devendo, para tanto, ficar cientificado com o prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas de antecedência.

(evento 1, contrato 4, fls. 1/2)

Ocorre que o ISS deve estar limitado ao objetivo principal visado pelas partes, não a aspectos adjacentes, acessórios ou intermediários que viabilizam a fruição ou o pleno desenvolvimento da atividade tributável.

Eis a lição de Paulo de Barros Carvalho:

As atividades desenvolvidas como requisito para a realização de outra utilidade qualquer são atividades-meio, ao passo que os atos praticados como fim acarretando, por si só, uma vantagem material ou imaterial colocada à disposição de outrem, configuram atividades-fim. Apenas a segunda espécie (atividade-fim) deve ser examinada para o escopo de possível tributação...O alvo da tributação deve limitar-se ao objeto final da contratação, não às suas etapas ou tarefas intermediárias. Muitas vezes, para atingir a finalidade almejada, são requeridas atividades de planejamento, organização, administração, assistência técnica, dentre outras, conquanto esse não seja o objeto contratualmente perseguido. Entre atividade-fim e atividade-meio estabelece-se um nexó indissociável, ficando está a serviço daquele objeto principal da contratação. (...). (CARVALHO, Paulo de Barros, Não incidência do ISS sobre atividades de franquia (franchising). RET 56/65, 2007).

Aliás, tem-se que o STJ já se manifestou no sentido de que o ISS não incide sobre atividades-meio, ainda que indispensáveis ao alcance da atividade-fim:

TRIBUTÁRIO. ISSQN. “INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA”. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ATIVIDADE FIM DA EMPRESA PRESTADORA. INCIDÊNCIA.

1. O artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar.

2. O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se confunde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil (circulação de mercadoria), que se traduz numa “obrigação de dar” (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num “dar um produto industrializado” pelo próprio realizador da operação jurídica. “Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente” (José Eduardo Soares de Melo, in “ICMS - Teoria e Prática”, 8ª Ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65).

3. Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar.

4. Desta sorte, o núcleo do critério material da regra matriz de incidência do ISS é a prestação de serviço, vale dizer: conduta humana consistente em desenvolver um esforço em favor de terceiro, visando a adimplir uma “obrigação de fazer” (o fim buscado pelo credor é o aproveitamento do serviço contratado).

5. É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS “é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim.

(...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em desconsideração à hipótese de incidência do ISS.”

(Aires Barreto, no artigo intitulado “ISS: Serviços de Despachos Aduaneiros/Momento de Ocorrência do Fato Imponível/Local de Prestação/Base de Cálculo/Arbitramento”, in Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, págs. 114/115 - citação efetuada por Leandro Paulsen, in Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8ª ed., Ed.

Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE, pág. 457).

6. Assim, “sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de ‘prestação-fim’, saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas ‘prestações-meio’ da sua realização” (Marcelo Caron Baptista, in “ISS: Do Texto à Norma - Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03”, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, pág. 284).

(...)

(REsp n. 888.852/ES, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma)

A participação do atleta em meio de comunicação com uniforme oficial indicado pelo clube, a utilização de material esportivo (camisetas, bermudas, calças, tênis, meias e malas), bem como a preservação de sua imagem pública como atleta profissional e especialmente o zelo pelo nome, fama e prestígio social visam apenas concretizar a exploração da licença de uso de direito de imagem, de modo que não podem ser consideradas prestações de serviço autônomas, dissociáveis do objeto principal do contrato para fins de incidência do ISS.

Quer dizer, as obrigações descritas nos itens 1.2, 1.3 e 1.4, além de representarem, em última análise, um consectário lógico da relação trabalhista existente entre as partes (objeto de outro contrato), caracterizam-se como atividades meramente coadjuvantes e circunstanciais.

Além do mais, o item 3.02 da lista anexa à LC n.º 116/03 se refere à cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda, de modo que não é possível se falar em interpretação extensiva do item a fim de que seja abrangida a hipótese de licença de uso do direito de imagem, voz e nome profissional, sob pena de extrapolar a norma, criando hipótese de prestação de serviço não compatível com a taxatividade do rol legal. Há diferença entre permitir interpretação extensiva e estabelecer puramente analogia (analogia, de resto, muito exagerada).,

Há precedentes nesse rumo:

A) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM, VOZ E NOME PROFISSIONAL DE ATLETA DE FUTEBOL. OBRIGAÇÃO DE DAR. NÃO INCIDÊNCIA DO ISS POR NÃO HAVER PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ITEM 3.02 DA LISTA ANEXA À LC 116/03 QUE SE REFERE À CESSÃO DE DIREITO DE USO DE MARCAS E DE SINAIS DE PROPAGANDA. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA A FIM DE ABRANGER A HIPÓTESE DE LICENÇA DE USO DO DIREITO DE IMAGEM, VOZ E NOME PROFISSIONAL DE ATLETA. EXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÕES DE FAZER CONSTANTES NO CONTRATO QUE VISAM CONCRETIZAR SEU OBJETO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERÁ-LAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS AUTÔNOMAS A FIM DE INCIDIR O ISS. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA NESTE PONTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO INDEVIDO. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO INICIAL QUE MERECE PARCIAL PROCEDÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJPR, AC 1670427-5, rel. Des. Carlos Maurício Ferreira)

B) REMESSA NECESSÁRIA - DIREITO TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - ISSQN - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - SERVIÇO DE CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM - LEI COMPLEMENTAR - ROL TAXATIVO - SERVIÇOS TRIBUTADOS NÃO PREVISTOS NOS ITENS DA LISTA DE SERVIÇOS DA LC 116/03 - TEMA 296 DO STF - ATIVIDADE-MEIO - SUSPENSÃO DA EXAÇÃO E RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO - CABIMENTO - JUROS E CORREÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 - A taxatividade das listas anexas à Lei Complementar nº. 56/87 e Lei Complementar 116\03 visa obstar a criação, pelo Município, de novos gêneros de serviços passíveis de tributação pelo ISSQN, admitindo a interpretação extensiva dos itens ali descritos apenas para impedir criação de serviços do mesmo gênero dos previstos na legislação complementar, mas com nomenclatura diversa.

2 - O col. Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento de que “o alvo da tributação do ISS é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim” (REsp 888.852/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 01/12/2008).

3 - Constatada que a atividade de cessão do direito de imagem realizada pela autora é acessória e intermediária à prestação de serviços, deve ser caracterizada como atividade-meio, e não atividade-fim, não se sujeitando à incidência do ISSQN.

4 - Sobre a condenação do ente público à repetição de indébito incide a correção monetária, desde o pagamento indevido, pela tabela da CGJ/MG e juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado.

5 - Sentença parcialmente reformada em remessa necessária.

(TJMG, RN 1.0000.22.000091-3/001, rel.^a Des.^a Sandra Fonseca)

C) APELAÇÃO CÍVEL e REEXAME NECESSÁRIO – Ação declaratória cumulada com repetição de indébito e pedido de tutela provisória de urgência – Município de Piracicaba – ISSQN – Cessão do uso de direito de imagem de atleta – Obrigação de dar que não se insere no conceito de serviço para fins de tributação – Ausência de fato gerador - Precedentes desta Corte – Sentença mantida – Recursos oficial e voluntário do município não providos.

(TJSP, AC/RN 1016576-95.2019.8.26.0451, rel. Des. Raul de Felice)

D) PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. ISS. LICENÇA DE USO DE DIREITO DE IMAGEM. OBRIGAÇÃO DE DAR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LISTA ANEXA DA LC 116/2003. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AUSÊNCIA DE PROVA. ART. 166, DO CTN. SÚMULA 546, DO STF. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária e repetição de indébito por meio da qual a empresa autora pretende o reconhecimento da inexistência de cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN sobre as operações de Licença de Uso de Direito de Imagem.

2. Nos termos do art. 1º, da Lei Complementar nº 116/2003, o fato jurídico impositivo do ISSQN é “a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.”

3. A jurisprudência possui o entendimento sedimentado de que a hipótese de incidência do ISSQN deve estar precedida obrigatoriamente de um negócio jurídico com natureza de obrigação de fazer.

4. Como decorrência do entendimento de que a hipótese de incidência do ISSQN deriva de uma obrigação de fazer, prevalece o entendimento de que apenas os serviços do rol da lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003, excluindo serviços de competência do Estados.

5. A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que a lista anexa é taxativa, apesar de que admite a interpretação extensiva, a fim de não excluir situações correlatas da incidência do ISSQN.

6. A Lei Complementar nº 116/2003 trata no item 3 da sua lista anexa de “Serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres”, no entanto não há previsão expressa em relação ao uso da imagem.

7. Os Tribunais Superiores entendem o direito de uso de imagem como uma obrigação de dar, além de que no item 3 da Lista Anexa da Lei Complementar nº 116/2003 não há amparo em seus subitens a licença de uso do direito de imagem.

8. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, entende que o ISSQN assume natureza indireta,

de forma a que só cabe a repetição do indébito se estiver em conformidade com o art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN) e a Súmula 546, do STF, que não houve prova no caso em tela.

9. Reexame Necessário desprovido.

(TJPE, RN 0000516-25.2016.8.17.2810, rel. Des. Jorge Américo Pereira de Lira)

E) APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS DE IMAGEM DE ATLETA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. CABIMENTO. HONORÁRIOS RECURSAIS. INCIDÊNCIA.

1. *Inexistindo a propalada carência da ação por ausência interesse processual, há de rejeitar a preliminar suscitada na contestação e repetida nas razões de apelação. Descabida a extinção da ação, pois na hipótese a parte apelada logrou êxito em comprovar o pagamento do tributo, fazendo jus à sua compensação ou restituição, estando evidenciado o interesse processual e a causa de pedir.*

2. *Tendo em vista que o objeto do contrato celebrado entre a parte autora e o clube de futebol é o licenciamento do uso de sua imagem, não é devido ISS sobre os valores pagos com base na pactuação. Ausência de prova de efetiva prestação de serviços pela parte autora. Precedentes.*

3. *Hipótese em que a restituição há de ser feita, acrescida de correção monetária e juros de mora, impondo-se a manutenção da sentença de primeiro grau.* 4. *Honorários Recursais. Cabimento da majoração em sede recursal, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/15 e do enunciado administrativo nº 07 do STJ.*

APELAÇÃO DESPROVIDA.

(TJRS, AC/RN 50588749320218210001, rel. Des. Ricardo Torres Hermann)

4. O apelante faz jus à repetição do indébito - outro objeto do seu pedido.

É que o direito tributário tem, na essência, bases objetivas. O poder de tributar não pode ser exercido, é evidente, para além dos limites normativos. Há um substrato ético subjacente: cobrar mais do que o merecido ou efetuar cobrança sem a devida configuração do fato gerador representa ato ilegítimo por definição, pouco importando pecados formais. Portanto, se o sujeito passivo prova que efetuou o pagamento indevido de tributos, tem direito à repetição ou, por idênticas razões, à anulação do crédito tributário excessivo.

Quer dizer, a repetição de indébito tributário envolve compreensão apenas objetiva. Não se discute erro, um comportamento reprovável de alguém. Deseja-se prestigiar a moralidade administrativa, que não é atendida se o Poder Público tem ganho imerecido. Enfim, ingressado valor em excesso nos cofres fazendários, ele deve retornar a quem de direito.

Hugo de Brito Machado - e muitos autores poderiam ser citados - resume:

O direito à restituição do que tenha o contribuinte pago indevidamente tem inegável fundamento na Constituição, na medida em que esta garante que o tributo é devido na forma da lei e o legislador, por seu turno, está sujeito a limitações na definição do dever jurídico tributário. Assim, ainda que o ordenamento infraconstitucional nada estabeleça a respeito do direito à restituição do tributo pago indevidamente, esse

direito existirá, indubitavelmente, por força dos preceitos da própria Constituição. É um corolário daquele direito de somente pagar o que seja devido nos termos da própria Constituição e das leis.

(...)

O direito à restituição do tributo pago indevidamente tem, indiscutivelmente, fundamento na Constituição Federal, decorrendo daí outra conclusão inevitável e até óbvia em termos de lógica jurídica, de grande relevo. Se uma norma infraconstitucional nega o direito à restituição do indébito, ou a torna impraticável, será inconstitucional. Resta evidente, pois, que a questão de saber se o direito à restituição do tributo indevidamente pago é uma questão de grande relevância. E tem resposta evidentemente afirmativa.

(Comentários ao Código Tributário Nacional, v. III, Atlas, 2005, p. 386-387)

O art. 165 do Código Tributário Nacional realmente prevê:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

Eis regra geral de direito tributário, que deve mesmo ser tratada por lei complementar nacional (art. 146 da Constituição Federal), e o CTN foi recebido como tal.

É viável, conseqüentemente, que os tributos eventualmente recolhidos a tal título sejam restituídos - o que deverá ser comprovado na fase de cumprimento de sentença.

Ainda que o ISS possa configurar tributo indireto, a própria natureza personalíssima do negócio jurídico entabulado permite concluir que não houve o repasse do encargo financeiro a terceiros na medida em que a empresa e o atleta (anuenta) efetivamente assumiram o referido encargo (art. 166 do CTN).

5. A respeito da fixação dos encargos financeiros, os valores devem ser atualizados de maneira equivalente aos índices adotados para a cobrança de tributo pago em atraso, em razão do tratamento isonômico conferido ao Fisco e ao contribuinte.

Se o sujeito ativo adota determinado encargo, este deverá incidir também quando houver condenação da Fazenda Pública envolvendo obrigações tributárias, na linha do que ficou definido no tema 905 do STJ:

(...) Em princípio, as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública de natureza tributária sujeitam-se à incidência de correção monetária e juros de mora.

Ressalte-se que a taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito tributário deve corresponder à utilizada para cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês (art. 161, § 1º, do CTN).

A regra isonômica aplica-se, também, à correção monetária, ou seja, a atualização dos débitos tributários sujeita-se aos mesmos critérios utilizados na cobrança do tributo pago em atraso.

Contudo, nas entidades tributantes que adotam a taxa Selic observando a regra isonômica em comento, desde que com previsão na respectiva legislação, fica vedada a sua cumulação com quaisquer outros índices. Isso porque a taxa Selic, em sua essência, já compreende juros de mora e correção monetária. (...)

No caso concreto, estimo que deva ser feita acomodação, visto que os pagamentos dos tributos a serem repetidos se deram de 2016 até 2019, abarcando, portanto, diferentes normas municipais, com indexadores diversos.

Os tributos recolhidos até 2019 devem observar o disposto na Lei Complementar 18/1999, que adotava como encargo para o pagamento a Selic mais juros de mora de 1% ao mês (arts. 74 e 132).

Os valores recolhidos a partir da vigência da Lei Complementar 155/2019 devem ser acrescentados de juros de mora de 1% e atualizados monetariamente pelo INPC (art. 83).

Ainda quanto aos indexadores, deve ser levado em conta a Emenda Constitucional 113, a qual, promulgada em dezembro de 2021, contou com esta disposição a respeito dos encargos de mora aplicáveis às condenações envolvendo a Fazenda Pública:

Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

De fato, pela superveniência da regra constitucional, de eficácia plena, deve-se determinar realmente a adoção da referida taxa (Selic) a partir do novo marco, mas evidentemente se ressaltando o período anterior, que ficam preservados de acordo com o definido pelo Tema 810 da Corte Suprema.

Em resumo: os valores serão atualizados e acrescidos de juros de mora consoante os marcos municipais propostos há pouco, vingando depois da EC 113, em substituição a ambos os encargos, apenas a Selic.

6. É de se ressaltar, no entanto, que já correm no âmbito do STF ao menos duas ADIs (7047 e 7064) questionando a aludida EC 113/21. Não há, de fato, decisão a respeito de eventual suspensão quanto ao índice eleito pelo constituinte, mas como existe, em tese, possibilidade de que surja alteração à frente, é mais prudente que a questão fique, por assim dizer, em aberto. É dizer, tomo

aquilo que é certo: a contar da vigência da referida emenda constitucional vinga, a rigor, a Selic, mas sem prejuízo de que na fase de cumprimento haja substituição em caso de mudança feita pelo STF.

É uma solução prática – e que não causa prejuízo a ninguém: será adotada a posição do STF, ainda que futuramente, e o processo segue adiante de acordo com a regra hoje vigente.

O caminho, inclusive, vai ao encontro do que vínhamos decidindo ao tempo em que pendente de julgamento o aludido Tema 810 pelo STF, em que delegávamos à fase de cumprimento a adoção do índice que fosse fixado pelo Pretório Excelso:

FAZENDA PÚBLICA - CORREÇÃO MONETÁRIA - INPC - TEMAS 810 DO STF E 905 DO STJ - DECISÃO DO STF SUSPENDENDO OS EFEITOS DA SUA PRÓPRIA DELIBERAÇÃO - FATO NOVO.

Em apelação, reajustaram-se os encargos de mora a partir do que fora definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947-SE (Tema 810). Considerou-se a eficácia imediata do posicionamento da Corte Suprema. Em outros termos, reconhecida em parte inconstitucional a Lei 11.960/2009, os débitos administrativos em matéria previdenciária devem ser como regra atualizados monetariamente pelo INPC (afastada a TR), como se pronunciou o STJ a propósito do Tema 905.

Ocorre que o STF (em decisão de 24 de setembro de 2018) concedeu efeito suspensivo a embargos de declaração apresentados por Estados e Distrito Federal em relação ao mencionado Tema 810. Na sequência o STJ também aderiu ao sobrestamento, suprimindo os efeitos do acórdão proferido no REsp 1.492.221.

O melhor caminho é, no caso, atender à determinação das Cortes Superiores, mas sem obstar o andamento dos processos. Desse modo, apanha-se o que é incontroverso: a correção monetária será ao menos pela TR. Caso, porém, haja posicionamento diverso pela jurisprudência vinculante, ele será aplicado na fase de execução - sem menção, por ora, à incidência do INPC. Embargos providos. (Embargos de Declaração n. 0000142-47.2014.8.24.0235, de Herval d'Oeste, rel. o subscritor)

E já passamos a decidir assim após a EC 113 no âmbito desta Quinta Câmara de Direito Público:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO PARCIAL PRESENTE (EMENDA CONSTITUCIONAL 113/21) - SUPERAÇÃO DA LACUNA - NECESSIDADE, NO MAIS, DE UMA LEITURA MAIS AMPLA DA DECISÃO.

1. Pelo acórdão embargado os juros de mora e a correção monetária seguiriam unicamente as diretrizes firmadas pelo STF quanto ao Tema 810. Deixou-se, porém, de fazer menção a respeito das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 113 - a qual estabeleceu que, independentemente da natureza da condenação, será a Selic o indexador para fins de atualização monetária e compensação da mora -, regra de eficácia plena e que deveria ter sido desde logo aplicada, ainda que preservado o período precedente de acordo com os índices então vigentes.

Seja como for, no âmbito do STF correm ao menos duas ADIs (7047 e 7064) questionando a aludida Emenda Constitucional. O melhor caminho, a partir daí, é apanhar aquilo que é certo: a contar da vigência da referida emenda constitucional vinga, a rigor, a Selic, mas sem prejuízo de que na fase de cumprimento haja substituição do indexador em caso de mudança feita pelo Supremo.

(ED 0000724-23.2010.8.24.0256, rel. o subscritor)

7. Procedentes os pedidos, o Município de Balneário Piçarras arca com os ônus sucumbenciais. Não é possível, porém, estabelecer o percentual devido a título de honorários advocatícios de plano. É que, sendo necessária apuração matemática adiante, não se consegue dimensionar em qual das faixas do § 3º do art. 85 ficará a indenização como um todo.

Deve-se, então, na linha dos incs. I e II do § 4º delegar a definição do estipêndio para a fase de cálculos, mas se deverá partir do patamar menor da escala de valores do § 3º do art. 85 do CPC, não se justificando um percentual mais elevado.

8. Assim, voto por conhecer e dar provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária referente à cessão dos direitos de imagem, bem como reconhecendo o direito de restituição dos tributos pagos sobre tal rubrica. Condene o réu à repetição dos valores indevidos pagos a título de ISS. Os encargos de mora serão de acordo com os itens 5 e 6. Os honorários advocatícios devidos pela Administração atenderão ao item 7. Sem custas, haja vista a isenção da Fazenda Pública.

Documento eletrônico assinado por **HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2820439v58** e do código CRC **6cba57f4**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA

Data e Hora: 10/11/2022, às 17:37:42

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5031866-29.2022.8.24.0000/

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO RIZELO

REQUERENTE: LEANDRO MADALENA SCHLOSSER

REQUERIDO: OUTROS SISTEMAS OU ESTADOS

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. COISA JULGADA. DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. RECONHECIMENTO DO PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO. CRITÉRIO DE ESCOLHA DO PROCEDIMENTO A SER ANULADO.

Existindo duas sentenças condenatórias definitivas contra o apenado pela prática de um mesmo crime, e tendo a segunda sido ajuizada pouco antes do trânsito em julgado da primeira condenação, deve ser rejeitada a denúncia do segundo processo na parcela em que configurada a coisa julgada, independentemente de qual das duas condenações tenha apenamento mais brando.

REVISÃO DEFERIDA.

ACÓRDÃO

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, deferir a revisão e rejeitar a imputação constante no “fato 2” da denúncia oferecida na Ação Penal 00103022820158240064 contra Leandro Madalena Schlosser, reduzindo a pena a ele imposta em tal processo para 6 anos e 5 meses de reclusão e 16 dias-multa, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 27 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, nos autos da Ação Penal 00047499120148240045, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Leandro Madalena Schlosser, imputando-lhe a prática do delito de roubo circunstanciado, nos seguintes termos:

No dia 11 de agosto de 2014, por volta da 1:30 horas, na Avenida Jornalista Rubens de Arruda Ramos, no Centro desta Capital, próximo ao Trapiche da Beira Mar, os denunciados Leandro Madalena Schlosser e Alex Júnior Schlosser, em conluio de vontades e conjunção de esforços, subtraíram para proveito de ambos, o veículo Hyundai/HB20 1.0, de placas MKW7254, de propriedade de Maria Isolete Viana Bueno de Paiva, empregando, para tanto, grave ameaça consistente no porte de arma contra a vítima Michele Viana de Paiva, tudo nos termos do Termo de Reconhecimento de Pessoa da p. 5, Termo de Apreensão da p. 22, Boletim de Ocorrência da p. 23 e 54, Termo de Reconhecimento e Entrega em anexo.

Por ocasião dos fatos, a vítima estava na avenida acima referida quando foi abordada pelos denunciados que, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, mandaram Michele descer do veículo e subtraíram-no seguindo em direção a cidade de Palhoça, local em que o veículo foi posteriormente localizado parado no Bairro Alaor Silveira. Ato contínuo, os Policiais Militares avistaram e abordaram o automóvel Ford/EcoSport transitando próximo ao local, constatando a presença dos denunciados com terceira pessoa no interior da EcoSport, onde estava a chave do HB20 subtraído (Evento 2, doc2, p. 87-88).

E na Comarca de São José, nos autos da Ação Penal 00103022820158240064, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Leandro Madalena Schlosser, imputando-lhe a prática do delito de roubo circunstanciado, nos seguintes termos:

Fato 01

Segundo consta dos autos, no dia 10 de agosto de 2014, por volta das 21h30min., a vítima Felipe Alberton Hermes de Mello transitava com seu veículo Forf/Fiesta Flex, de cor branca e placas MKD-2105, no sentido Bairro Kobrasol/Roçado, no Município de São José/SC, mais especificamente no interior do túnel de acesso ao Bairro Roçado, momento em que os denunciados Alex Júnior Schollosser e João Carlos Moraes João, com a finalidade precípua de procederem a prática de ilícito contra o patrimônio, auferindo, pois, com tal proceder, lucro fácil e indevido às custas do patrimônio alheio, pularam na frente de seu veículo fazendo com que freasse. Ato contínuo, o denunciado Leandro Madalena Schollosser, que também estava em unidade de desígnios com os outros denunciados, deu a volta por trás do veículo, abriu a porta e, mediante grave ameaça, consistente no emprego de arma de fogo, levou a vítima para fora, de modo os primeiros denunciados embarcaram e consumaram a subtração do automóvel.

Convém salientar que o denunciado Leandro Madalena Schollosser, munido da sua arma de fogo, fez com que a vítima andasse pela marginal da BR-101 por cerca de 100 metros, ocasião em que saiu correndo e embarcou em outro automóvel, no qual se evadiu do local.

Fato 02

Não satisfeitos, os denunciados acima mencionados, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, no dia seguinte ao crime anteriormente narrado, por volta das 00h30min, com a finalidade precípua de procederem a prática de ilícito contra o patrimônio, auferindo, pois, com tal proceder, lucro fácil e indevido às custas do patrimônio alheio, realizaram assalto contra a vítima Michele Viana de Paiva.

Na ocasião, a referida vítima encontrava-se no interior do automóvel Hyundai/HB20 de placas MKW-7254, que estava estacionado na Avenida Beira Mar, no Município de Florianópolis/SC, quando se aproximou um veículo Ford/Fiesta de cor branca (roubado na noite anterior) e parou atrás do seu carro. Ato contínuo, um dos denunciados acima elencados, apontando uma arma de fogo para a janela do carro, mandou que a vítima destrancasse as portas e saísse do automóvel, o que foi prontamente atendido.

Assim, o denunciado adentrou no veículo e evadiu-se do local na posse mansa e pacífica do bem bem subtraído, além de outros objetos que se encontravam no seu interior, como mochila e um Iphone 4S.

Posteriormente, por volta das 02h00min., policiais militares tomaram conhecimento que os veículos roubados se encontravam estacionados na Avenida das Tipuanas, Bairro São Sebastião, Palhoça/SC, razão pela qual dirigiram-se até aquele ponto.

Ao aportarem naquela localidade, os agentes estatais visualizaram um automóvel Ford/Ecoesport de placas MFC-3178 transitando pelas imediações e resolveram abordá-lo. Durante a abordagem, constatou-se que os indivíduos que estavam a bordo do carro eram os denunciados Alex Júnior Schlosser, Leandro Madalena Schlosser e João Carlos Moraes João, os quais estavam portando as chaves dos 02 (dois) veículos subtraídos (Evento 3, doc2, p. 102-103).

Nos autos 00047499120148240045, Leandro Madalena Schlosser foi condenado a 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 14 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, c/c seu § 2º, I e II, do Código Penal (Evento 2, doc3, p. 138). A condenação foi mantida pela Primeira Câmara Criminal (Ap. Crim. 2015.008327-5, Relª. Desª. Marli Mosimann Vargas, j. 13.10.15, Evento 2, doc3, p. 205).

Nos autos 00103022820158240064, Leandro Madalena Schlosser foi condenado a 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 18 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, c/c seu § 2º, I e II, do Código Penal, por duas vezes (Evento 3, doc3, p. 64). A condenação foi mantida pela Primeira Câmara Criminal (Ap. Crim. 00103022820158240064, Relª. Desª. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 14.5.20, Evento 2, doc3, p. 205).

Após o trânsito em julgado da sua condenação, Leandro Madalena Schlosser ajuizou a presente revisão criminal.

Alega, em síntese, que foi duas vezes condenado pelo mesmo fato e, sob tal argumento, requer a anulação da condenação proferida nos autos 00047499120148240045 ou, subsidiariamente, a anulação da condenação referente ao “fato 2” dos autos 00103022820158240064 (Evento 1, doc1).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pela Excelentíssima Procuradora de Justiça Vera Lúcia Coró Bedinoto, manifestou-se pelo deferimento da revisão (Evento 7).

VOTO

A revisão deve ser deferida.

A ocorrência do *bis in idem* é manifesta e dispensa maior comentário. A imputação feita nos autos 00047499120148240045 e aquela do «fato 2» da denúncia dos autos 00103022820158240064 são rigorosamente a mesma, e pelas duas o Requerente Leandro Madalena Schlosser suportou condenação.

A subsistência de ambos os decretos condenatórios, certamente, é impossível. Mas é, com a devida vênia ao pedido inaugural e ao parecer da Procuradoria de Justiça Criminal, a condenação posterior que deve evanescer.

Não obstante o decreto condenatório dos autos 00103022820158240064 tenha sido mais brando (a condenação pelo “fato 2” em tal processo rendeu ao Requerente 6 anos e 5 meses de reclusão, ao passo que nos autos 00047499120148240045 Leandro Madalena Schlosser foi condenado a 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão), não é esse o critério adequado para que se defina a providência a ser tomada no caso concreto.

Isso porque o instituto que reclama a extinção parcial de um dos processos é a *coisa julgada*, e sua aplicabilidade depende de um juízo cronológico a respeito dos procedimentos e dos eventos processuais neles ocorridos. É a conclusão de que um procedimento em curso foi instaurado para averiguar crime já apurado em outro processo, e sobre o qual já houve pronunciamento definitivo, que ocasiona o óbice a nova decisão de mérito. Apenas esses fatores (isto é, a identificação de quando a coisa julgada material teve formação e qual dos procedimentos foi superveniente) é que devem influenciar para o reconhecimento do “pressuposto processual negativo”.

O Superior Tribunal de Justiça, em um caso ainda mais emblemático (em que o decreto imutável posterior era *absolutório*), já decidiu desta forma:

1. No caso, foram distribuídas duas ações penais contra os recorrentes, ambas na Comarca de Santarém - PA, para a apuração dos mesmos fatos - prática de conjunção carnal com a vítima, menor de 14 anos à época dos fatos. 2. A primeira ação penal foi distribuída ao Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e a sentença foi proferida em 21/11/2013 para condenar os réus como incurso no art. 217-A do Código Penal. A condenação transitou em julgado em 18/12/2014. 3. A segunda persecução criminal foi distribuída ao Juízo da 2ª Vara Criminal. Em 22/5/2015, foi proferida sentença absolutória, que transitou em julgado em 29/10/2015. 4. No que atine ao conflito de coisas julgadas, a Terceira Seção desta Corte Superior afirmou que “a primeira decisão é a que deve preponderar” (AgRg nos EmbExeMS n. 3.901/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 21/11/2018). Ainda que a análise haja sido realizada no âmbito do processo civil, os apontamentos feitos podem ser aplicados, também, ao processo penal. 5. A solução é consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada em mais de uma oportunidade. Nesse sentido: HC n. 101.131/DF (Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, 1ª T., DJe 10/2/2012); HC n. 77.909/DF (Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª T., DJ 12/3/1999); HC n. 69.615/SP (Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª T., DJ 19/2/1993). 6. A prevalência da primeira decisão imutável é reforçada pela quebra do dever de lealdade processual por parte da defesa. A leitura da segunda sentença - proferida após o trânsito em julgado da condenação - permite concluir que a duplicidade não foi mencionada sequer nas alegações finais. 7. Ainda, a hipótese em exame guarda outra peculiaridade, a justificar a manutenção do primeiro decisum proferido: a absolvição dos réus, na segunda sentença, contraria jurisprudência - consolidada à época - do Superior Tribunal de Justiça. 8. Ainda que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI pela Terceira Seção do STJ seja posterior à prolação da sentença mencionada (26/8/2015), o entendimento já estava uniformizado na jurisprudência e, em abril de 2014, a matéria foi pacificada por força do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC (Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014) (RHC 69.586, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.11.18).

Neste caso, a condenação proferida nos autos 00047499120148240045 tornou-se imutável em 5.11.15, sete dias depois do oferecimento da denúncia nos autos 00103022820158240064 (proposta em 29.10.15).

Assim, o “fato 2” da denúncia da Ação Penal 00103022820158240064, durante sete dias, deveria ter tido seu processamento obstado (quanto ao Requerente) pela litispendência, e a partir de 5.11.15, pela coisa julgada. Como esse “pressuposto processual negativo” continua em efeito (o decreto condenatório anterior não foi anulado), é necessário, ainda que tardiamente, reconhecê-lo e rejeitar a imputação constante no “fato 2” da denúncia oferecida na Ação Penal 00103022820158240064 contra Leandro Madalena Schlosser, com fundamento no art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Remanesce, de todo modo, a condenação pela prática do crime descrito no “fato 1” de tal denúncia (ou seja, o apenamento de 6 anos e 5 meses de reclusão e 16 dias-multa).

Destaco, em tempo, que a tentativa de traçar um paralelo com a hipótese de decisão proferida por Juízo incompetente é vã. A decisão proferida por Juízo incompetente depende de provimento judicial para que seja anulada (*vide* STJ, RHC 20.337, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 14.4.09), de forma que se o Juízo competente prolatar sentença mais rigorosa do que a anulada, incidiria provavelmente em *reformatio in pejus* indireta (porque ou a anulação decorreu de recurso da defesa, e não seria possível agravar a pena; ou a anulação, se não foi postulada pelo Ministério Público, não poderia ser reconhecida e produzir efeito em seu favor para além da decisão já proferida).

Neste caso, qualquer que seja o provimento outorgado ao Requerente, não há risco de reforma-para-pior porque a situação atual de Leandro Madalena Schlosser é de condenado por três roubos nas duas ações penais. Qualquer que tenha sido o cálculo para soma ou unificação das penas atinente a esses delitos, a exclusão de um dos crimes reverterá em favor do Revisando, acarretando situação mais benéfica que a atual.

Não há, pois, identidade de fundamento que autorize, no caso presente, a mesma providência tomada na hipótese de incompetência do juízo.

De resto, o Corréu Alex Júnior Schlosser também se vê em semelhante situação (foi condenado a 6 anos, 2 meses e 20 dias nos autos 00047499120148240045 e ocupa o polo passivo dos autos 00099240420178240064 em que também se apura o roubo ocorrido no dia 11.8.14). É oportuno, por isso, tomar providências para evitar, quanto a ele, o desnecessário trâmite de uma ação penal (ou de parte dela, ao menos).

Expeça-se comunicação à 2ª Vara Criminal de São José, com referência aos autos 00099240420178240064, informando àquele Juízo acerca da possibilidade de reconhecimento da coisa julgada quanto a Alex Júnior Schlosser (por conta da condenação expedida nos autos 00047499120148240045). Deve o Juízo atentar, por outro lado, que o Corréu João Carlos Moraes João *não foi* denunciado ou condenado nos autos 00047499120148240045.

Expeça-se comunicação, outrossim, à Vara de Execuções Penais da Comarca da Capital, com referência aos autos 00033150220158240023, para que seja recalculado o apenamento imposto a Leandro Madalena Schlosser, considerando as providências determinadas neste acórdão.

Ante o exposto, voto no sentido de deferir a revisão e rejeitar a imputação constante no “fato 2” da denúncia oferecida na Ação Penal 00103022820158240064 contra Leandro Madalena Schlosser, reduzindo a pena a ele imposta em tal processo para 6 anos e 5 meses de reclusão e 16 dias-multa.

Documento eletrônico assinado por **SÉRGIO RIZELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2473689v22** e do código CRC **a98fd386**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SÉRGIO RIZELO

Data e Hora: 27/7/2022, às 12:56:3

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5015158-97.2020.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVERALDO SILVA

EMBARGANTE: LEONARDO MARQUART (RÉU)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE COMPENSOU INTEGRALMENTE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE APENAS UMA CONDENAÇÃO PRETÉRITA UTILIZADA NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. POSIÇÃO FIXADA NA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.341.370/MT (TEMA REPETITIVO 585).

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade” (STJ. TEMA 585, Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT).

EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS.

ACÓRDÃO

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 aos presentes embargos infringentes, nos termos do voto vencido, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 27 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por LEONARDO MARQUART, nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara

Criminal que, em sessão de 07 de junho do corrente, conheceu da apelação então interposta pelo ora Embargante e, por maioria de votos, negou-lhe provimento.

Em síntese, alega o embargante que na linha da divergência registrada no acórdão do Exmo. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo ,

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Henrique Limongi, opinando pelo conhecimento e desprovimento dos embargos (evento 48).

Este é o relatório que passo ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Revisor.

VOTO

Dessume-se dos autos que o embargante foi condenado a 01 (um) ano, 07 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 09 (nove) dias-multa, cada qual correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 155, 4º, inc. II (fraude), c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação, requerendo a desclassificação do fato para furto simples, afastando a qualificadora da fraude; bem como para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, seja a agravante da reincidência compensada pela atenuante da confissão espontânea e para que o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade seja o aberto.

Ascenderam os autos a esta Egrégia Corte que, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, vencido o Excelentíssimo Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo, que votou no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para proceder a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e, por conseguinte, reduzir a pena do apelante. Ainda, ex officio, alterou o regime prisional para o semiaberto.

Agora, busca o embargante a prevalência do voto vencido.

Extrai-se do voto vencedor da lavra do Exmo. Des. Ricardo Roesler no tocante ao objeto da divergência:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, em sessão realizada em 07 de junho de 2022, por maioria, parcialmente vencido o Relator - que compensava integralmente a reincidência com a confissão espontânea e alterava o regime prisional para o semiaberto - conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantido o regime fechado inclusive.

O voto vencedor se restringe, portanto, à compensação integral da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal) com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal) pretendida pela defesa, bem como à conservação do regime prisional inicial fechado.

E, conforme entendimento da douta maioria, sem razão à defesa.

Para melhor análise da dosimetria, extrai-se da sentença a quo (grifou-se):

*Na fase do art. 59 do Diploma Penal, observo que, quanto à **culpabilidade**, desponta dos autos em grau médio, pois que, ao infringir o disposto no art. art. 155, § 4º, inc. II (fraude), c/c art.14, inc. II, ambos, do Código Penal, o acusado sabia ou devia saber que atuava contrariamente ao direito, residindo, aí, a censurabilidade de sua conduta. **O acusado ostenta antecedentes criminais, já tendo sofrido condenações com trânsito em julgado nos autos n. 12198720108240023 (Evento 175, CERTANTCRIM3), n. 28757220058240082 (Evento 175, CERTANTCRIM4) e n. 51043920048240082 (Evento 175, CERTANTCRIM5), sendo de se registrar que a condenação havida nos autos n. 595023520128240023 (Evento 175, CERTANTCRIM6) será utilizada na segunda etapa para efeitos da agravante da reincidência.** Sobre sua conduta social e sua personalidade nada se apurou. Os motivos do crime foram próprios ao tipo penal. As circunstâncias restaram esclarecidas, nada havendo a se destacar que possa influir na dosimetria da pena. As consequências do crime não extrapolam o tipo. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o delito perpetrado.*

Tendo em conta os antecedentes criminais do acusado, sempre voltados a crimes contra o patrimônio, fixo a pena-base em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria, verifico a presença da agravante da reincidência específica, pois que condenado o acusado por crime igual ao destes autos no processo n. 595023520128240023 (Evento 175, CERTANTCRIM6), pelo que aumento a reprimenda antes fixada na fração de 1/5, majorando-a em 05 (cinco) e 22 (vinte e dois) dias. Por outro lado, verifico a presença da atenuante da confissão espontânea e diminuo a pena em 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias, pelo que quantifico a reprimenda em 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão. Inalterada a pena de multa.

Na terceira e última etapa da dosimetria da pena, ausentes causas de especial de aumento, verifico a presença da causa geral de diminuição de pena relativa à tentativa, pelo que diminuo a pena em 1/3 e torno-a definitiva em 01 (um) ano, 07 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 09 (nove) dias-multa, cada qual correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Considerando a reincidência específica do acusado e seus maus antecedentes criminais, determino o regime fechado para o início de cumprimento de pena.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e a concessão de sursis, haja vista ser o réu reincidente.

Conforme se infere, a agravante da reincidência específica foi parcialmente compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal), restando, dessa metodologia de cálculo, o aumento remanescente de 28 (vinte e oito) dias de reclusão.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que este Relator, inclusive albergado por esta Câmara, adotava o entendimento de que a reincidência, em qualquer hipótese, devia prevalecer sobre a confissão, principalmente porque o agente que confessa o faz com vista à possibilidade de redução de pena, fato que não se confundiria com a sua personalidade e nem mesmo significaria, necessariamente, que se arrependeu dos seus atos.

No entanto, e embora existam julgados nesse mesmo sentido no Supremo Tribunal Federal, em lógica inversa ao raciocínio até então adotado, sedimentou-se no Superior Tribunal de Justiça a posição no sentido de que “a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência” (HC 350.671/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16.06.2016, DJe 28.06.2016), a qual já encontrava respaldo no julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo n. 1341370/MT.

Assim, conquanto a regra tenha passado a ser a compensação entre as circunstâncias legais em apreço, a própria Corte Superior passou a mitigá-la em casos que se verifique a condição de multirreincidência ou a de reincidência específica do agente, como no caso dos autos.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

1) HC 469562/DE, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 04.10.2018: [...]

2) AgRg no HC 394716/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 12.09.2017: [...]

Atento a essa nova orientação, este Tribunal também se inclinou pela possibilidade de compensação, inclusive com observação das mesmas condicionantes, conforme se verifica no julgamento proferido pela Seção Criminal na Revisão Criminal n. 4002677-33.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 31.08.2016:

[...]

Diante dessa guinada jurisprudencial, portanto, é forçoso reconhecer a superação do entendimento inicialmente apontado, o que não significa, porém, que a compensação deva se dar de forma indistinta, ficando condicionada à análise do caso concreto.

Com efeito, entende-se que, em regra, é possível a compensação da confissão espontânea com a agravante de reincidência, desde que o agente não ostente mais de uma condenação apta a ser considerada para fins de reincidência e que, se reincidente, não seja por crimes do mesmo gênero - tal como no caso dos autos.

Nesse vértice, desta Corte:

1) Apelação Criminal n. 5009834-38.2020.8.24.0020, rel. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 17-08-2021:

2) Apelação Criminal n. 0001807-23.2016.8.24.0011, rel. Ricardo Roesler, Terceira Câmara Criminal, j. 31-05-2022: [...]

3) Apelação Criminal n. 5018758-44.2021.8.24.0039, rel. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 10-05-2022: [...]

Ademais, inexistem parâmetros pré-definidos para sopesamento das circunstâncias judiciais e legais pelo legislador, revelando-se o aumento operado pelo Magistrado, no uso de sua discricionariedade motivada, adequado e proporcional na hipótese.

No que tange ao regime prisional, de rigor sua conservação no fechado, visto que o apelante é possuidor de múltiplos antecedentes criminais e reincidente, todos processos voltados a crimes contra o patrimônio.

Logo, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, conservando o regime prisional fechado inclusive.

Extrai-se do voto vencido da lavra do Exmo Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo:

4. Pleito de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante de reincidência

Pretende a defesa a compensação da confissão espontânea com a reincidência.

Melhor sorte socorre à defesa.

Na segunda fase a Magistrada fez preponderar a agravante de reincidência sobre a atenuante de confissão espontânea, o que fez nos seguintes termos:

Na segunda fase da dosimetria, verifico a presença da agravante da reincidência específica, pois que condenado o acusado por crime igual ao destes autos no processo n. 595023520128240023 (Evento 175, CERTANTCRIM6), pelo que aumento a reprimenda antes fixada na fração de 1/5, majorando-a em 05 (cinco) e 22 (vinte e dois) dias. Por outro lado, verifico a presença da atenuante da confissão espontânea e diminuo a pena em 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias, pelo que quantifico a reprimenda em 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão. Inalterada a pena de multa.

*Embora o tema seja polêmico e este relator que ora subscreve já tenha se manifestado em sentido diverso, cumpre frisar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a reincidência, **inclusive a específica**, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, considerando que ambas as circunstâncias são igualmente preponderantes. Veja-se:*

[...]

O mesmo comando, aliás, consta nas anotações inseridas recentemente ao “Tema 585”, em que a Terceira Sessão discutiu, sob o procedimento previsto para os recursos repetitivos no âmbito do STJ, sobre “a possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”. Veja-se:

[...]

Assim – considerando que o acusado não é multirreincidente – não vejo razões, na esteira da orientação do STJ, para não compensar integralmente a reincidência (ainda que específica) com a atenuante de confissão, uma vez que ambas as circunstâncias são igualmente preponderantes.

Desse modo, voto pelo provimento do apelo no ponto.

Em que pese o respeitável entendimento expendido no voto vencedor, acompanha-se o entendimento do voto vencido, uma vez que em harmonia com o novel entendimento fixado na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT (Tema Repetitivo 585), *in verbis*:

*TESE FIRMADA - TEMA 585: É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, **seja ela específica ou não**. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.*

A propósito, o Segundo Grupo Criminal deste Tribunal já decidiu sobre a matéria:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. DECISÃO COLEGIADA QUE, PORMAIORIADEVOTOS, AFASTOUACOMPENSAÇÃOENTREAAGRAVANTEDAREINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E ESTABELECEU O REGIME PRISIONAL FECHADO. POSTULADA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. ACOLHIMENTO PARCIAL. PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. UTILIZAÇÃO DE APENAS UMA DELAS NA ETAPA INTERMEDIÁRIA, A TÍTULO DA AGRAVANTE DO ART. 61, I, DO CÓDIGO

PENAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE, SEGUNDO ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DEVE SER COMPENSADA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA CORTE SUPERIOR MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. EQUIVALÊNCIA QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. MODALIDADE FECHADA PRESERVADA. ATENÇÃO AO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL E À SÚMULA 269 DO STJ.

1 “A Terceira Seção firmou o entendimento de que a reincidência, inclusive a específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão” (STJ, AgRg no HC 545.617/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 05/03/2020, DJe 10/03/2020).

2 “A despeito do quantum de pena definitivamente imposta ao réu, a reincidência e os maus antecedentes justificam a fixação do modo fechado para o início do seu cumprimento. Súmula n. 269 do STJ” (AgRg no REsp 1850098/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS EM PARTE.

(TJSC, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0009429-38.2017.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 31-03-2021).

No caso dos autos, embora o embargante ostente duas condenações utilizadas a título de maus antecedentes, possui apenas uma para conferir desvalor para a reincidência, não sendo, portanto, caso de multirreincidência. Sendo assim, em harmonia com o entendimento jurisprudencial, viável a compensação integral, devendo prevalecer os cálculos dosimétricos indicados no voto vencido.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer e acolher aos presentes embargos infringentes, nos termos do voto vencido.

Documento eletrônico assinado por **JOSÉ EVERALDO SILVA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2480122v8** e do código CRC **4a8f306e**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JOSÉ EVERALDO SILVA

Data e Hora: 1/8/2022, às 19:24:20

REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5037969-52.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

REQUERENTE: LEANDRO SOUZA DE JESUS

REQUERIDO: 4ª CÂMARA CRIMINAL

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DO AUMENTO RELATIVO À REINCIDÊNCIA RECONHECIDA POR CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ACOLHIMENTO. FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE, PASSÍVEL DE CORREÇÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES DA QUINTA E DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (AGRG NO HC N. 382.880/SP, DJE 3/12/2019) E DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 178512 AGR, PUBLICADO EM 20-06-2022). PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E DEFERIDO, COM A CORRESPONDENTE ADEQUAÇÃO DA PENA.

ACÓRDÃO

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 maioria, conhecer e deferir o pedido revisional formulado pela defesa, para afastar o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, com a correspondente adequação da pena do recorrente, consolidando sua reprimenda nos autos n. 0001447-68.2014.8.24.0008 em: 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantidos no mínimo legal, por infração ao artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 31 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Petição inicial: Trata-se de pedido de revisão criminal, formulado por Leandro Souza de Jesus, por meio da defensoria pública, em relação à sua condenação nos autos n. 0001447-68.2014.8.24.0008, já findos, à pena de 7 anos de reclusão e 583 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas.

A defesa requer o afastamento do aumento relativo ao reconhecimento da agravante de reincidência calcado em condenação anterior pela prática de porte de drogas para consumo pessoal, ao argumento de que se revela desproporcional.

Em suas razões, aduz que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 453.437, manifestou entendimento de que: “Se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do artigo 28 da Lei 11.343/06 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade”. Alega, ademais, que o Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 178.512, decidiu que: “não parece razoável que condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria”.

Funda o pedido com base no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, que prevê a admissão de revisão: “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”, argumentando, ainda, que a decisão afronta “a superveniência de entendimento jurisprudencial pacífico e relevante mais benéfico ao apenado”.

Com base no exposto, pugna: “para que a fração de aumento em relação à reincidência na condenação proferida nos autos n. 0001447-68.2014.8.24.0008 seja redimensionada para 1/6, em decorrência do afastamento daquela aplicada nos autos n. 0010771- 92.2008.8.24.0008” (**evento 1, DOC1**).

Parecer da PGJ: O exmo. Procurador de Justiça Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese opinou pelo: “não conhecimento do pedido revisional formulado”, por entender que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal (**evento 9, DOC1**).

VOTO

Como visto no relatório, trata-se de pedido de revisão criminal, formulado pelo apenado Leandro Souza de Jesus, por meio da defensoria pública, em relação à sua condenação nos autos n. 0001447- 68.2014.8.24.0008, já findos, à pena de 7 anos de reclusão e 583 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06).

1. ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, cumpre frisar que o pedido de revisão criminal é instrumento processual de natureza excepcionalíssima, pois o que se pretende é desconstituir o manto da coisa julgada. As hipóteses de cabimento, assim, estão enumeradas no artigo 621 do Código de Processo Penal, abaixo:

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.

Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

Além disso, segundo Renato Brasileiro: “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*. 3. ed - Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1797).

No caso, como observado no relatório, a defesa alega afronta ao texto expresso da lei penal, por ter havido ilegalidade na aplicação da pena do requerente, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como por haver entendimento superveniente jurisprudencial pacífico mais benéfico.

Considerando que a alegação trazida pela defesa se encaixa, **em tese**, entre as hipóteses admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, com a devida vênia ao entendimento exposto no parecer ministerial, entendo que a presente revisão criminal comporta conhecimento, ao que passo à apreciação do mérito.

2. MÉRITO

Como se sabe, a alteração da pena em sede de revisão criminal somente é possível de maneira excepcional, nos casos de evidente contrariedade à lei ou à prova dos autos ou de teratologia, isto é, equívoco técnico ou ostensível ilegalidade. Sobre o ponto, colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

REVISÃO CRIMINAL. REVISIONANDO CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (LEI 11.343/2006, ART. 33, § 4º) À PENA DE 4 (QUATRO) ANOS, 8 (OITO) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 471 DIAS-MULTA. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CABIMENTO PARCIAL. NATUREZA DO ECSTASY QUE, AO CONTRÁRIO DO ALEGADO, É FUNDAMENTO IDÔNEO À MAJORAÇÃO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/6 (DOIS SEXTOS) PELA NATUREZA E QUANTIDADE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE ERRO TÉCNICO, TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE A ENSEJAR A ALTERAÇÃO DA REPRIMENDA. [...] (TJSC, Revisão Criminal (Grupo Criminal) n. 5008581-07.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ernani Guetten de Almeida, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 30-03-2022)

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INADMISSIBILIDADE. REVISIONANDO REINCIDENTE. INEXISTÊNCIA DE ERRO TÉCNICO, TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE NA DECISÃO ATACADA.

REVISIONAL INDEFERIDA (TJSC, Revisão Criminal (Grupo Criminal) n. 5066262-66.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ernani Guetten de Almeida, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 30-03-2022).

REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/06, ART. 33, “CAPUT”, E ART. 35, “CAPUT”). DOSIMETRIA - PLEITO DE REVISÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA - AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO - ALEGADA AFRONTA AO PARÂMETRO DE UM SEXTO E AO CRITÉRIO PROGRESSIVO UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA OU TERATOLOGIA - MAGISTRADO QUE FUNDAMENTA O EMPREGO DE FRAÇÃO SUPERIOR NA MULTIRREINCIDÊNCIA E NA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DA REVISIONANDA. **A reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia.** [...] REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA (TJSC, Revisão Criminal (Grupo Criminal) n. 5024980-48.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Getúlio Corrêa, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 28-07-2021) (Grifo nosso)

Na hipótese, como visto no relatório, a defesa alega que a pena deve ser alterada em razão de flagrante desproporcionalidade, ao argumento de que a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal não pode justificar o reconhecimento da agravante de reincidência, trazendo, em suas razões, precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

No caso, concordo com a defesa.

É que, embora não estejamos diante de ostensível erro técnico ou flagrante ilegalidade, ou de evidente contrariedade à lei ou à prova dos autos, entendo estar diante de um aumento **desproporcional** da pena, para o qual não se pode simplesmente fechar os olhos, mesmo em sede de revisão criminal.

Explico.

Como se sabe, a infração penal tem como espécies: o **crime**, punido com pena corporal de detenção e reclusão; e a **contravenção penal**, punida com pena corporal de prisão simples – sendo esta a principal diferença entre os institutos.

Conforme o artigo 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo **crime**, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Com base neste dispositivo, a doutrina e a jurisprudência dominante entendem que condenações anteriores por **contravenções penais**, as quais cominam pena de prisão simples, não são aptas a gerar reincidência.

Em relação à conduta de porte de drogas para consumo pessoal, prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, embora tenha sido despenalizada, não foi descriminalizada, de modo que continua sendo crime e, em tese, passível de caracterizar a reincidência, pela leitura literal do artigo 63 do Código Penal.

No entanto, não se pode perder de vista que a conduta em discussão é punida apenas com: **(a)** advertência sobre os efeitos das drogas, **(b)** prestação de serviços à comunidade e **(c)** medida educativa de comparecimento a programa ou a curso educativo – não havendo a possibilidade de converter essas penalidades em privativas de liberdade em caso de descumprimento.

Assim, se as contravenções penais, para as quais há previsão de prisão simples, não ensejam reincidência, entendo desproporcional considerar que o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que sequer permite a conversão das penas em privativas de liberdade, seja apto a configurar reincidência.

Noto que, no caso, o reconhecimento da reincidência por condenação por porte de drogas implicou o aumento da pena intermediária na fração de 1/5, em vez da usual fração de 1/6 (quando há apenas uma condenação), o que refletiu na exasperação da pena corporal, de 5 anos e 10 meses, para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, ensejando penalidade desproporcionalmente severa.

Destaco que, conforme precedentes da Corte Superior, trata-se de **desproporcionalidade** que pode ser tida como «manifesta ilegalidade», passível de correção **de ofício** e, portanto, passível também de correção em sede de revisão criminal (entendimento com o qual corroboro). Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (27,64 G DE MACONHA). PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. QUESTÃO DEVIDAMENTE PREJUDICADA. DECISÃO PROFERIDA NO HC N. 516.737/MG, TRANSITADO EM JULGADO EM 13/8/2019. MANUTENÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. MANIFESTA ILEGALIDADE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO COM SUPORTE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS (ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006). INADEQUAÇÃO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA CONSTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DA CONDUTA PERPETRADA PELO AGRAVANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HEDIONDEZ. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N. 118.533/MS.

1. A decisão ora agravada não possui vício apto a desconstituí-la, haja vista a idoneidade do fundamento colacionado ao julgar prejudicado o pedido feito no recurso especial, notadamente porque o afastamento da agravante da reincidência, em face de condenação anterior pelo crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ter sido apreciado no Habeas Corpus n. 516.737/MG, de minha relatoria, no qual o recorrente figurou como paciente.

2. Em que pese a regularidade da decisão agravada, verifica-se a presença de manifesta ilegalidade no reconhecimento da agravante da reincidência, passível de correção por meio da concessão de habeas corpus de ofício.

3. A conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é punida com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou a curso educativo, não havendo a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento.

4. Para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as condenações anteriores por contravenções penais, as quais cominam pena de prisão simples, não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a 'crimes' anteriores. Nesse contexto, a conclusão

do Tribunal mineiro deve ser reputada como desproporcional ao considerar que o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 seja apto a configurar reincidência, na medida em que nem sequer é punível com pena privativa de liberdade.

5. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas. [...], é adequado o afastamento dos maus antecedentes e da reincidência apoiados em duas condenações por uso de drogas e, em consequência, preenchidos os demais requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é cabível o reconhecimento do privilégio no crime de tráfico de drogas, que foi aplicado em sua fração máxima, com base na inexpressiva quantidade das drogas apreendidas (AgRg no HC n. 382.880/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 3/12/2019).*

6. *Reconhecido o privilégio do tráfico perpetrado pelo agravante, impõe-se, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o afastamento do caráter hediondo da sua conduta.*

7. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 118.533/MS, concluiu que “o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos” (HC 118.533/MS, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 16/09/2016). [...] O STJ, ao julgar a Petição n.º 11.796/DF, revisou o Tema 600 julgado sob o rito dos recursos repetitivos e cancelou o enunciado n. 512 desta Corte, passando a seguir orientação jurisprudencial do STF no sentido de que o tráfico de drogas na forma privilegiada afasta a hediondez do delito. (HC n. 458.735/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 23/10/2018).*

8. *Agravo regimental improvido. Concedido habeas corpus de ofício, para afastar a reincidência reconhecida pela Corte a quo e, via de consequência, restabelecer a dosimetria da pena constante da sentença de fls. 233/236, bem como reconhecer o caráter não hediondo da conduta perpetrada pelo agravante. (AgRg no REsp n. 1.848.017/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 23/6/2020) (Grifo nosso)*

Friso que, na revisão criminal n. **5042276-83.2021.8.24.0000**, fiquei vencido justamente neste ponto, juntamente com os exmos. des. Sérgio Rizelo e Antônio Zoldan da Veiga, sendo que a pena foi posteriormente modificada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Habeas Corpus, em razão da desproporcionalidade no reconhecimento da agravante de reincidência, na esteira do atual entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção.

Nesse sentido, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA QUE AFASTOU A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E APLICOU O REDUTOR EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. REINCIDÊNCIA E AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA E DO FUNDAMENTO UTILIZADO PARA NÃO APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

2. Nesse contexto, é adequado o afastamento da reincidência apoiado em condenação por uso de drogas e, em consequência, preenchidos os demais requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é cabível o reconhecimento do privilégio no crime de tráfico de drogas, que foi aplicado em sua fração máxima, com base na inexpressiva quantidade das drogas apreendidas.

3. Agravo regimental não provido [...] (AgRg no HC n. 686.647/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de **30/8/2021**)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES AFASTADOS. SOBRESTAMENTO DO FEITO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, em recentes julgados, tem decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF.

Precedentes.

2. A Quinta Turma deste Tribunal passou a adotar o entendimento de que, com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas à título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base, ou para justificar o afastamento do tráfico privilegiado [...] (AgRg no REsp n. 1.916.629/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de **10/5/2021**)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. REINCIDÊNCIA AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Em relação à agravante do art. 61, I, do Código Penal, ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, cuja inobservância não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a constitucionalidade está sendo debatida no STF.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.917.467/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de **19/3/2021**)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. Pontuou-se que “se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com ‘advertência sobre os efeitos das drogas’,

‘prestação de serviços à comunidade’ e ‘medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo’, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas” (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018).

3. No caso, tendo sido negada a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006, unicamente, em razão da reincidência do agravante, impõe-se a aplicação da minorante no grau máximo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 564.566/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 21/9/2020)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL - CP RECONHECIDA MONOCRATICAMENTE. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 QUE NÃO ACARRETA REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas. Assim, em princípio, não tendo havido a abolitio criminis, a prática do crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 tem aptidão de gerar os mesmos efeitos secundários que uma condenação por qualquer outro crime gera, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, como previsto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995. Todavia, importantes ponderações no âmbito desta Corte Superior têm sido feitas no que diz respeito aos efeitos que uma condenação por tal delito pode gerar (REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2020).

2. Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que **“em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência”** (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018). Outrossim, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2020).

3. O principal fundamento para este entendimento toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas) (REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/3/2020).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.845.722/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 13/8/2020) (Grifo nosso)

Não bastasse, conforme bem colocado pela defesa, recentemente, ao se deparar com o tema, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal comungou do mesmo entendimento, decidindo que:

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ASSENTADA EM ANTERIOR REGISTRO DE INCIDÊNCIA AO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. **DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA**. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MANUTENÇÃO DO DECISIUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A *inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada*. 2. **Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas***. 3. *Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência*. 4. *Além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre*. 5. *Cumpra registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo*. 6. *O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal*. 7. *Agravo regimental desprovido*.

(RHC 178512 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 17-06-2022 PUBLIC 20-06-2022) (Grifo nosso)

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento e deferimento do pedido revisional, para afastar o aumento relativo à reincidência reconhecida nos autos n. 0001447-68.2014.8.24.0008 em razão de condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio (autos n. 0010771-92.2008.8.24.0008), redimensionando a fração de aumento da segunda fase de 1/5 para 1/6 (em razão da existência de outra condenação apta a gerar a reincidência).

3. READEQUAÇÃO DA PENA

Na primeira fase, mantém-se a pena-base aplicada, fixada em: 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em razão do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável (fixada na sentença e mantida no acórdão condenatório).

Na segunda etapa, afastando-se o reconhecimento da reincidência decorrente da condenação por porte de drogas para consumo próprio (**nos termos do voto**), porém mantida a reincidência

em razão de outra condenação, reduzo a fração de aumento, fixada em 1/5, para 1/6 (nos termos requeridos pela defesa), fixando a pena intermediária do requerente em: 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. Friso que não há reflexos na pena de multa, em razão do magistrado do primeiro grau ter seguido o critério bifásico, mais benéfico ao acusado e, por isso, mantido neste pedido revisional (em atenção ao princípio do *non reformatio in pejus*).

Na terceira etapa, diante da existência da agravante de reincidência (por outra condenação), mantenho afastada a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, em não havendo causas de aumento reconhecidas na sentença, consolido a pena definitiva em: 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, mantidos no mínimo legal.

Diante do *quantum* fixado, da reincidência do recorrente e, ainda, da existência de circunstância judicial negativa, mantenho o regime inicial fechado para cumprimento da pena e os demais termos da sentença (afastamento dos benefícios do arts. 44 e 77 do CP), devendo ser respeitada, se for o caso, a eventual fase/regime da execução da pena, caso tenha sido iniciado o seu cumprimento.

4. DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, voto por conhecer e deferir o pedido revisional formulado pela defesa, para afastar o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, com a correspondente adequação da pena do recorrente, consolidando sua reprimenda nos autos n. 0001447-68.2014.8.24.0008 em: 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantidos no mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2528925v76** e do código CRC **7371942f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

Data e Hora: 5/9/2022, às 14:49:31

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5040433-49.2022.8.24.0000/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

REQUERENTE: WASHINGTON DE OLIVEIRA

REQUERIDO: JUÍZO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). PEDIDO PARA ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO DIANTE DA INIMPUTALIDADE DO AGENTE. REVISANDO QUE NA ÉPOCA DOS FATOS TIDOS COMO CRIMINOSOS ERA MENOR DE DEZOITO ANOS. CERTIDÃO DE NASCIMENTO E DADOS DO PRÓPRIO PROCESSO CRIMINAL COMPROVAM A INIMPUTABILIDADE PENAL DO REVISIONADO. ILEGALIDADE QUE DEVE SER RECONHECIDA. OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 27 DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE DO PROCESSO QUE SE IMPÕE. PEDIDO DEFERIDO.

ACÓRDÃO

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 dar provimento ao pedido revisional para anular a ação penal n. 0000509-52.2019.8.24.0023, comunicando-se imediatamente ao juízo da execução penal n. 8000168-79.2022.8.24.0023 e a Vara Criminal da Região Metropolitana da Comarca de Florianópolis, responsável pelo processamento e julgamento da ação penal n. 5052382-98.2022.8.24.0023, para que tomem ciência da presente decisão, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 31 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Revisão Criminal ajuizada por WASHINGTON DE OLIVEIRA, qualificado nos autos, em que busca revisão da condenação da ação penal n. 0000509-

52.2019.8.24.0023, onde foi condenado ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

O revisando sustenta, em breve síntese, que na data em que foi praticada a conduta criminosa pela qual foi condenado, o peticionante ainda não possuía 18 (dezoito) anos completos, não atingindo, portanto, a maioridade penal, fato pelo qual não poderia ter sido processado criminalmente.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, opinando pelo conhecimento e provimento do pedido revisional (evento 18).

É o relatório.

VOTO

A Revisão Criminal é ação penal que objetiva, em regra, rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorre erro judiciário, ou quando se verifica situação em que deva ser diminuída a pena.

Em razão de se configurar como uma verdadeira ação rescisória na esfera criminal, a sua admissibilidade é restrita aos casos taxativamente previstos no artigo 621, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O doutrinador Paulo Rangel discorre acerca do cabimento desta ação defendendo que:

O pressuposto primordial e indispensável é a sentença transitada em julgado, que deverá estar eivada de erro de procedimento ou erro de julgamento. [...] A sentença não pode apenas ter transitado em julgado para ser proposta a revisão criminal. Mister se faz ainda que tenha vício de procedimento ou de julgamento, sem os quais não há que se falar em revisão criminal. O erro judiciário e a mola propulsora da revisão. (Direito Processual Penal, 6a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 761).

Noutras palavras, a revisão criminal não pode servir como uma nova via recursal a fim de

rediscutir a matéria exaustivamente debatida nos autos da ação penal em primeira e ou na fase recursal em segunda instância.

AGRAVO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM REVISÃO CRIMINAL. REVISIONAL INDEFERIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 621 DO CPP. ALEGADA CONDENAÇÃO DO REVISIONANDO COM BASE EM INDÍCIOS E SUPOSIÇÕES. PRETENDIDA A DISCUSSÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA JÁ DECIDIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. AÇÃO REVISIONAL QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO SEGUNDA APELAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE FALAR EM DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ALEGAÇÕES NÃO CONHECIDAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO” (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Revisão Criminal n. 2012.006487-4, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 30.5.2012).

O revisando sustenta, em breve síntese, que na data em que foi praticada a conduta criminosa pela qual foi condenado, o peticionante ainda não possuía 18 (dezoito) anos completos, não atingindo, portanto, a maioridade penal, fato pelo qual não poderia ter sido processado criminalmente.

Em acurada análise dos autos, assiste razão ao revisionando.

No caso, consultando a ação penal de origem, verifica-se que a conduta criminosa investigada nos autos da ação penal n. 0000509-52.2019.8.24.0023 ocorreu na data de 17/01/2019 (doc. evento 39 - ação penal origem), conforme os documentos que instruem a ação penal e a própria narrativa da denúncia:

No dia 17 de janeiro de 2019, por volta das 18h40min, na Avenida Paulo Fontes, próximo ao “Bar Amarelinho”, bairro Centro, nesta Capital, o denunciado vendeu, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma porção de maconha, com 1,7g (um grama e sete decigramas), e uma peteca de cocaína, com 0,2g (dois decigramas), drogas capazes de causar dependência física e psíquica, ao usuário Max Nilson Nascimento Santos.

O ato de mercancia foi filmado por Policiais Militares, que não atingiram a prisão do denunciado porque este logrou sair em fuga. Contudo, conseguiram abordar o usuário, apreendendo em seu poder os entorpecentes negociados.

A certidão de nascimento do evento 1 (doc 3) demonstra que o revisando nasceu na data de 15/08/2001. Esta mesma data consta nos documentos da ação penal e foi a data declarada pelo revisando no interrogatório.

Considerando que a conduta tida como criminosa ocorreu em 17/01/2019 e, que o revisando nasceu em 15/08/2001, **nota-se que ele não contava com 18 anos completos na data dos fatos**, evento temporal que ocorreria somente na data de 15/08/2019 (data posterior a denúncia, inclusive).

O que causa perplexidade é que tal fato não foi levantado na ação penal, nem pela própria defesa, nem mesmo pelo próprio revisando, então réu, que não declarou que possuía 17 anos na data dos fatos.

Este fato, pelo que parece, passou despercebido por toda a instrução.

É fato, de qualquer forma, que os eventos narrados dão conta da menoridade penal do revisando na época dos fatos, razão pela qual era inimputável penalmente sendo, portanto, inimputável, nos termos dos artigos 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal, e, assim, não poderia ser processado criminalmente.

Estes são os precedentes deste Tribunal:

REVISÃO CRIMINAL. ACUSADO MENOR DE 18 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS, PRESO PREVENTIVAMENTE, PROCESSADO E JULGADO COMO SE MAIOR FOSSE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO QUE COMPROVA SUA INIMPUTABILIDADE. ILEGALIDADE RECONHECIDA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO AB INITIO, EM RELAÇÃO AO RECORRENTE QUE SE IMPÕE. É inadmissível a sujeição de menor de dezoito anos a processo penal, por força do art. 27 do Código Penal. A ilegalidade é mais evidente diante da condenação transitada em julgado e do já cumprimento de um sexto da pena em regime semiaberto. 2. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para revogar o trânsito em julgado e trancar a ação penal. (HC 119384 / SP. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. J. em 9/11/2010.). PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE DEFERIDA. (TJSC, Revisão Criminal n. 2009.010553-4, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, Seção Criminal, j. 27-04-2011).

PROCESSOPENAL.REVISÃO CRIMINAL.SENTENÇA CONDENATÓRIA.ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO. REVISIONAL FUNDADA NO INCISO I DO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OFENSA AO ART. 27 DO CÓDIGO PENAL E ART. 104 DA LEI 8.069/1990. AGENTE INIMPUTÁVEL A DATA DO FATO. NULIDADE DA CONDENAÇÃO. REVISÃO CRIMINAL PROCEDENTE. - Nula a condenação imposta ao agente da prática delituosa, por ofensa expressa ao art. 27 do Código Penal e 104 da Lei 8.069/1990, quando este, na data da prática da conduta criminosa, não havia atingido a maioridade penal. - Parecer da PGJ pelo deferimento da revisional. - Revisão criminal procedente. (TJSC, Revisão Criminal n. 4000170-65.2017.8.24.0000, de Chapecó, rel. Carlos Alberto Civinski, Seção Criminal, j. 22-02-2017).

REVISÃO CRIMINAL. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA E USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03 C/C ART. 304 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEDE RECURSAL. ACUSADO PROCESSADO CRIMINALMENTE E QUE À ÉPOCA DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA ERA MENOR DE 18 ANOS. CERTIDÃO DE CASAMENTO, CARTEIRA DE IDENTIDADE E CARTEIRA DE MOTORISTA QUE COMPROVAM SUA INIMPUTABILIDADE. ILEGALIDADE RECONHECIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 27 DO CÓDIGO PENAL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO, EM RELAÇÃO AO REQUERENTE QUE SE IMPÕE. PEDIDO DEFERIDO. “1. É inadmissível a sujeição de menor de dezoito anos a processo penal, por força do art. 27 do Código Penal. A ilegalidade é mais evidente diante da condenação transitada em julgado e do já cumprimento de um sexto da pena em regime semiaberto. 2. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para revogar o trânsito em julgado e trancar a ação penal”. (HC 119384 / SP. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. J. em 9/11/2010.). (TJSC, Revisão Criminal n. 4023238-26.2018.8.24.0900, de Itajaí, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 26-09-2018).

Nestes termos, imperioso o reconhecimento da inimputabilidade do revisando à época da prática da conduta tida como criminosa, declarando-se nulo o processo, *ab initio*, em relação ao mesmo.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao pedido revisional para anular a ação penal n. 0000509-52.2019.8.24.0023, comunicando-se imediatamente ao juízo da execução penal n. 8000168-79.2022.8.24.0023 e a Vara Criminal da Região Metropolitana da Comarca de Florianópolis, responsável pelo processamento e julgamento da ação penal n. 5052382-98.2022.8.24.0023, para que tomem ciência da presente decisão.

Documento eletrônico assinado por **CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2583612v5** e do código CRC **580df673**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

Data e Hora: 1/9/2022, às 10:20:30

REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5039110-09.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

REQUERENTE: DAVID CRAVO BERTI

ADVOGADO: LEO VITOR PIROLA MENDONCA (OAB SC062977)

ADVOGADO: ALEXANDRE BACK PRUDENCIO (OAB SC062968)

REQUERIDO: QUARTA CÂMARA CRIMINAL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES DA LEI DE TRÂNSITO E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. CORRIDA AUTOMOBILÍSTICA NÃO AUTORIZADA COM RESULTADO MORTE (LEI 9.503/1997, ART. 308, § 2º), OMISSÃO DE SOCORRO (LEI 9.503/1997, ART. 304, PARÁGRAFO ÚNICO) E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI 8.069/1990, ART. 244-B, CAPUT).

PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA PREVISTA NO ART. 308, § 2º PARA A DISPOSTA NO ART. 302, § 2º, AMBOS DA LEI 9.503/1997, ANTE O CONFLITO DE NORMAS À ÉPOCA DOS FATOS. VIABILIDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE CRIMES IDÊNTICOS. APLICAÇÃO DO PRECEITO MAIS BENÉFICO QUE É DE RIGOR. ADEQUAÇÃO PARA A REDAÇÃO PREVISTA NO ART. 302, § 2º, DA LEI 9.503/1997. DOSIMETRIA ALTERADA.

“Não se trata de um conflito aparente de normas que possam ser solucionadas pelos critérios clássicos de solução de antinomias, mas sim de uma norma autofágica, que dentro de si mesma cria incongruência e impede sua aplicação integral. Dentro desse quadro, a doutrina leciona que a norma penal mais branda deve ser aplicada, prestigiando o princípio penal do favor rei” (STJ, AgRg no Habeas Corpus 602.009/SP, Quinta Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15.12.2020).

PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE TODOS OS CRIMES. PARCIAL PROVIMENTO PARA RECONHECÊ-LO APENAS ENTRE OS CRIMES DISPOSTOS NOS ART. 302, § 2º, DA LEI 9.503/1997 E ART. 244-B, CAPUT, DA LEI 8.069/1990, OS QUAIS FORAM PRATICADOS MEDIANTE UMA ÚNICA AÇÃO.

REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

ACÓRDÃO

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 da revisão criminal e dar-lhe parcial provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de setembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal com pedido de liminar movida por **David Cravo Berti**, condenado pela prática dos crimes previstos nos art. 308, § 2º e art. 304, parágrafo único, ambos da Lei 9.503/1997, e art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990. A defesa, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, pugnou pela adequação da capitulação jurídica prevista no art. 308, § 2º, para a disposta no art. 302, § 2º, em razão do conflito de normas à época dos fatos e diante da ausência de aplicação da Lei 12.971/2014, mais benéfica. Ainda, requereu o reconhecimento do concurso formal entre as condutas previstas nos art. 302, § 2º, art. 304, parágrafo único, ambos da Lei 9.503/1997, e art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990 (evento 1).

O pedido liminar foi indeferido (evento 11).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de Lavra da Exma Sra. Dra. Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol, opinou pelo conhecimento e parcial provimento da ação de revisão criminal, tão somente para adequar a capitulação jurídica prevista no art. 308, § 2º, para a disposta no art. 302, § 2º (evento 18).

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal movida por **David Cravo Berti**, condenado pela prática dos crimes previstos nos art. 308, § 2º e art. 304, parágrafo único, ambos da Lei 9.503/1997, e art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto.

Inicialmente, destaca-se que o artigo 621 do Código de Processo Penal delimita o cabimento da revisão criminal nos seguintes termos: “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”.

Pelo que se infere dos autos, David Cravo Berti foi denunciado e condenado, nos autos da ação **0001326-93.2015.8.24.0076**, como incurso nas sanções do art. 304, parágrafo único, art. 308, § 2º, ambos da Lei 9.503/1997, e art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, com trânsito em julgado certificado no dia **9 de setembro de 2021**, em virtude do não conhecimento do agravo em recurso especial (fl. 4 do evento 61).

A defesa de David Cravo Berti interpôs recurso de apelação, que, em julgamento perante a Quarta Câmara Criminal, em votação unânime, mediante voto de relatoria do Des. Alexandre Divanenko, foi conhecido e desprovido, nos seguintes termos:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE TRÂNSITO E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CORRIDA AUTOMOBILÍSTICA NÃO AUTORIZADA COM RESULTADO MORTE, OMISSÃO DE SOCORRO NO TRÂNSITO E CORRUPÇÃO DE MENORES, TODOS EM CONCURSO MATERIAL (ARTS. 308, § 2º, E 304, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTB, E ART. 244-B DO ECA, NA FORMA DO ART. 69 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMOS DEFENSIVOS. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA MODALIDADE RETROATIVA, QUANTO AOS DELITOS DE OMISSÃO DE SOCORRO E CORRUPÇÃO DE MENORES PARA O ACUSADO MENOR DE 21 (VINTE E UM ANOS) NA DATA DOS FATOS. LAPSO PRESCRICIONAL REDUZIDO PELA METADE (ART. 115 DO CP) TRANSCORRIDO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ANÁLISE RECURSAL, QUANTO A ESTES CRIMES E APELANTE, PREJUDICADA. ABSOLVIÇÃO. RACHA COM RESULTADO MORTE. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E DECLARAÇÃO DE INFORMANTE DANDO CONTA DA PRÁTICA CRIMINOSA PELOS APELANTES. OMISSÃO DE SOCORRO. RÉU QUE AO AVISTAR O CONDUTOR E A MOTO CAÍDOS SEGUIU SEU ITINERÁRIO SEM PRESTAR QUALQUER ASSISTÊNCIA À VÍTIMA. AUXÍLIO PRESTADO POR TERCEIROS QUE NÃO SUPRE A SOLIDARIEDADE QUE DEVERIA NORTEAR A CONDUTA DO ACUSADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. CORRUPÇÃO DE MENORES. DESCONHECIMENTO DA MENORIDADE DO JOVEM CORROMPIDO. ÔNUS DE PROVA QUE COMPETE À DEFESA NÃO SATISFEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA DA MENORIDADE VERIFICADA PELO DOCUMENTO DE IDENTIDADE. CRIME FORMAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO CONTIDO NA SÚMULA 500 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À ESPÉCIE. PLEITO REPELIDO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. TESE NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO JUÍZO DE ORIGEM. INOVAÇÃO RECURSAL CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO PLEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO DE UM DOS RÉUS CONHECIDO E DESPROVIDO, E DO OUTRO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Nesse contexto, a defesa requer a adequação da capitulação jurídica prevista no art. 308, § 2º, para a disposta no art. 302, § 2º, em razão do conflito de normas à época dos fatos e diante da ausência de aplicação da Lei 12.971/2014, mais benéfica. Ainda, requer o reconhecimento do concurso formal entre as condutas previstas nos art. 302, § 2º, art. 304, parágrafo único, ambos da Lei 9.503/1997, e art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990.

Razão lhe assiste, ainda que em parte.

Isso porque, no dia **25 de agosto de 2015**, na Estrada Geral da localidade de Rodeio D'Areia, na cidade de Turvo, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com Héricles da Rosa Luis e com Darlan Felisberto Bon, com 17 (dezessete) anos de idade à época dos fatos, praticou corrida automobilística não autorizada pela autoridade competente, ocasionando na morte de Diego Monteiro Pasini, um dos participantes que pilotava a motocicleta Honda/CG 150 Titan KS, placa MDR 0389, em alta velocidade.

Ressalta-se que os fatos foram praticados sob a vigência da alteração legislativa promovida pela Lei 12.971/2014, a qual modificou a redação do art. 302 da Lei 9.503/1997, passando a prever a qualificadora do homicídio culposo em razão da disputa de corrida automobilística, nos seguintes termos:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

*[...] § 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou **participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente.***

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Além disso, o resultado morte também foi previsto como qualificadora do crime de participação de corrida automobilística não autorizada, nos termos do art. 308, § 2º, da Lei 9.503/1997, também vigente à época dos fatos, pelo qual David Cravo Berti foi condenado:

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:

Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

Em razão do conflito de normas, sobreveio a alteração legislativa promovida pela Lei 13.281/2006, no dia **4 de maio de 2016**, que revogou a redação do art. 302, § 2º, da Lei 9.503/1997, remanescendo apenas a qualificadora prevista no art. 308, § 2º, do mesmo diploma legal, à qual é cominada pena mais grave.

Sendo assim, considerando que os fatos pelo qual David foi condenado foram praticados em data anterior, sob a vigência de 2 (duas) redações que previam de forma semelhante a mesma conduta, é de se aplicar a pena mais benéfica, consistente no disposto no art. 302, § 2º, da Lei 9.503/1997.

Não obstante a previsão expressa da omissão de socorro como causa de aumento no tocante ao crime de homicídio culposo previsto no art. 302, § 1º, III, deixa-se de promover a sua aplicação, já que a configuração do crime autônomo previsto no art. 304, *caput*, com pena mínima de 6 (seis) meses de detenção, mostrou-se benéfica ao revisionando.

É o que se colhe do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Habeas Corpus 602.009/SP, Quinta Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15.12.2020):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR DURANTE A PARTICIPAÇÃO DE COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA. LEI N. 12.971/2014. SUBSUNÇÃO A DOIS TIPOS PENAIS IGUALMENTE VÁLIDOS E VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FAVOR REI. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A Lei n. 12.971/2014, em vigor à época dos fatos, operou reformas no Código de Trânsito Brasileiro - CTB foi severamente criticada pela doutrina vez que trouxe em dois tipos penais condutas idênticas com previsões de penas diferentes.

2. A conduta imputada ao paciente e objeto de condenação em primeira e segunda instâncias consistiu em dolosamente participar de competição automobilística ilegal e, culposamente, provocar a morte da vítima, deixando de prestar socorro se adequando tanto aos tipos penais previstos no art. 302, §2º, quanto ao art. 308, §2º do CTB, na redação da Lei n. 12.971/2014, vigente à época dos fatos.

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. [...] § 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:(Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014 e Revogado pela Lei nº 13. 281, de 2016).

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014 e revogada pela Lei nº 13.546, de 2017) Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) [...] § 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)?.

Doutrina sustenta que a pretensa diferença da descrição dos fatos não interfere na adequação típica da conduta, sendo os dois tipos penais, na verdade, idênticos.

3. Não se trata de um conflito aparente de normas que possam ser solucionadas pelos critérios clássicos de solução de antinomias, mas sim de uma norma autofágica, que dentro de si mesma cria incongruência e impede sua aplicação integral. Dentro desse quadro, a doutrina leciona que a norma penal mais branda deve ser aplicada, prestigiando o princípio penal do favor rei.

4. Agravo Regimental provido e habeas corpus concedido de ofício para desclassificar a conduta do paciente do art. 308, §2º c/c 304 para o art. 302, §2º e §1º, inciso III, do CTB, todos com a redação dada pela Lei n. 12.971/2014, vigente à época dos fatos.

5. Afastada a agravante correspondente ao crime ter sido praticado contra pessoa idosa, vez que, tratando-se de crime culposo, tal fato não se encontrava dentro da esfera de conhecimento do autor.

6. Agravo Regimental provido e habeas corpus concedido de ofício.

Da mesma forma, também deve ser reconhecido o concurso formal entre as condutas criminosas previstas nos art. 302, § 2º, da Lei 9.503/1997, e art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990, porquanto praticados mediante uma única ação.

No entanto, não há falar na extensão da aplicação do art. 70, *caput*, do Código Penal, ao crime previsto no art. 304, parágrafo único, ambos da Lei 9.503/1997, já que praticado mediante conduta autônoma. Nesse sentido, colhe-se desta Corte (Apelação Criminal 0002979-41.2015.8.24.0041, Quinta Câmara Criminal, rel. Antônio Zoldan da Veiga, j. 3.9.2020):

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, DO CP), FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DO ECA). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU MARCELO. CRIMES DE FURTO SIMPLES E FURTO QUALIFICADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA EVIDENCIADAS. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DAS VÍTIMAS, CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DAS TESTEMUNHAS E DOS POLICIAIS MILITARES QUE ATENDERAM À OCORRÊNCIA. PROVA JUDICIAL QUE DEMONSTRA QUE O RÉU FOI FLAGRADO NA POSSE DA MOTOCICLETA FURTADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 156 DO CPP). TERMOS DE RECONHECIMENTO DE PESSOA POR FOTOGRAFIA QUE APONTAM O APELANTE COMO AUTOR E COAUTOR, RESPECTIVAMENTE, DOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. NEGATIVA DO ACUSADO ISOLADA NOS AUTOS E QUE CARECE DE CREDIBILIDADE ANTE O ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. PRETENZA ABSOLVIÇÃO. AVENTADA AUSÊNCIA DE DOLO. INSUBSISTÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE EFETIVO CORROMPIMENTO PELO ACUSADO. COMPROVAÇÃO DO ENVOLVIMENTO DA MENOR NO DELITO QUE É SUFICIENTE. EXEGESE DA SÚMULA N. 500 DO STJ. ENTENDIMENTO PACIFICADO NESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO AFASTADA. CONCURSO MATERIAL RECONHECIDO NA ORIGEM ENTRE OS TRÊS DELITOS. **CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES PRATICADOS POR MEIO DE UMA SÓ CONDUTA. RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE ELES QUE SE IMPÕE. PENA READEQUADA DE OFÍCIO.** RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, EM RELAÇÃO AO CORRÉU ABRAÃO, NA MODALIDADE RETROATIVA. PENA APLICADA EM 2 ANOS QUANTO AO DELITO DE FURTO QUALIFICADO E 1 ANO QUANTO AO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ACUSADO MENOR DE 21 ANOS NA DATA DO FATO. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR À 2 ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, 114, II, 115 E 119, TODOS DO CP C/C ART. 61 DO CPP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DE OFÍCIO, ALTERADO O QUANTUM DA PENA DO APELANTE E RECONHECIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CORRÉU.*

Sendo assim, procede-se à adequação do cálculo dosimétrico.

Na primeira fase, nos termos do art. 59 do Código Penal, o grau de **culpabilidade**, considerado como grau de reprovabilidade da conduta, deve ser considerado normal. David Cravo Berti não possui **antecedentes**. Não foram amealhados elementos suficientes nos autos sobre sua **conduta**

social ou sua **personalidade**. Os **motivos** são comuns à espécie. As **circunstâncias** do delito foram inerentes ao tipo penal. As **consequências** foram normais. O **comportamento da vítima** não contribuiu para a prática do delito. Assim, fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda etapa, não há agravantes e atenuantes e, na terceira fase, não há causas de aumento e de diminuição, razão pela qual a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão se torna definitiva. A propósito, deixa-se de fixar a pena de suspensão da condução de veículo automotor, uma vez que não estabelecida na sentença já transitada em julgado.

Diante da prática do crime previsto no art. 302, § 2º, da Lei 9503/1997 em concurso formal com o disposto no art. 244-B, *caput*, da Lei 8.069/1990, procede-se o incremento da pena mais grave de 1/6 (um sexto), resultando na pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Procede-se à adequação do cúmulo material das penas, em razão da simultânea condenação pela prática do crime previsto no art. 304, *caput*, da Lei 9.503/1997, resultando na pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e de 6 (seis) meses de detenção.

Adequa-se o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, nos termos do art. 33 do Código Penal.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer da revisão criminal e dar-lhe parcial provimento.

Documento eletrônico assinado por **ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2612814v23** e do código CRC **0161c1e2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Data e Hora: 30/9/2022, às 14:52:58

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0000641-91.2016.8.24.0063/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ARIOVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

EMBARGANTE: MAURICIO AQUIS NUNES (RÉU)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. ARTIGO 609 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO NÃO UNÂNIME PROFERIDA EM RECURSO DE APELAÇÃO. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DO VOTO DIVERGENTE QUE ABSOLVEU O ACUSADO EM RELAÇÃO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/03, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO ENTENDIMENTO PREVALECENTE. CASO EM CONCRETO QUE ADMITE O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APREENSÃO DE TÃO SOMENTE DOIS PROJÉTEIS DESACOMPANHADOS DE QUALQUER OUTRO ELEMENTO BÉLICO. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE NA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. MANUTENÇÃO DO VOTO DISCORDANTE. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E PROVIDOS.

ACÓRDÃO

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 dar provimento ao recurso e, assim sendo, acompanhar o voto discordante da Em. Relatora, a fim de absolver Mauricio Aquis Nunes da prática do delito disposto no art. 12 da Lei de Armas, nos moldes da fundamentação supra, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Mauricio Aquis Nunes, mediante defensoria constituída (Dr. Maiko Giordani S. Cordova - OAB/SC nº 25.853), opôs Embargos Infringentes e de Nulidade, em face da decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal, relatora originária Exma. Sra. Dra. Salete Silva Sommariva, que

por maioria decidiu conhecer do recurso defensivo e negar-lhe provimento, vencida a relatora que se posicionou pela absolvição do agente quando do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03 (evento 22).

A defesa sustenta, em síntese (evento 32), o acolhimento integral do voto vencido, para reformar o acórdão não unânime desfavorável ao ora Embargante e, desse modo, reconhecer a não culpabilidade em relação ao delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, nos termos do artigo 386, inc. III, do CPP.

Lavrou parecer pela 20ª Procuradoria de Justiça Criminal, o Exmo. Sr. Dr. Ernani Dutra, que se posicionou pelo conhecimento e desprovimento dos presentes embargos (evento 54).

Este é o relatório que passo ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Revisor.

VOTO

O recurso é próprio e tempestivo, logo merece ser conhecido.

Conforme sumariado anteriormente, **Mauricio Aquis Nunes**, mediante defensoria constituída (Dr. Maiko Giordani S. Cordova - OAB/SC nº 25.853), opôs Embargos Infringentes e de Nulidade, em face da decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal, relatora originária Exma. Sra. Dra. Salete Silva Sommariva, que por maioria decidiu conhecer do recurso defensivo e negar-lhe provimento, vencida a relatora que se posicionou pela absolvição do agente quando do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03 (evento 22).

A defesa sustenta, em síntese (evento 32), o acolhimento integral do voto vencido, para reformar o acórdão não unânime desfavorável ao ora Embargante e, desse modo, reconhecer a não culpabilidade em relação ao delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, nos termos do artigo 386, inc. III, do CPP.

Pois bem.

Consta os autos que, após denúncias anônimas acerca da receptação de veículos roubados/furtados, os agentes policiais realizaram abordagem do ora Embargante em uma oficina mecânica, realizada a devida verificação do local, localizaram 2 (duas) munições calibre .12, na gaveta do escritório, tendo esse dito que havia achado dentro de um carro e tinha guardado.

Assim sendo, o agente restou denunciado quanto a prática do delito encartado no art. 12 da Lei nº 10.826/03 e, ao meu sentir, a absolvição deve ser reconhecida.

É consabido que o delito em estudo é crime de mera conduta e de perigo abstrato, de modo que dispensável a ocorrência de um resultado naturalístico, sendo bastante para sua caracterização a simples prática das condutas previstas no tipo penal, sem necessidade da efetiva exposição de outrem a risco.

Todavia, em momento pretérito, “o Supremo Tribunal Federal, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de quantidade pequena de munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública” (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9/10/2017; HC 154390, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 7/5/2018).

In casu, foi apreendido tão somente 02 (duas) munições calibre .12 intacta, desacompanhada de qualquer outro apetrecho, revelando, em verdade, total inexpressividade de lesão jurídica.

“[...] Muito embora os delitos constantes do Estatuto do Desarmamento sejam crimes de mera conduta, sendo suficiente a prática de alguma das condutas previstas no tipo penal para a sua configuração, assim como prescindível a demonstração de lesão ou dano, admite-se a aplicação do princípio da insignificância quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal, como nas hipóteses em que apreendida uma única munição de calibre .38, sem nenhum armamento ou dispositivo apto a deflagrar o projétil [...]” (AgRg no REsp 1837970/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 09/03/2020).

Dessa forma, ante o princípio da insignificância, entendo como atípico o proceder do acusado frente a: (i) mínima ofensividade da conduta, (ii) a ausência de periculosidade social da ação, (iii) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica.

Assim, reconheço a não culpabilidade de Mauricio Aquis Nunes no que diz respeito ao crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei do Desarmamento, o que faço à luz do art. 386, inc. III do CPP.

Válido citar, sabe-se que este entendimento encontra discordância nesta egrégia Corte de Justiça, porém, reforço o posicionamento supra por entender que todas as vertentes devem ser ponderadas a fim de alcançar congruente decisão. Pontuo por fim, não me furtarei em decidir de forma diversa se assim o caso em estudo necessitar.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar-lhe provimento ao recurso e, assim sendo, acompanhar o voto discordante da Em. Relatora, a fim de absolver Mauricio Aquis Nunes da prática do delito disposto no art. 12 da Lei de Armas, nos moldes da fundamentação supra.

Documento eletrônico assinado por **ARIOVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2801518v14** e do código CRC **b6c3ee61**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ARIOVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

Data e Hora: 7/11/2022, às 16:57:20

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010382-13.2018.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO CIVINSKI

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI 11.343/2006, ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, RESPECTIVAMENTE). SENTENÇA CONDENATÓRIA EM PARTE. RECURSOS DAS DEFESAS E DA ACUSAÇÃO.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. NÃO CONHECIMENTO. PRETENSÃO GENÉRICA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.

MÉRITO. APELAÇÃO DA DEFESA DE UM DOS AGENTES CONTRA PARTE DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO PROCESSO PELA OCORRÊNCIA DE DOENÇA MENTAL (INIMPUTABILIDADE) NO CURSO DA AÇÃO NA FORMA DO ART. 152 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSÃO DE PROSEGUIMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. RETOMADA QUE SÓ É POSSÍVEL COM A RECUPERAÇÃO DO ACUSADO (§2º DO ART. 152 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INCAPACIDADE CONSTATADA EM LAUDO PERICIAL OFICIAL. SUSPENSÃO DO FEITO QUE DEVE PERMANECER ATÉ A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

APELAÇÕES DAS DEFESAS DOS AGENTES CONDENADOS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. (1) PRÉTENSÕES ABSOLUTÓRIAS. ACOLHIMENTO PARCIAL. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. INVESTIGAÇÃO APARELHADA POR DIÁLOGOS CAPTADOS MEDIANTE MEDIDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIA INDUVIDOSA EM RELAÇÃO A BOA PARTE DOS AGENTES, DADA A PLENA IDENTIFICAÇÃO REALIZADA PELOS POLICIAIS, AUTORIZANDO A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS FRENTE AO CONTEÚDO DAS CONVERSAS QUE EVIDENCIARAM A COMERCIALIZAÇÃO PROSCRITA. PORÉM, DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À IDENTIFICAÇÃO DE UM DELES COMO RESPONSÁVEL PELA UTILIZAÇÃO DE UM DOS RAMAIS INTERCEPTADOS. AUSÊNCIA DE MAIORES DILIGÊNCIAS INVESTIGATIVAS PARA DEBELAR A DÚVIDA. ABSOLVIÇÃO IMPERATIVA. (2) AGENTE CONDENADA PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. DEDICAÇÃO CRIMINOSA EVIDENCIADA PELOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO SEGURA DA OCUPAÇÃO LÍCITA AO TEMPO DA INVESTIGAÇÃO.

RECURSO DA ACUSAÇÃO. MÉRITO. (1) PRETENSÃO CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO AOS AGENTES ABSOLVIDOS DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO ACOLHIMENTO. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA ACERCA DA IDENTIFICAÇÃO DE DETERMINADOS AGENTES COMO RESPONSÁVEIS PELOS RAMAIS INTERCEPTADOS. FALTA DE DILIGÊNCIAS INVESTIGATIVAS PARA PRODUZIR ELEMENTOS DE CORROBORAÇÃO. NESSE ASPECTO, ABSOLVIÇÕES MANTIDAS. DE OUTRA PARTE, CONTEÚDO DE DIÁLOGO

INTERCEPTADO EM RELAÇÃO A UMA DAS AGENTES COM SEU COMPANHEIRO, CORRÉU SEGREGADO À ÉPOCA DA INVESTIGAÇÃO, QUE NÃO REVELA, POR SI SÓ, A AQUISIÇÃO DO MATERIAL ENTORPECENTE DESCRITO NA DENÚNCIA. DEFESA QUE PRODUZIU PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL A FIM DE JUSTIFICAR A LICITUDE DA CONVERSA INTERCEPTADA. DÚVIDA QUE DEVE FAVORECER A RÉ. LADO OUTRO, CASAL QUE, EMBORA IDENTIFICADO COMO INTERLOCUTORES EM DIÁLOGOS REFERENTES À NARCOTRAFICÂNCIA, NÃO ATUAVA DE MODO ASSOCIADO PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INSEGURANÇA A RESPEITO DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. (2) AGRAVAMENTO DO REGIME INICIAL EM RELAÇÃO A UM DOS AGENTES CONDENADOS POR TRÁFICO DE DROGAS. ACOLHIMENTO. SENTENÇA QUE FIXOU O REGIME INICIAL SEMIABERTO AO TER EM VISTA A QUANTIDADE DA PENA INFERIOR A OITO ANOS E A REINCIDÊNCIA GENÉRICA OU INESPECÍFICA. CONTUDO, CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS QUE REVELAM A GRAVIDADE DA CONDUTA QUE ENSEJOU A CONDENAÇÃO, DESTACADA A MAJORANTE DECORRENTE DA INTRODUÇÃO DE DROGAS EM UNIDADE PRISIONAL ONDE O AGENTE ESTAVA RECOLHIDO. REINCIDÊNCIA QUE, EMBORA NÃO ESPECÍFICA, REVELA O COMETIMENTO DE DELITO DE DESTACADA GRAVIDADE. PECULIARIDADES QUE AUTORIZAM A IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS SEVERO. OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO 719 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

ACÓRDÃO

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 integralmente dos recursos da acusação e das defesas de G. B. M., H. P., R. M. M. e C. A. C., parcialmente do recurso de T. M. S., para negar provimento ao apelo de C., H., R. e T., dar provimento ao apelo de G. de modo a absolvê-lo do crime de tráfico de drogas e, por fim, dar provimento em parte à apelação da acusação para agravar o regime inicial imposto a H. na condenação do crime de tráfico de drogas, do semiaberto ao fechado, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público da comarca de FLORIANÓPOLIS ofereceu denúncia em face de: A. A. D., dando-o como incurso nas sanções do art.33, *caput*, e do art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006; A. C., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e do art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006; A. G. da R., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei

11.343/2006; C. A. C., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006; G. B. M., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006; H. P., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, e do art. 35, *caput*, todos da Lei 11.343/2006; J. de J. I., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; R. M. M., dando-a como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, e do art. 35, *caput*, todos da Lei 11.343/2006; S. da S. I., dando-a como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; e T. M. S., dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, IV, ambos da Lei 11.343/2006, em razão dos seguintes fatos:

I – Da Associação para o tráfico

I.1 – Dos denunciados H. P. e R. M. M.

Em data a ser melhor apurada durante a instrução processual, mas antes do mês de maio de 2017, os denunciados H. P. e R. M. M., associaram-se permanentemente para praticar o tráfico de drogas nesta Capital.

Os denunciados convivem maritalmente e, não obstante, a denunciada R. era incumbida de levar o material entorpecente para o denunciado H., que cumpre pena na Penitenciária de Florianópolis e comercializa a droga para outros reclusos, além de realizar diretamente o comércio proscrito.

Veja-se, a título de exemplo, os seguintes trechos extraídos do teor do auto circunstanciado das interceptações telefônicas, os quais tratam da entrega/venda de porções de maconha, por eles tratada como “fumo”:

- Em 26/05/2017, às 13h44min, o denunciado H. telefona para a denunciada R. e esta diz que vai levar somente 50 gramas, pois não consegue levar 100 gramas. Ela diz que levará 50 agora e 50 depois, inclusive diz que desmanchará as bolinhas e picará uma de cada vez e fará as bolinhas novamente. Logo ela diz que fez um teste e não conseguiu colocar as 100 gramas (fl. 2753).

- Em 05/07/2017, às 12h50min, H. liga para sua esposa R. M. M. Ela diz que vai levar fumo para ele (umas 50 gramas). Logo ela diz “que já vendeu umas 50 gramas na pista”. Ele pede para ela levar o bom. Ela diz para pagarem o cara e depois pegarem mais uma peça (fl. 2849).

- Já no dia 09/07/2017, às 23h03min, H. pede para a R. para falar com o Lele para ver quanto custa meio quilo do fumo “bom”. Ela pergunta se o Lele pega o fumo com o Ruk e o H. responde que sim. Mais adiante H. diz que o Pirata vai querer pegar mais um fumo (fl. 2850).

I.2 – Dos denunciados A. C. e A. A. D.

Em data ainda não esclarecida, mas antes do dia 24 de janeiro de 2018, os denunciados A. C. e A. A. D. se associaram, de forma permanente, com o objetivo de praticar o tráfico de drogas nesta Capital.

O papel do denunciado A. na associação é fornecer o material entorpecente que será comercializado pelo denunciado A. A. D., o qual exerce o papel de revendedor.

As atividades criminosas decorrentes de tal associação para o tráfico ficam evidente por meio dos trechos extraídos do Auto Circunstanciado das comunicações interceptadas:

- Em ligação realizada no dia 24/01/2018, às 21h11min, Playboy [vulgo do denunciado A. C.] separa drogas para entregar a seu interlocutor, A. A. D., vulgo “Schreck”, para que este as revenda (fl. 3297).

- Na mesma data, por volta das 20h31min, em um áudio, A. A. D. chama Playboy de “patrão”, se identifica

como “Schreck” e pede “mais cinco” (buchas de cocaína) (fl. 3299).

II – Do Tráfico de drogas

Durante os períodos em que os ramais utilizados pelos denunciados permaneceram interceptados, foi possível constatar diversas negociações de entorpecentes, evidenciando o tráfico de drogas praticado por todos eles.

II.1 – Dos denunciados C. A. C. e S. da S. I.

Em data a ser precisada durante a instrução processual, mas antes do dia 17 de maio de 2017, os denunciados C. A. C. e S. da S. I., em união de desígnios, adquiriram, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 10kg (dez quilogramas) de maconha, pelo valor de R\$7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), com o objetivo de comercializar a terceiros.

Os denunciados são casados entre si e, enquanto S. foi a responsável por realizar diretamente a compra do material entorpecente, C. A., que se encontrava segregado, auxiliou na fixação do preço para a venda, sempre ciente do desenrolar das negociações (documentos de fls. 2736 e 2752).

II.2 – Dos denunciados H. P. e R. M. M.

Depois de se associarem para praticar o comércio ilícito (tópico I.1 da Denúncia), a denunciada R. M. M. passou a adquirir, trazer consigo e vender substâncias entorpecentes, especialmente maconha, sempre com a adesão subjetiva de seu companheiro, o denunciado H. P. que se encontrava recolhido no Presídio Masculino de Florianópolis.

Em diversas oportunidades, a denunciada R. chegou a ingressar no indicado ergástulo com drogas, as quais entregava ao codenunciado, algumas vezes para seu consumo e outras tantas para a venda dentro do estabelecimento prisional, conforme se coleta das seguintes comunicações interceptadas:

- Em 05/07/2017, 12h50min H. liga para sua esposa R. M. M. Ela diz que vai levar um fumo para ele (umas 50 gramas). Logo ela diz “que já vendeu umas 50 gramas na pista” (fl. 2849).

- No mesmo dia, por volta das 21h10min, H. liga pra esposa e diz que o Pirata vai pegar 100 gramas. Primeiro vai pegar 40 e na semana que vem mais 60, após o pagamento. Ela diz que vai levar Gudan e mais umas 20 ou 30 gramas, conforme o que conseguir enrolar. Ela diz que vai enrolar e que consegue levar até umas 30 gramas (fl. 2849).

- No dia 07/07/2017, por volta das 22h, H. pergunta como que a R. vai levar o fumo (pra dentro do presídio), ela responde que vai levar em bolinhas, que não consegue levar inteiro (fl. 2850).

- Em 09/07/2017, às 23h, H. liga para a R. e pede para levar 100 gramas (pra dentro do presídio), sendo 50 para um camarada dele e 50 para ele, pois ele vai vender esse fumo. Inclusive ele diz que vai vender um fumo para pegar outro fumo, que “já tem um fumo vendido para um gurizão aí” (fl. 2850).

II.3. – Do denunciado T. M. S.

Durante o mês de julho de 2017, em diversas oportunidades que serão melhor esclarecidas durante a instrução processual, o denunciado T. M. S. vendeu e forneceu maconha e cocaína a indivíduos não identificados, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, inclusive empregando arma de fogo em suas práticas criminosas.

As atividades ilícitas desenvolvidas pelo denunciado ficam evidenciadas por meio dos trechos extraídos dos autos circunstanciados do segundo período das interceptações telefônicas que ora se colacionam:

- Em 01/07/2017, às 14h52min, T. recebe uma chamada de interlocutor não identificado, perguntando se ele já estava descendo e pedindo que levasse mais pó. Na sequência T. pergunta se “fumo” tem, e o interlocutor responde que sim (fl. 2904).

- No dia 05/07/2017, por volta das 15h, T. recebe chamada de interlocutor não identificado, este pergunta se ele tem umas “25” para vender, T. responde que sim, em seguida o interlocutor fala que está indo lá e levando um turista para comprar e que diz que ele (turista) é de boa (fl. 2904).

- Ainda no dia 05/07/2017, às 15h39min, Interlocutor não identificado faz chamada para T. e pergunta onde ele está, T. fala que em casa, interlocutor fala que eles tem que ir lá na favelinha, porque tem um deles que está desarmado. T. fala que está indo e levando a máquina, interlocutor diz que também está maquinado (armado) (fl. 2905).

No dia 12/09/2017 a DECOD cumpriu mandado de busca na residência do denunciado T. M. S., tendo sido apreendido cerca de 12Kg de ‘maconha’, ocasião em que o mesmo não estava na residência, porém todas as evidências levavam a crer que a droga lhe pertencia (BO n. 561-2017-86 – DECOD).

II.4 - Do denunciado J. de J. I. e G. B. M.

Em data a ser melhor precisada durante a instrução processual, mas após o dia 05 de julho de 2017, os denunciados J. de J. I. e G. B. M., em união de desígnios, adquiriram 5kg (cinco quilogramas) de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal, com o objetivo de comercializar a terceiros.

Na ocasião, G. se encontrava recolhido no Presídio Masculino de Florianópolis, mas participou das negociações com seu comparsa J. conforme se coleta do auto circunstanciado à fl. 3085:

- No dia 05/07/2017, por volta das 11h45min, Nogueira [vulgo do acusado J.] em conversa com G. B. P., que se encontra no presídio masculino. Os dois negociam cinco quilos de maconha, G. diz que a droga é do “feio ali do Pantanal”

O contato de ambos era constante por meio do aplicativo WhatsApp, tanto que, em outra comunicação interceptada, o denunciado G. diz [ao denunciado J.] que vai mandar por “whats” o contato de alguém que tem maconha, que se a negociação der certo vai receber uma parte da droga (fl. 3086).

II.5 – Do denunciado A. G. da R.

No decorrer do mês de janeiro do ano de 2018, o denunciado A. G. da R. adquiriu, teve em depósito e vendeu material entorpecente, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, especialmente no bairro Ingleses, região norte desta Capital.

O denunciado, além de realizar o comércio diretamente, ainda era o responsável pelo funcionamento de um ponto de venda de drogas, conforme se apurou durante as interceptações telefônicas que a seguir se reproduzem:

- No dia 13/01/2018, às 04h55min, A. recebe chamada de interlocutor não identificado, apresentando-se apenas como “Giovani”, pois um comprador chegou no local e havia acabado a droga. A. afirma que acabou todo o entorpecente e que vai passar a comprar em quantidade maior “não vou pegar só 20, vou pegar 50 porque já acabou tudo” (fl. 3251).

- Em 15/01/2018, às 17h55min, A. realiza chamada para interlocutor não identificado, informando que quer pagar o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e “pegar mais”, totalizando R\$3.050,00 (três mil e cinquenta reais). O interlocutor afirma que está “no centro” e precisam conversar pessoalmente (fl. 3251).

- Ainda no mesmo dia, às 18h44min, A. recebe chamada de interlocutor não identificado, sendo que na ocasião A. afirma que está esperando a “mercadoria” chegar e por enquanto não “tá rolando”, e a mercadoria vai chegar por volta das 19h ou 19h30min e só vai ficar disponível a partir das 21h. Após esta ligação, às 18h52min, A. realiza chamada para [outro] interlocutor não identificado informando que vai demorar e só irão trabalhar a partir das 21 horas (fl. 3252).

O “trabalho” mencionado é a venda de entorpecentes no ponto de tráfico comandado pelo denunciado.

Não obstante, o denunciado deu continuidade às suas práticas criminosas, seguindo no comércio de entorpecentes, tanto que em período distinto (fevereiro de 2018) acabou sendo flagrado na posse de drogas, o que gerou a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante que ensejou a propositura da Ação Penal n. 0001922-37.2018.8.24.0023, em trâmite na 3ª Vara Criminal desta Capital.

II.6 – Do denunciado A. C. e A. A. D

Após se associarem para praticar o comércio de entorpecentes (fato I.2 da Denúncia), durante o mês de janeiro de 2018, o denunciado A. C. entregou drogas ao denunciado A. A. D., sem autorização e em desacordo com determinação legal, para que este as vendesse a terceiros (fl. 3297).

Ainda, o denunciado A. C., contando com a adesão subjetiva do denunciado A. A. D., também no mês de janeiro de 2018, mais especificamente nos dias 10 e 24 daquele mês, vendeu maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para indivíduos não identificados, conforme se coleta das seguintes comunicações:

- O usuário do ramal n. (48) 98446-8420, no dia 10/01/2018, por volta das 21h, pede ao denunciado A. C. um dezão traz aqui na frente aí? Referindo-se a maconha (fl. 3299).

- Em ligação realizada em 24/01/2018, às 20h53min, o denunciado A. C. conversa com um indivíduo, usuário do ramal n. (48) 98413-2160, comprador de entorpecentes, que diz que passará na casa de A. C. pra buscar “duas de trinta” (duas buchas de cocaína de trinta reais cada) (fls. 3298 e 3479).

Não obstante, o denunciado A. C. prosseguiu seu intento criminoso, seguindo com o comércio proscrito, tanto que em período distinto (abril de 2018) acabou sendo flagrado na posse de substâncias entorpecentes, gerando a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante que ensejou a propositura da Ação Penal n. 0005316-52.2018.8.24.0023, que tramita na 2ª Vara Criminal da Capital (evento72/PG da Ação Penal - em 15-9-2018).

Decisão interlocutória: foi determinada a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional em relação aos acusados J. de J. I. e A. A. D. (evento 262/PG - em 26-9-2019), revogada em 28-11-2019 relativamente ao réu J. (evento 345/PG) e revogada em 29-11-2019 no que tocou ao réu A. A. D. (evento 352/PG), tendo, ainda, sido determinada a cisão processual em relação a J. (evento 454/PG), nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, prossequindo os presentes autos no que concerne aos demais réus.

Sentença: o juiz de direito Marcelo Carlin julgou parcialmente procedente a denúncia para:

- a) ABSOLVER os acusados S. da S. I., A. A. D., A. C. e A. G. da R. pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, o que faço com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal;
- b) ABSOLVER os acusados H. P., R. M. M., A. A. D. e A. C. pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, o que faço com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal;
- c) CONDENAR o acusado H. P. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por infração a art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06 art. 61, inciso I, do Código Penal;

d) CONDENAR a acusada R. M. M. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão de reclusão, bem como ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por infração a art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06;

e) CONDENAR o acusado T. M. S. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por infração a art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06; e

f) CONDENAR o acusado G. B. M. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por infração a art. 33, caput, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/06 art. 61, inciso I, do Código Penal.

Neste passo, estabeleço o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

No que diz respeito ao regime de cumprimento das penas impostas aos acusados, a teor do disposto no art. 33, §2º, 'b' e §3º do Código Penal, conforme fundamentação supra, fixo o regime inicial semiaberto para o resgate da pena.

Prejudicada a análise da detração visto que os réus não permaneceram presos provisoriamente nestes autos.

Inviável a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) face ao quantum da pena aplicada aos réus, bem como incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP).

Concedo aos acusados o direito de recorrerem em liberdade, uma vez que nesta condição responderam à presente ação penal, não existindo, ainda, motivos para a decretação da prisão processual, neste momento.

A pena pecuniária deverá ser quitada no prazo do art. 50 do Código Penal.

Isento os réus H., R. e G. do pagamento das custas processuais (art. 804 do CPP), porquanto foras assistidos pela Defensoria Pública nos autos.

Condeno o acusado T. ao pagamento das custas processuais (art. 804, CPP), tendo em vista que fora assistido por Defensor Constituído (evento 629/PG - em 31-5-2021).

Recurso de apelação do Ministério Público: a acusação interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) o conjunto probatório, com destaque para o resultado das interceptações telefônicas e os depoimentos prestados pelos policiais que atuaram na investigação, autoriza a condenação de A. A. D. e A. C. pelo cometimento dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006, de A. G. da R. e S. da S. I. pela prática do delito descrito no art. 33 da referida legislação, e de H. P. e de R. M. M. pela incursão no crime capitulado no art. 35 da mencionada Lei;

b) o regime inicial aplicado a H. P. e G. B. M. deve ser agravado ante a reincidência caracterizada, ainda que não seja específica.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, nos termos da fundamentação (evento 686/PG - em 17-6-2021).

Contrarrazões de A. G. da R.: a defesa impugnou as razões recursais, ao argumento de que a sentença absolutória relativamente ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 deve ser integralmente mantida, visto que a acusação se limitou a reiterar os fatos narrados na denúncia e lançar suposições acerca da atuação do recorrido no narcotráfico.

Requeru o conhecimento e desprovimento do recurso (evento 694/PG - em 28-6-2021).

Contrarrazões de A. A. D., G. B. M., H. P. e R. M. M.: em peça única a defesa comum aos apelados impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

a) a acusação pauta sua tese em meros indícios que não suplantam a convicção absolutória formada na sentença em relação aos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006 no que se refere aos recorridos, destacando-se que o conteúdo das interceptações telefônicas, além de não denotarem cabalmente a prática dos ilícitos, tampouco encontra respaldo suficiente nas provas documental e testemunhal produzidas;

b) não há falar em modificação do regime inicial imposto a H. e G., visto que, na dosimetria, as circunstâncias judiciais foram favoráveis e a reincidência inespecífica, por si só, não autoriza o estabelecimento do regime mais gravoso.

Requeru o conhecimento e desprovimento do recurso (evento 700/PG - em 30-6-2021).

Recurso de apelação de G. B. M., H. P. e R. M. M.: a defesa comum aos recorrentes, em peça única, interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) as interceptações telefônicas e os relatos policiais não são suficientes para a manutenção da condenação pelo cometimento do delito de tráfico de drogas, na medida em que, embora a investigação tenha perdurado por tempo considerável, nenhum ato de efetiva mercancia ou de efetivo transporte e entrega de entorpecentes foi flagrado pelos agentes públicos, de maneira que a absolvição é imperativa;

b) mantida a condenação, a apelante R. faz jus à redutora do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, visto que foi absolvida do crime de associação para o tráfico, é primária e sua dedicação criminosa não foi cabalmente demonstrada.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, nos termos da fundamentação (evento 701/PG - em 30-6-2021).

Recurso de apelação de T. M. S.: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) o conteúdo das interceptações telefônicas e os depoimentos policiais trazem apenas indícios de que o apelante atuava no tráfico de drogas, o que autoriza a sua absolvição, na medida em que nenhuma droga efetivamente foi apreendida em seu poder, não passando de mera suposição a tentativa de vinculá-lo aos quase 12 quilogramas de maconha apreendidos na residência de sua ex-companheira, quando nem sequer mais convivia com ela ao tempo dessa apreensão, sem olvidar que esse material entorpecente não foi objeto de laudo pericial apresentado nos presentes autos, cenário esse que enfraquece a materialidade e autoria delitivas;

b) caso mantida a condenação, ao recorrente deve ser aplicada a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porque ele preenche os requisitos legais e não há provas a indicar sua dedicação criminosa, ao passo que a defesa, a seu turno, demonstrou que ele possuía ocupação lícita, o que

não só enseja a redutora em tela, como a aplicação de sua fração máxima (2/3), com a consequente substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos;

c) “seja reformada a sentença condenatória no que pertine à pena de multa, ante as parcas condições financeiras afetas ao senhor T. M. S. a fim de que guarde consonância com a pena privativa de liberdade aplicada em definitivo, devendo ser apurada a precariedade da situação financeira, com mais acuidade, no Juízo das Execuções Penais”.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, nos termos da fundamentação (evento 707/PG - em 15-7-2021).

Contrarrazões de S. da S. I.: a defesa impugnou as razões recursais, ao argumento de que a sentença absolutória deve ser integralmente mantida, visto que a interceptação telefônica, por si só, não é prova, mas meio de sua obtenção, da qual, contudo, não sobrevieram elementos bastantes para sustentar a tese condenatória.

Requeru o conhecimento e desprovimento do recurso (evento 711/PG - em 16-7-2021).

Contrarrazões de A. C.: a defesa impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

a) nenhuma substância entorpecente foi apreendida em poder do apelado, circunstância imprescindível para constatação da materialidade delitiva, além disso, existem meras suposições decorrentes da interceptação telefônica acerca da atuação do recorrido no narcotráfico, o que impede a sua condenação ante o cenário de dúvida que foi instaurado;

b) também há anemia probatória no que se refere ao delito de associação para o tráfico, na medida em que a acusação pauta sua tese no terceiro período da interceptação em que o apelado teria sido flagrado - e erroneamente identificado já que o ramal telefônico apontado jamais lhe pertenceu, inclusive, registrado em nome de terceiro, conforme prova acostada aos autos -, em apenas duas conversas entre 10-1-2018 e 24-1-2018, peculiaridades essas que rechaçam a configuração da estabilidade e permanência exigíveis para o crime descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006.

Requeru o conhecimento e desprovimento do recurso (evento 20/SG - em 20-8-2021).

Recurso de apelação de C. A. C.: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que não obstante a sentença tenha determinado a suspensão do feito em razão da incapacidade superveniente do apelante, não há provas da sua atuação no tráfico de drogas, inclusive, a tese posta na denúncia vinculou o agente a sua ex-companheira S. na mercancia ilícita, contudo, esta resultou absolvida, o que fortalece a tese da defesa de que a absolvição também deve ser decretada em favor do recorrente, pronunciamento esse mais favorável do que a suspensão determinada na sentença.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, nos termos da fundamentação, sem prejuízo da manutenção da suspensão do feito “caso haja dúvida pela condenação” (evento 33/SG - em 9-11-2021).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação concordou parcialmente com as razões

recursais do apelante C. A. C., ao argumento de que “o processo não poderá ficar eternamente suspenso, com base em norma processual que não foi recepcionada pela Constituição Federal [art. 152, § 2º, do CPP], já que o denunciado tem direito de ser julgado em tempo razoável, inclusive como requer a defesa no seu recurso, quer seja absolvido ou condenado”.

Requeru o conhecimento e provimento parcial do recurso da defesa para anular a sentença no ponto em referência, com o devido prosseguimento do feito na origem em relação ao recorrente (evento 46/SG - em 24-11-2021).

Contrarrrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais dos apelantes H., R., T. e G., ao argumento de que os elementos de convicção postos nos autos, especialmente pelo conteúdo das interceptações telefônicas e os depoimentos policiais prestados durante a persecução criminal, evidenciaram que os agentes cometeram os delitos pelos quais foram condenados, de modo que não há falar em absolvição, tampouco em mitigação da reprimenda ante a dedicação criminosa evidenciada, muito menos em modificação da pena de multa, porquanto esta resultou arbitrada de modo proporcional à pena privativa de liberdade, sem que se possa falar em inconstitucionalidade da multa-tipo, à luz da jurisprudência do STF.

Pugnou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (evento 63/SG - em 15-12-2021).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o procurador de justiça Hélio José Fiamoncini opinou pelo conhecimento e provimento parcial apenas ao apelo da acusação para modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado em relação aos recorridos H. P. e G. B. M. (evento 66/SG - em 11-1-2022).

VOTO

Do juízo de admissibilidade

Os recursos da acusação e das defesas de G. B. M., H. P., R. M. M. e C. A. C. preenchem os requisitos de admissibilidade (objetivos: tempestividade, adequação, cabimento e ausência de fatos impeditivos ou extintivos da pretensão recursal; subjetivos: interesse e legitimidade), razão pela qual devem ser conhecidos.

Já o apelo de T. M. S. preenche apenas em parte os requisitos de admissibilidade, razão pela qual comporta conhecimento parcial.

Isso porque o apelante T. incorreu em clara violação ao princípio da dialeticidade recursal ao postular, genericamente, a reforma da sentença no que se refere à pena de multa.

Em casos assim, esta Corte não tem conhecido das matérias apresentadas de modo genérico, sem o devido embate específico em relação aos fundamentos constantes da sentença (ver: Apelação Criminal 5002354- 48.2021.8.24.0028, rel. Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, desta Primeira Câmara Criminal, j. 17-05-2022).

Ainda que assim não fosse, em relação à alegada hipossuficiência ea multa-tipo, sabe-se que esta integra o preceito secundário da norma penal incriminadora, de modo que o agente não pode ser isento do pagamento, sem prejuízo de tratar eventual dificuldade no adimplemento perante o Juízo da Execução Penal (ver: Apelação Criminal 0003199-16.2016.8.24.0005, de Itajaí, deste relator, desta Primeira Câmara Criminal, j. 19-10-2017).

Logo, não se conhece do apelo de T. no particular.

Do mérito

Da apelação de C. A. C.

Como visto no relatório deste acórdão, a situação fático-processual do recorrente C. é diferente da dos demais apelantes, na medida em que, na sentença, houve a determinação de suspensão do processo em relação a ele ante a incapacidade superveniente atestada por laudo pericial, sem qualquer deliberação acerca da materialidade e autoria delitivas, bem como do juízo de subsunção que lhe dizem respeito.

Não obstante, acerca desse ponto a defesa busca a reforma da sentença para que seja proferido édito absolutório em favor de C. e, “caso exista dúvida para a condenação”, postula, então, a manutenção da suspensão do feito.

Já a acusação não destoa totalmente do pleito defensivo, porque entende que a sentença deve ser cassada no particular para que o processo tenha regular seguimento em relação ao recorrente C., seja para absolvê-lo ou condená-lo nos termos da denúncia, sem embargo de que, no Juízo da Execução, haja apreciação da incapacidade que sobreveio ao agente.

Razão não lhes assiste

Não há dúvida sobre a falta de higidez mental superveniente do recorrente C., tanto que sobre isso não há insurgência recursal.

Para melhor compreensão do debate instaurado pela defesa, eis os fundamentos da sentença no ponto:

1. PRELIMINARMENTE

1.1. DA SUSPENSÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA INCAPACIDADE SUPERVENIENTE DO RÉU C. A. C.

O Ministério Público requereu, preliminarmente, a suspensão do processo em relação ao acusado C. A. C. até que o denunciado se restabeleça, nos termos do art. 152 do Código de Processo Penal, em razão da incapacidade superveniente do réu, conforme atestado pelo Laudo Psiquiátrico (ev. 534).

A Defesa do acusado, por sua vez, pugnou a absolvição do réu ante a falta de prova de que tenha praticado tráfico de drogas, por não ter restado provado a materialidade. Subsidiariamente, havendo dúvida pela condenação, pleiteou a suspensão do processo até que o acusado se recupere da doença mental e possa renovar as

provas juntadas, requerendo que o réu continue em liberdade e que seja nomeado curador, se comprometendo a realização de tratamento médico.

Conforme infiro do Laudo de Sanidade Mental (evento 534), concluiu-se que à época dos fatos, o acusado tinha capacidade de entender suas ações e delitos eventualmente cometidos.

No entanto, ao item 4 do laudo (fl. 7), consta que, atualmente, em razão do denunciado ser portador de esquizofrenia, este possui incapacidade para todos os atos da vida. Portanto, trata-se de inimputabilidade superveniente, em que doença mental se manifestou no curso da presente ação, posterior ao fato criminoso.

O item 16, por sua vez, afirma que o periciado pode ser considerado perigoso, especialmente quando apresentar quadro clínico descompensado. Ainda, no item 14, o perito informa que o acusado deverá prosseguir acompanhamento em nível ambulatorial ou regime de internação domiciliar, e ressalta ainda que, em virtude da gravidade do transtorno mental, o denunciado não possui condições clínicas para realizar acompanhamento em unidade prisional, em caso de eventual condenação.

Dito isso, o §2º do artigo 152 do Código de Processo Penal prevê que se a doença mental sobreveio à infração a ele imputada, o processo permanecerá suspenso até o restabelecimento de sua saúde psíquica, assegurando-lhe a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento.

Assim, comprovado por meio de laudo pericial que o acusado está acometido de doença mental que veio a sofrer no curso da ação penal, a suspensão do processo é a medida adequada, com o fim de preservar os princípios do contraditório e de sua ampla defesa, em virtude de que o réu não possui condições adequadas para se defender.

Além disso, embora haja referência abstrata pelo perito acerca da periculosidade do acusado, ressalto que isso não justifica a sua internação, vez que se trata de medida extrema cuja necessidade não se vislumbra concretamente no presente caso, ao passo que o delito cometido, em tese, não foi praticado de forma violenta ou com grave ameaça, e não há qualquer notícia de posterior envolvimento do acusado com o meio criminoso. Ainda assim, com o fim de refutar os argumentos do representante do Ministério Público, ressalto que, o próprio médico perito recomendou que o tratamento do acusado seja efetuado por meio ambulatorial ou internação domiciliar.

Nesse sentido, assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DIREITO PENAL. ART. 97 DO CP. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO. POSSIBILIDADE. [...] Na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. 3. Ante a ausência de fundamentos para a fixação do regime de internação e tendo o laudo pericial recomendado o tratamento ambulatorial, evidente o constrangimento ilegal (HC 230.842/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/06/2016, DJe de 27/06/2016).

E a Corte Catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DOLOSO (ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, II E ART. 18, I, DO CP). RECONHECIDA A IMPUTABILIDADE DO RÉU POR EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA. APLICADA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. ACUSAÇÃO: PEDIDO DE ANULAÇÃO DE DECISÃO DOS JURADOS POR SER

CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DEFESA: PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA OU SUBSTITUIÇÃO DESTA POR PRISÃO DOMICILIAR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO APENAS PARA ALTERAR A MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL ADEQUADO ÀS NECESSIDADES DO RÉU. [...] III. MEDIDA DE SEGURANÇA. TRATAMENTO MAIS ADEQUADO AO INIMPUTÁVEL. Em situações excepcionais, ainda que o crime seja punível com pena de reclusão, caput, do CP), em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a fixação da medida de segurança de tratamento ambulatorial em detrimento da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico quando se mostrar mais apropriada ao tratamento do inimputável. Precedentes do STJ (HC 230.842, DJe 27/06/2016. Recurso parcialmente provido no ponto (TJ-SC – APR: Palhoça 0001801-89.2008.8.24.0045. Relator: Júlio César M. Ferreira de Melo, Data de Julgamento: 23/10/2018, Terceira Câmara Criminal).

Portanto, embora o delito em questão seja passível de pena de reclusão, diante do parecer médico favorável à medida de segurança de tratamento ambulatorial dos aspectos mencionados acima, entendo não ser adequado submeter o denunciado, no curso da suspensão do processo, à medida de internação em hospital de custódia.

*Assim, **determino a suspensão do processo em relação ao denunciado C. A. C., com fulcro no artigo 152 do Código de Processo Penal, conforme requerimento ministerial (evento 567, fl. 3).***

Em consequência, determino o desmembramento dos autos em relação ao réu C., na forma do §1º do artigo 79 do Código de Processo Penal.

O art. 152, *caput*, do CPP dispõe: “Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149”.

A literalidade do dispositivo processual, aplicável à fase de conhecimento que o presente processo se encontra, autoriza a providência adotada na sentença.

A doutrina não destoia ao esclarecer que essa suspensão busca “[...] proteger o acusado, resguardando os princípios do contraditório e da ampla defesa, que poderiam ser maculados caso o acusado fosse julgado mesmo sem estar em plenas condições psíquicas de compreender o teor da imputação que pesa sobre sua pessoa” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 6. ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 1209/1210).

Do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se julgado no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE. LAUDO MÉDICO CONCLUSIVO SEM PROGNÓSTICO DE MELHORA DO RÉU. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO PACIENTE (ART. 152, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA PROSEGUIMENTO DO FEITO OU DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a

concessão da ordem de ofício. 2. Inexistindo previsão legal para o prosseguimento do feito enquanto persistir doença mental superveniente, deve ser o processo mantido suspenso em relação ao paciente até que o réu se restabeleça, nos termos do art. 152 do Código de Processo Penal. 3. Ainda que ocorra o que a doutrina denomina de crise de instância, deve o processo ficar suspenso em relação ao paciente até que ocorra o restabelecimento da sua saúde mental ou a ocorrência da prescrição, que segue seu regular transcurso por falta de previsão legal para sua interrupção. Em relação ao corréu, deve o processo ser desmembrado para ter seu regular seguimento, nos termos do art. 79, § 1º, do Código de Processo Penal. 5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para suspender, apenas em relação ao paciente, o curso da Ação Penal nº 0035006-79.2012.4.02.5101, até que haja seu restabelecimento ou ocorra a prescrição da pretensão punitiva do estatal, determinando-se, igualmente, o desmembramento do feito em relação ao corréu, para regular seguimento da ação penal. (HC 468.011/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019).

Ainda, desta Corte:

CORREIÇÃO PARCIAL. ESTELIONATOS EM CONCURSO DE AGENTES E EM CONTINUIDADE DELITIVA. INCONFORMISMO MINISTERIAL CONTRA DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO, PELA OCORRÊNCIA DE DOENÇA MENTAL (INIMPUTABILIDADE) NO CURSO DA AÇÃO, NA FORMA DO ART. 152 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSÃO DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. RETOMADA DA INSTRUÇÃO QUE SÓ É POSSÍVEL COM A RECUPERAÇÃO DO ACUSADO (§2º DO ART. 152 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INCAPACIDADE COGNITIVA PERMANENTE EIRREVERSÍVEL CONSTATADA EM LAUDO PERICIAL OFICIAL. SUSPENSÃO DO FEITO QUE DEVE PERMANECER ATÉ A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
“3. Ainda que ocorra o que a doutrina denomina de crise de instância, deve o processo ficar suspenso em relação ao paciente até que ocorra o restabelecimento da sua saúde mental ou a ocorrência da prescrição, que segue seu regular transcurso por falta de previsão legal para sua interrupção. Em relação ao corréu, deve o processo ser desmembrado para ter seu regular seguimento, nos termos do art. 79, § 1º, do Código de Processo Penal. 5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para suspender, apenas em relação ao paciente, o curso da Ação Penal nº 0035006-79.2012.4.02.5101, até que haja seu restabelecimento ou ocorra a prescrição da pretensão punitiva do estatal, determinando-se, igualmente, o desmembramento do feito em relação ao corréu, para regular seguimento da ação penal.” (HC 468.011/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Correição Parcial

Criminal 5023092-44.2021.8.24.0000, rel. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 10-06-2021).

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - TRANSTORNO MENTAL QUE SOBREVEIO À INFRAÇÃO PENAL - SUSPENSÃO DO PROCESSO, ATÉ QUE O ACUSADO SE RESTABELEÇA - EXEGESE DO ART. 152 DO

CPP. (Insanidade Mental do Acusado 0001242-58.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 02-10-2018).

Por essas razões, nega-se provimento ao apelo de C.

Das apelações do Ministério Público e das defesas de G. B. M., H.P., R. M. M. e T. M. S.

Apesar de a acusação e as defesas dos réus acima citados terem apresentado respectivos recursos buscando a reforma da sentença, a apreciação será conjunta, porque leva em conta as circunstâncias fático-probatórias oriundas da mesma investigação, sem prejuízo da devida individualização.

Para recapitular, as defesas buscam a absolvição, já que H. resultou condenado pelo delito de tráfico de drogas majorado em razão de ter sido praticado nas dependências de estabelecimento prisional, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa, na forma do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006.

R., então companheira de H., foi condenada pela prática do mesmo delito, inclusive majorado pela mesma razão, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa.

Essa circunstância também é verificada na condenação de G. (tráfico de entorpecentes cometido nas dependências de unidade prisional), ao qual foi imposta a reprimenda de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 583 dias-multa.

T., por fim, resultou condenado pelo crime de tráfico de drogas na forma do *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa.

A acusação, a seu turno, busca a condenação de A. A. D. e A. C. pelo cometimento dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006, de A. G. da R. e S. da S. I. pela prática do delito descrito no art. 33 da referida legislação, e de H. P. e de R. M. M. pela incursão no crime capitulado no art. 35 da mencionada Lei.

Eis o teor do tipo previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O delito de tráfico de drogas é de ação múltipla ou conteúdo variado, apresenta várias formas de violação da mesma proibição, e basta para a consumação a prática de uma das ações ali previstas, sem a necessidade de efetiva comprovação da mercancia.

Em relação à materialidade delitiva, cumpre registrar que a ausência de apreensão de drogas na posse de determinado agente, por si só, não afasta a materialidade do delito de tráfico de drogas, se os demais elementos de prova colacionados durante as investigações e a instrução probatória,

não deixarem dúvidas de que houve a comercialização clandestina de entorpecentes e/ou o vínculo subjetivo entre os agentes a formar um liame comunicativo da droga apreendida em poder de um com os demais.

A respeito, colhe-se a lição de Renato Brasileiro de Lima:

Como os crimes de drogas costumam deixar vestígios, é fácil deduzir que, em fiel observância ao sistema tarifado adotado pelo art. 158 do CPP, a materialidade da infração penal depende da apreensão da droga para que o material seja submetido a exame toxicológico definitivo. Dizemos que os crimes de droga costumam deixar vestígios materiais porque, a depender do caso concreto, esses vestígios podem ter desaparecido. Nesse caso, o desaparecimento dos vestígios impede a realização de exame pericial direto, porém não impede que a materialidade da infração seja comprovada por outros meios de prova (v.g., interceptação telefônica e ambiental, oitiva de compradores da droga, narcotestes realizados nos veículos usados pelos traficantes, etc.). Se os Tribunais admitem que alguém seja condenado por um crime de homicídio sem a localização do cadáver (v.g., caso do ex-goleiro do Flamengo), desde que a ausência do exame direto seja suprida pelo exame indireto, nos termos do art. 167 do CPP, seria de todo incongruente não se aplicar o mesmo raciocínio aos crimes de drogas. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes deve ser comprovada, pelo menos em regra, mediante a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo. Entretanto, tal entendimento deve ser aplicado na hipótese em que há a apreensão de substância entorpecente, justamente para se aferirem as características da substância apreendida, trazendo subsídios e segurança ao magistrado para o seu juízo de convencimento acerca da materialidade do delito. No entanto, o laudo de exame toxicológico definitivo da substância entorpecente não é condição única para basear a condenação se outros dados suficientes, incluindo a vasta prova testemunhal e documental produzidas na instrução criminal, militam no sentido da materialidade do delito. Por conseguinte, nos casos de não apreensão da droga, é perfeitamente possível a prolação de um decreto condenatório pelos crimes da Lei n. 11.343/06, desde que a ausência do exame direto seja suprida por um conjunto probatório robusto extraído da prova documental e testemunhal produzida durante o curso da instrução probatória (Legislação criminal especial comentada: volume único. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 645-946).

Da jurisprudência desta Corte, confira-se:

*PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI 11.343/2006, ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT). PRETENDIDA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE RECONHECEU A FALTA DE MATERIALIDADE PELA AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS E DO LAUDO PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVA SEGURA ACERCA DO COMETIMENTO DO ILÍCITO. CONDENAÇÃO AMPARADA EM DOCUMENTOS, DEPOIMENTOS DE AGENTES QUE ATUARAM NA INVESTIGAÇÃO E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ACÓRDÃO MANTIDO. - **Prescindível a apreensão de drogas e o respectivo laudo pericial quando o conjunto probatório fornecido pelos documentos, depoimentos dos agentes públicos que atuaram na investigação e interceptações telefônicas deixam clara a prática da traficância.** - Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovidimento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido. (Embargos Infringentes e de Nulidade 1000198-21.2016.8.24.0000, de Araquari, deste Relator, j. em 28.9.2016) (grifou-se).*

Inclusive, do informativo 501 do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se que “a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico. No caso, a denúncia fundamentou-se em provas obtidas pelas investigações policiais, dentre elas a quebra de sigilo telefônico, que são meios hábeis para comprovar a materialidade do delito perante a falta da droga, não caracterizando, assim, a ausência de justa causa para a ação penal” (HC 131.455/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 2.8.2012).

Ainda, em julgado mais recente:

*HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGA EM PODER DO PACIENTE. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS DIVERSAS DO LAUDO TOXICOLÓGICO. APREENSÃO DE ENTORPECENTES NA POSSE DE CORRÊU E REALIZAÇÃO DO RESPECTIVO LAUDO. COMPROVAÇÃO DO LIAME ENTRE OS DENUNCIADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. De acordo com recentes julgados das Turmas integrantes da Seção de Direito Penal desta Corte, é imprescindível a apreensão e consequente realização do laudo toxicológico definitivo para a condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, sob pena de ser incerta a materialidade do delito. 2. **No caso em análise, não houve a apreensão de droga em poder do acusado, tendo as instâncias ordinárias concluído que a materialidade do delito teria sido demonstrada em provas diversas do laudo toxicológico, quais sejam, interceptações telefônicas, depoimentos das testemunhas, dos policiais e do corrêu. Ocorreu, entretanto, a efetiva apreensão de entorpecentes em posse decorréu, bem como a realização dos respectivos laudos toxicológicos, tendo as instâncias ordinárias concluído, com base no denso substrato fático-probatório dos autos, pela demonstração do liame entre os agentes indicados na denúncia. Não há falar, pois, em ausência de materialidade e, por conseguinte, em ilegalidade na condenação do paciente pelos delitos a ele imputados [...]** (HC 335.452/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017, v. u.).*

A respeito da materialidade delitiva, cumpre reforçar o referido raciocínio com precedente do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, lançado por meio de decisão monocrática:

[...] quanto à impossibilidade de condenação pelo delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas, em razão de contrariedade ao art. 158 do Código de Processo Penal e ao §1º do art. 50 da Lei de Drogas, o Tribunal a quo manteve a decisão do magistrado primevo, com base nos seguintes fundamentos:

“Ensina a doutrina que existem duas modalidades de exame de corpo de delito. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, o exame “direto é aquele feito por perito oficial (ou por dois peritos não oficiais) sobre o próprio corpo de delito”, enquanto que, de acordo com a jurisprudência, “não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, constituindo-se pela colheita de prova testemunhal, (...), ou, ainda, pela análise de documentos que comprovem a materialidade”.

É a mesma a inteligência do CPP, que dispõe: Código de Processo Penal. Art. 167. Não sendo possível o exame

de corpo de delito, por haverem desaparecidos vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Isso significa que a ausência de exame de corpo de delito direto não implica, necessariamente, nulidade, pois essa falta pode ser suprida por outros meios aptos a comprovar a materialidade do crime (exame de corpo de delito indireto). É o que explica o supracitado autor, para quem, “se a ausência do exame direto não foi suprida pelo exame de corpo de delito indireto, deverá o processo ser anulado, a partir do momento em que o laudo deveria ter sido juntado ao processo”.

No caso em apreço, tendo em vista a ausência de apreensão da droga, não foi possível a perícia, o que não obstou, contudo, o exame indireto, vez que a materialidade foi atestada por provas orais.

Nesse sentido, em precedente similar: (...) Portanto, afastada a nulidade suscitada pelos apelantes. (...) A materialidade delitiva está consubstanciada nas provas orais, bem como nos seguintes elementos de convicção: portaria (mov. 1.3) e relatórios policiais da Operação Magnata II (mov. 1.4 e mov. 1.5).(...)

Conforme já demonstrado, há comprovação da materialidade delitiva, o que significa, ao contrário do que sustentam as defesas, que a não apreensão, nos presentes autos, da substância entorpecente traficada pelos réus (cocaína), não implica insuficiência ou ausência de provas - afinal, reitera-se, há farta prova subsidiando o édito condenatório. Ademais, em situações examinadas em outros processos oriundos da mesma investigação, houve efetiva apreensão de entorpecentes (autos nº 00000586-16.2017.8.16.0165).” (e-ST), fls. 1243-1279).

Como se vê, conquanto não tenha havido a apreensão de entorpecentes com o acusado, a condenação pelo delito de tráfico de drogas baseou-se nos seguintes elementos de prova: prova oral, portaria, relatórios policiais, interceptação telefônica, além da efetiva apreensão de droga decorrente de processos oriundos da mesma operação Magnata II.

A corroborar esse entendimento, confira-se o seguinte julgado:

“[...] 1. A ausência da apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico (HC131.455-MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/8/2012). 2. Esta Corte Superior possui assente jurisprudência no sentido de considerar prescindível a apreensão da droga na posse do acusado, se a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes for evidenciada por outros elementos de prova, como interceptações telefônicas, depoimentos prestados por policiais e provas orais produzidas durante a instrução criminal, especialmente se forem encontrados entorpecentes com outros corréus ou integrantes da organização criminosa, como no caso dos autos. 3. Na hipótese, o Tribunal de origem, a quem cabe a análise das questões fático-probatórias dos autos, reconheceu a existência de elementos de provas suficientes a embasar a condenação do agravante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. A mudança da conclusão alcançada pela Corte local exigiria o reexame das provas, o que é vedado na via do habeas corpus, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo de fatos e provas dos autos. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC 512.140/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019). [...] (REsp 1.835.475/PR (2019/0260391-1), Min. Ribeiro Santos, j. 12-12-2019).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. COMPROVAÇÃO PELAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 167

DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A falta de laudo pericial não conduz, necessariamente, à inexistência de prova da materialidade de crime que deixa vestígios, a qual pode ser demonstrada, em casos excepcionais, por outros elementos probatórios constante dos autos da ação penal (CPP, art. 167). Precedentes.** 2. A via estreita do habeas corpus não permite refutar o robusto conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório, que atesta a existência da infração penal. 3. Ordem denegada. (HC 130265/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 31.5.2016, v.u.) (grifou-se).

Já no que diz respeito ao crime de associação para o tráfico, o art. 35 da Lei 11.343/2006 dispõe:

Art. 35. 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.

O citado delito nada mais é do que uma reunião de duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (cometer, realizar) os crimes previstos no art. 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006.

Luiz Flávio Gomes leciona:

O art. 35 traz modalidade especial de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Contudo, diferentemente da quadrilha, a associação para o tráfico exige apenas duas pessoas (e não quatro), agrupadas de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput (tráfico de drogas), e 34 (tráfico de maquinário) desta Lei. [...] Tipo Subjetivo É o dolo (animus associativo), aliado ao fim específico de traficar drogas ou maquinário. [...] ‘Para o reconhecimento do crime previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 [atual 35], não basta a convergência de vontades para a praticadas infrações constantes dos arts. 12 e 13 [atuais arts. 33 e 34]. É necessário, também, a intenção associativa com a finalidade de cometê-las, o dolo específico’[...]” (Lei de Drogas Comentada. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 204/205).

Guilherme de Souza Nucci não destoa:

Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os ajustes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 334).

Assim, para a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas, é indispensável a

demonstração do dolo associativo estável e da permanência da associação. A presença dos referidos elementos são o que diferenciam o crime autônomo do simples concurso de agentes (CP, art. 29, caput).

A respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, “para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006” (HC 355.047/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 1.9.2016).

Embora o dolo específico do crime dependa do *animus* de associarem-se os agentes com estabilidade e permanência, a consumação do crime se dá com a própria associação, ou seja, não depende da prática dos crimes pretendidos, nem da duração no tempo, tampouco da demonstração de efetiva divisão de tarefas ou de funções específicas.

Veja-se, a respeito, a lição dos juristas João José Leal e Rodrigo José Leal:

É classificado, também, como crime formal quanto ao modo de consumação (a nosso ver, trata-se de crime de mera conduta de perigo) e uma das espécies de infração permanente. Sendo formal, para a consumação deste tipo penal, é indiferente se os crimes pretendidos ou planejados não chegarem a ser praticados. A lição de Nelson Hungria, embora tenha sido formulada como comentário ao crime de quadrilha ou bando, continua válida: “o momento consumativo do crime é o momento associativo, pois com este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou tranquilidade de ânimo da convivência civil”.

Isto demonstra que esta infração penal estará consumada pelo simples fato de estar formada a associação criminosa, mesmo que os crimes visados ou planejados não cheguem a ser cometidos. Por isso, já foi decidido que basta apenas a constatação da existência do bando formado com a intenção de praticar delitos em geral.

É, portanto, crime de consumação instantânea e permanente, pois o momento consumativo se projeta para o futuro, enquanto perdurar a ação da associação criminosa. (Controle Penal das Drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06. Curitiba: Juruá, 2010, p. 174-175).

Já se decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVAS. DEPOIMENTOS DOS AGENTES PÚBLICOS E APREENSÃO DA DROGA NA RESIDÊNCIA DOS RÉUS DEMONSTRAM, SEM MARGEM DE DÚVIDA, QUE A CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS É MEDIDA IMPERATIVA. ASSOCIAÇÃO, ADEMAIS, DEMONSTRADA PELO CONTATO ENTRE OS ACUSADOS, EM ESPECIAL POR MEIO DAS MENSAGENS EXTRAÍDAS DO APLICATIVO “WHATSAPP”, EM QUE A TEMÁTICA CONSTANTE ERA O TRANSPORTE DE ENTORPECENTES DESTINADOS À COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO. CLARA LINHA NA ATIVIDADE ESPÚRIA, COM ÂNIMO SUBJETIVO, ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. [...] (TJSC, Apelação Criminal 0007059-49.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 12-11-2020).

No caso, a sentença conta com elementos de convicção que foram fidedignamente reproduzidos pelo juízo “a quo”. Inclusive, a esse respeito, não houve insurgência específica, a denotar, por exemplo, que uma ou outra prova foi reproduzida sem a necessária correspondência com o seu verdadeiro conteúdo.

Além disso, não houve contradita aos policiais inquiridos na condição de testemunhas, tal como exige o art. 214 do CPP, a fim de ensejar debate para desqualificar a palavra do agente público, detentor de presunção de veracidade e legitimidade pelos atos praticados no exercício da função (Apelação Criminal 0003122-06.2013.8.24.0007, desta Primeira Câmara Criminal, deste relator, j. 7-2-2017, v. u.).

Desse modo, ao partir dessas premissas, eis o conjunto probatório apresentado na sentença pelo juiz de direito Marcelo Carlin e as conclusões alcançadas por Sua Excelência (evento 629/PG):

2 SOBRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Conforme depreende-se, foi realizada representação para interceptaçãotelefônica, com o fim de investigar crimes praticados por Organizações Criminosas e integrantes do Primeiro Grupo Catarinense. Durante as investigações, os Policiais constataram a existência de outros suspeitos, principalmente ligados ao tráfico de drogas e associação ao tráfico, dos quais não tinham relação, em tese, com as Organizações Criminosas. Em virtude disso, foi representada nova interceptação telefônica, com o fim de investigar os referidos crimes.

Assim, após as investigações, o Ministério Público imputou aos acusados S. da S. I., H. P., R. M. M., T. M. S., G. B. M., A. G. da R., A. C. e A. A. D. algumas das condutas o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, como: adquirir, trazer consigo, vender, fornecer, ter em depósito substâncias ilícitas com fins mercantis.

A Lei n. 11.343/06 assim dispõe:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Inicialmente, importa ressaltar que a apreensão de entorpecentes para a comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas somente é imprescindível se não houver outros elementos de prova válidos, os quais são igualmente aptos a comprovar a mercancia de drogas.

Neste sentido já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes (STJ, Ag. em Rec. Esp. n. 963.347/RO Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 14.11.2017):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COAÇÃO IRRESISTÍVEL. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVADA AMEAÇA OU QUALQUER DANO GRAVE POR PARTE DE IRAMY À ESPOSA IDACI. ÓBICE SÚMULA N. 7/STJ. PENA-BASE. BEM FUNDAMENTADA. APELANTE RESPONSÁVEL POR DESEMPENHAR E DISTRIBUIR TAREFAS DENTRO DA

*ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA À RESOLUÇÃO N. 59 DO CNJ. INVIÁVEL APRECIÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSA NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ILEGALIDADE NA OBTENÇÃO DE PROVAS. NULIDADE DE LAUDOS TOXICOLÓGICOS. SÚMULA N. 7/STJ. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS COM O AGRAVANTE. CONDUTA TÍPICA POR EXISTIREM OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS QUE COMPROVEM O CRIME DE TRÁFICO. DOSIMETRIA. REPRIMENDA APLICADA EM HARMONIA COM O CONTEXTO PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 5. Diferente do alegado pela defesa, a quebra do sigilo das comunicações do recorrente, ocorreu mediante interceptações telefônicas, requeridas pelo Ministério Público e deferidas pelo juízo estadual de forma fundamentada e nos termos estabelecidos pelo art. 93, IX, da Constituição Federal. 6. **Não há se falar em nulidade pela ausência de laudo de exame toxicológico, visto que existem vários laudos de exames acostados ao feito.** 7. **As instâncias de origem, com base no acervo fático-probatório, condenaram o agravante pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006, valendo destacar que ele se encontrava encarcerado, sendo, pois, muito difícil que se encontrasse drogas em seu poder. No entanto, ainda assim liderava um esquema organizado para a comercialização de entorpecentes. Ademais, consoante o informativo 501 do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico.** 8. **Agravo regimental a que se nega provimento.** (AgRg no AREsp 1662300/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 25/06/2020) (Grifei)*

*PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DAS DROGAS. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **Esta Corte já se manifestou no sentido de que a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ.** 2. **Agravo regimental desprovido** (AgRg no AREsp 1471280/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 03/06/2020) (Grifei).*

Assim, entendo que, ainda que não seja apreendido qualquer tipo de entorpecente com o autor do crime de tráfico de drogas, dependendo da conduta delitativa por ele praticada (descrita pelos verbos do art. 33 da Lei de Drogas) o delito pode restar comprovado por outros meios de prova, como a interceptação telefônica mediante autorização judicial, bem como a prova oral angariada, o que deve ser analisado caso a caso.

A respeito dos fatos ora em análise, o **Delegado de Polícia Antônio Cláudio de Seixas Jóca** relatou **judicialmente** (evento 352, vídeos 4959, 4958, 4967 e 9466):

*Que o inquérito policial instaurado tinha como objetivo inicial realizar a investigação de crimes sobre participação em organização criminosa, tráfico de drogas e outras condutas conexas, praticados por integrantes do Primeiro Grupo Catarinense; que ao todo foram mais de setenta pessoas investigadas; que em virtude dessa investigação, está tramitando uma ação penal na Vara da Região Metropolitana de Florianópolis relativo aos integrantes da organização criminosa PGC; que, **houve um desmembramento que ensejou esta ação penal, por conta das pessoas que surgiram naquela investigação praticando os crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico; que, salvo o engano, dos investigados, três deles estavam presos na Penitenciária de Florianópolis e utilizavam-se de aparelhos celulares compartilhados, inclusive, por integrantes do PGC; que, ao final, não foram indiciados por participação em organização criminosa, pois não ficou claro***

se atuavam em prol da organização criminoso; que foram indiciados por tráfico e associação a tráfico; que alguns praticavam os crimes em grupos de dois ou três, como é o caso dos indivíduos conhecidos como “Shrek” e de “Playboy”; que os dois apareciam atuando de forma associada no tráfico de drogas; que “Playboy” era responsável por distribuir e entregar drogas, não só para “Shrek”, mas para outros traficantes que apareceram nos seus contatos no telefone celular; que muitos desses traficantes não foram identificados; que, salvo o engano, o único identificado foi o A. A. D., vulgo “Shrek”; que “Playboy” é o acusado A. C.; que ambos apareceram em algumas ligações negociando drogas; que A. C. apresentou vários áudios fazendo a distribuição de drogas para traficantes da região; que C. A. C. estava preso durante a investigação; que C. fez uso do celular, o qual foi compartilhado com outros detentos, dentro da prisão; que, pelo que se recorda, há pelo menos dois áudios em que C. negocia 10kg de maconha com S. que faria a compra; que ouviu os áudios; que inequivocadamente há a negociação de 10kg de maconha por valor determinado; que H. P. e R. M. M. apresentaram diversas conversas telefônicas, onde ela informa que vendeu 50/100g de droga na “pista”; que H. falava o tempo todo para que ela levasse a droga para dentro da prisão, para que ele pudesse vender lá dentro; que falaram em fracionar a droga para que fosse introduzida e levada à unidade prisional; que durante o monitoramento telefônico ficou clara a prática do tráfico de drogas pelo casal; que, quanto ao acusado A. G. da R., não vislumbrou vínculo com nenhum dos investigados naquele inquérito; que A. G. apresentou várias ligações; que verificaram que ele praticava o tráfico de forma associada, pois negociava e distribuía drogas na região do bairro Ingleses especificamente; que não foi possível identificar nenhum de seus comparsas que conversavam com ele pelo telefone; que T. M. S. apresentou inúmeras ligações; que durante o período investigado comercializou bastante droga; que durante a investigação, foram apreendidos na casa de T. 12kg de maconha; que sua esposa, W., foi presa em flagrante, no entanto, pelo contexto das investigações, constatou-se que era ele o responsável; que ele também era responsável por abastecer vários pontos de venda de drogas no norte da ilha; que observaram várias contatos e ligações telefônicas de T. com diversos traficantes que atuam no norte da ilha; que T. é responsável por distribuir todo tipo de droga na região; que G. era detento durante a investigação e fazia contatos com J., que estava solto; que negociavam a aquisição de pelo menos 5kg de maconha, que seria entregue por “mano do pantanal”, o qual foi indiciado, sendo réu no processo em trâmite na Vara da Região Metropolitana de Florianópolis; que durante as investigações foram cumpridos mais de 40 mandados de busca e apreensão; que em várias residências foram apreendidas drogas; que não ficou bem caracterizada a vinculação dos acusados com a facção criminosa do PGC, inclusive os que estavam presos à época das investigações; que estavam presos G. B., C. A. C. e H. P.; que no curso da investigação, A. C. também foi preso; que verificaram que ao menos as duplas A. A. D. e A. C., H. e R., C. e S., G. e J. trabalhavam no tráfico de forma associada; que os trabalhos investigativos duraram por volta de 10 (dez) meses; que o trabalho foi desenvolvido fundamentalmente com a interceptação telefônica; que dentro da equipe havia uma divisão de alvos; que o foco principal da investigação era apurar a participação dos integrantes do PGC na organização; que, a partir de então, foram monitorando alguns ramais levantados pela equipe, bem como fazendo algumas diligências para levantar possíveis locais de guarda de droga; que ao longo das investigações, foram aparecendo outros interlocutores; que, em razão disso, ao final foram investigadas, em média, 70 (setenta) pessoas; que, durante a investigação, foram apreendidas drogas em várias residências; que, à época do cumprimento dos mandados de busca e apreensão, salvo o engano, o réu A. C. havia sido preso anteriormente; que ficou demonstrado de forma inequívoca que, durante a interceptação telefônica, o denunciado A. C. praticava o tráfico de drogas de forma associada; que não sabe as circunstâncias da prisão de A. C., tanto que o mandado de busca e apreensão restou prejudicado; que sua equipe não apreendeu nenhuma droga com o A. C.; que A. C. foi preso antes da deflagração da operação; que essa droga que ocasionou a prisão de A. C. foi o que aconteceu de concreto para deflagrar a presente ação penal; que não tem conhecimento de outra droga apreendida cujo responsável era o A. C.; que não se recorda se conhecia o A. G. da R. antes

dessa operação; que faz parte da DRACO há 03 (três) anos; que sua área de abrangência é todo o estado; que é comum os criminosos trocarem a alcunha, até para dificultar investigações; que, pelo que se recorda, é a primeira vez que viu a alcunha “Fuji”; que foram realizados alguns levantamentos para embasar a representação por busca e apreensão, mas não se recorda se foi obtido ou não a identificação e o endereço de A. G. da R.; que não se recorda se foi realizada busca e apreensão na casa do A. G. da R.; que se recorda de uma interceptação realizada que identificou uma negociação entre A. G. da R. e “Baiano do Siena”, que não foi identificado, e outras ligações com outros interlocutores, todas relacionadas ao tráfico de drogas; que não foi possível identificar seus comparsas do tráfico; que não se recorda em quantos períodos A. G. da R. foi interceptado, mas que foi durante quinze dias; que não se recorda de outros fatos transcritos nas investigações, mas que no CD de interceptação telefônica constam todas as informações interceptadas, sejam as conversas relativas ao tráfico, as conversas pessoais e, salvo o engano, os contatos feitos através da internet; que não se recorda se foi apreendido celular com A. G. da R.; que não se recorda o que foi apreendido; que W. foi presa em flagrante por estar na casa no momento em que foi encontrada a droga; que, pelas interceptações telefônicas e pelo contexto da investigação, ficou bem caracterizado que a droga pertencia ao T.; que foi caracterizado o tráfico de drogas em diversas interceptações telefônicas, inclusive a troca de um carro por cocaína, mas principalmente o abastecimento de pontos de droga na região do norte da ilha; que não tem conhecimento se a esposa de T. respondeu em ação criminal pelos 12kg apreendidos; que não se recorda se foram apreendidas outras drogas em responsabilidade do T.; que não sabe se T. tem apelido; que nessas investigações, nem todos possuíam apelido; que pelas conversas de cunho pessoal com a esposa e por ter identificado a residência e apreendido a droga, foi o que possibilitou apontar T. como o responsável; que é mais fácil identificar as pessoas que estão recolhidas, até por conta das conversas de cunho pessoal; que não é feita a perícia de voz; que não tem conhecimento se foi apreendida alguma droga com a R.; que G. se encontrava na penitenciária durante as investigações; que não se recorda se acompanhou a busca e apreensão de algum alvo desta operação; que J. tinha relação com o G., que estava preso e com nenhum outro réu; que não se recorda se foram apreendidos ilícitos com J.; que não se recorda se esteve na casa de J.; que foi feito levantamento de informações acerca do J.; que só indiciam quando tem certeza da qualificação do indivíduo; que todos os alvos são pesquisados; que algumas informações não são juntadas aos autos, pois são informações dainteligência; que não se recorda se conhecia o J. antes da investigação; que não foi possível apreender o celular da S.; que S. apareceu como interlocutora em uma das ligações de C. de dentro da prisão; que não foi apreendida nenhuma droga com C. e S.

O agente público Giovany Wendhausen declarou em juízo (evento 352, vídeo4960):

Que acompanhou a investigação do A. A. D. e do A. C.; que, quanto à escuta telefônica, o alvo era A. C.; que durante a investigação, com os áudios que foram apresentados, verificou-se que A. C. realizava o tráfico de entorpecentes em conluio com A. A. D. e outros não identificados; que, durante as investigações, ambos estavam soltos; que A. C. era o chefe e A. A. D. era um dos que vendia para o primeiro; que o tráfico de drogas acontecia de forma constante; que A. A. D. ficava na rua, em uma região mais afastada; quando acabava a droga, ligava para o A. C. pedindo mais; que alguns clientes ligavam diretamente para o A. C. e iam buscar droga diretamente na casa dele, inclusive; que A. C. também fazia a entrega de drogas; que não sabe precisar quanto tempo durou a investigação dos alvos; que não participou da prisão de A. C.; que muitas ligações são de um tempo passado e que, mesmo que esteja ouvindo ao vivo, os policiais não estão presentes para visualizar o tráfico; que não chegaram a monitorar presencialmente; que não participou das buscas; que sabe que foram apreendidas drogas no inquérito, mas não sabe precisamente com quem; que, com relação à droga apreendida no inquérito, não pode afirmar acerca da participação do A. C.; que não tem certeza sobre a apreensão de droga na casa do A. C.; que sabe que A. C. foi preso com o veículo adulterado; que não

tem conhecimento de prisão do A. C. por tráfico de drogas; que não lembra se tem a informação de alguém que foi preso com drogas e afirmou ter adquirido os entorpecentes de A.; que não participou de nenhuma busca e apreensão envolvendo o A. A. D.

O agente público Alisson Hamann relatou em juízo (evento 352, vídeo 4961):

Que à época dos fatos trabalhava na Divisão de Repressão ao Crime Organizado; que acompanhou o A. G. da R.; que tomou conhecimento das atividades dele durante a investigação; que, logo que começou o período de interceptações telefônicas, ficou claro que sua alcunha era “Fuji”; que ele atuava no bairro Ingleses; que, em razão disso, foi possível qualificá-lo; que foi possível levantar a movimentação no tráfico de entorpecentes, compra e valores; que haviam pessoas trabalhando para ele, bem como diversas negociações pequenas, até o ponto em que foi preso pela central de investigações do norte da ilha; que foi preso em posse de maconha e cocaína, salvo o engano; que, salvo o engano, ele foi preso em fevereiro; que foi um período de no máximo 15 dias de investigação do A. G. da R.; que não foi possível identificar nenhuma pessoa que negociou drogas com ele; que não exclui a possibilidade de A. G. da R. possuir outros pontos de vendas, além dos Ingleses; que a prisão de A. foi coincidência, pois ele já estava sendo investigado por outra equipe; que não tinha conhecimento algum sobre A. antes dessa investigação; que retiraram dos áudios a informação da sua alcunha “Fuji”; que não se recorda a conversa nem os termos em que surgiu essa alcunha, mas lembra-se nitidamente que estavam nos áudios; que não se recorda se foi com interlocutores que negociavam drogas ou se foi com familiares; que não se recorda os detalhes do aparelho celular, mas a confirmação tácita foi no momento da apreensão dele pela equipe do norte da ilha; que, salvo o engano, no momento da prisão efetuada no norte da ilha, confirmou ser ele o possuidor do aparelho celular, em virtude do número de IMEI; que não tem conhecimento se foi realizada perícia no aparelho; que não verificou pessoalmente o IMEI; que não se recorda de nenhum problema na linha telefônica durante o período de investigações; que colocou no relatório o que era relevante; que não participou pessoalmente de nenhuma busca e apreensão envolvendo o A. G. da R.; que não se recorda se durante a deflagração da operação foi apreendida alguma coisa; que não fez diligência pessoalmente, na tentativa de abordá-lo.

O policial Leonardo Djalma Cunha relatou em juízo (evento 352, vídeo 4962):

Que acompanhou o acusado J. durante as investigações; que seu vulgo era “Negueba”; que houveram poucas ligações; que J. negociou maconha com G.; que G. estava preso e J. estava solto; que foram tratados 5 kg de maconha; que acha que G. estaria oferecendo a J. os 5kg de maconha; que faz alguns anos do ocorrido; que, pelo que se recorda, participou exclusivamente das interceptações telefônicas do réu J.; que não conhecia o J. anteriormente; que não tem informação de que a venda tratada no áudio foi perfectibilizada; que não pode afirmar que participou de busca e apreensão envolvendo o J.; que participou de algumas buscas nessa operação, mas não sabe afirmar precisamente quanto ao J.; que era responsável pelo ramal, para passar as informações ao delegado; que não se recorda se J. foi preso durante a operação; que o aparelho foi identificado, mas não sabe se foi encontrado; que não sabe informar se estava registrado no CPF do J.; que o chip estava registrado no nome de familiar do J.; que J. se identificou como “Negueba”; que não se recorda o nome do parente, mas que era mulher; que negociaram a droga por telefone; que não tem certeza da perfectibilização da compra.

O agente público Alexandre de Almeida Pereira relatou em juízo (evento 352, vídeo 4963):

Que, durante as investigações, acompanhou o réu T. M. S.; que T. surgiu como interlocutor da interceptação de outro alvo chamado N. da S. V.; que T. participou de um ou dois períodos de interceptações,

mas que cuidou de apenas um deles; que T. estava solto à época; que T. atuava no tráfico de drogas em uma comunidade próxima à favela do Siri, no norte da ilha; que uma de suas atribuições era controlar algumas biqueiras daquela região; que, por diversos áudios, entraram em contato com ele pedindo o fornecimento de drogas, por vezes cocaína, por vezes maconha, para que fizesse a entrega nos referidos locais; que a pessoa sempre direcionava qual droga estava faltando; que chegou a mencionar o uso de arma de fogo com um interlocutor; que o interlocutor falou que “precisava resolver um problema ali na favelinha”; que T. responde que “está tranquilo” e que está levando a “máquina”; que referia-se a uma pistola; que, outra vez, entraram em contato com T. questionando-o se não teria disponibilidade de fornecer munições 38; que falou que não tinha; que falou que utilizava uma pistola 380; que, próximo ao final das investigações, a DECOD fez uma apreensão no endereço dele, em que morava com a esposa W. L., e foram apreendidos 12kg de maconha; que T. não estava em casa no dia da prisão; que a apreensão materializou-se o que estavam evidenciando nas interceptações; que não conhecia T. anteriormente; que T. surgiu na investigação pelas interceptações do investigado N.; que chegaram a fazer diligências, mas não as concluíram; que com a diligência da DECOD e uma interceptação telefônica com uma agência de telefonia, foi confirmado o endereço dele; que algumas interceptações são de ligações de cunho pessoal, outras voltadas ao tráfico; que em uma das ligações, T. chegou a passar seu CPF e seu nome completo para uma agência de telefonia; que, nos áudios, ficava evidente seu sotaque, por ser natural da Bahia; que não foi identificado nenhum apelido; que não participou quando a DECOD fez a busca; que quando houve o flagrante, acabaram verificando e concluindo-se que era o mesmo endereço que já tinha sido verificado anteriormente; que T. mora em um ponto de tráfico; que não viu T. em atividade de traficância; que sabia que a esposa residia no endereço; que T. fez o cadastro na empresa de telefonia informando aquele endereço; que por vezes ligavam para T. e sua esposa atendia; que, questionada da possibilidade de vender cocaína, sua esposa respondia que T. não estava no momento e que depois passaria o contato para ele; que, a partir disso, pressupõe-se que ela reside junto com ele; que o endereço de instalação de net, ou wi-fi, é localizado no endereço onde ele mora.

O policial Rodrigo Mario Firma Passos Forte relatou em juízo (evento 352, vídeos 4965 e 4964):

Que acompanhou os áudios do C. A. C., H. P., S. da S. I., companheira à época de C., e R. M. M., companheira à época de H.; que acompanhou

J. também; que foram realizadas interceptações telefônicas, em que haviam alguns áudios envolvendo tráfico de drogas, tanto do H. como da R.; que ambos conversavam muito sobre negociações do tráfico; que houveram poucas, mas sólidas, ligações do H.; que H. ligava para R. e pedia para separar algumas quantias; que alguém iria passar e deixaria certa quantia; que apontava para separar e trazer para dentro, referindo-se ao presídio; que, em outra quantia, falava que alguém iria passar para buscar; que há uma ligação que menciona o valor de R\$ 7.500,00; que à época H. estava preso; que o ramal era utilizado por diversos presos, muitos deles não identificados; que R. realizava um “leva e traz” fora da cadeia; que algumas ligações eram para ela levar para dentro do presídio e outras relativas à organização fora do presídio; que C. estava preso durante as investigações; que, quanto ao C. e S., também foram realizadas interceptações telefônicas; que o conteúdo dos áudios é similar aos de H. e R.; que falam em quantias a serem colocadas dentro do presídio e outras coisas de tratamento externo; que tratavam de valores e quantidades; que J. entra em contato com o ramal dentro do presídio e inicia uma negociação com G. acerca do tráfico; que através dessa ligação, seu celular também foi interceptado, conseguindo, assim, sua qualificação e a verificação da atividade de traficância que exercia; que se identifica como Negueba do Horácio; que durante as interceptações houveram muitos flagrantes interrelacionados; que nos relatórios há apenas a transcrição dos áudios; que não se recorda

da apreensão de drogas com S.; que não tem conhecimento da confirmação de que R. tentou entrar com drogas no presídio; que não pode citar o meio de confirmação da identidade, pois é sigiloso; que relativamente ao H. e R., ficou mais fácil a identificação, pois citaram o nome do filho do casal; que não faz perícia.

Passo então para a análise das condutas delituosas imputadas a cada denunciado e seu eventual envolvimento nos fatos narrados na exordial acusatória, bem como das provas produzidas em sua defesa.

2.1 DA DENUNCIADA S. DA S. I.

No tocante à acusada S. da S. I., o Ministério Público imputou a conduta de adquirir maconha com o objetivo de comercializar a terceiros (evento 72, fl. 06).

Analisando a prova dos autos, **entendo que não restou devidamente comprovada a prática do crime de tráfico de drogas.** Vejamos.

Em relação aos depoimentos do Delegado e dos policiais que participaram das investigações, verifico que **apenas o agente público Rodrigo apresentou relatos sobre a interceptação envolvendo a acusada, não esclarecendo de forma devida que foi verificado nas conversas entre S. e o corréu C. A., mencionando apenas sobre supostos valores que foram indicados pela acusada na única ligação interceptada pela polícia.**

A testemunha de defesa da acusada S., J. M. S., declarou em juízo (evento 454, vídeo 4957):

*Que conhece a família inteira da S. desde quando ela tinha 15/16 anos; que sua avó materna o procurou solicitando conselhos; que desde então, passaram a ter uma relação de amizade; que de vez em quando ia à casa dela; que eles (avós e S.), de vez em quando iam até sua casa para pedir alguma informação ou auxílio; que passou a nutrir um grande apreço por eles; **que S. é radiologista como profissão definida, e trabalhou no hospital de caridade durante seis meses;** que atualmente está difícil de conseguir emprego, em virtude do processo em trâmite; que S. é uma pessoa honesta, muito boa; que as melhores referências que pode conceder a uma pessoa, concede à ela; **que ao final de 2017, S. lhe procurou muito nervosa, dizendo que estava sendo investigada;** que pediu para que procurasse em casa; que avisou que já estava encerrando suas atividades; **que S. avisou que recebeu um telefonema do seu marido, C.C., o qual estava preso, abordando uma negociação acerca de um automóvel; que se tratava de um Golf velho; que precisava do dinheiro para pagar advogado; que iam vender o automóvel por R\$ 14.000,00; que seriam dados R\$ 10.000,00 de entrada e que os R\$ 4.000,00 restantes, seriam quitados dentro de 30 dias;** que, nesse momento, caiu a ligação; que S. lhe informou isso na oportunidade em que o visitou; que, assim que visualizou o número, retornou a chamada para seu marido dando alguma explicação; que depois ela disse: “quando eu te fizer a visita, eu vou te fornecer melhores dados a respeito disso”; **que C. queria saber quanto que o advogado queria; que ele precisava de algumas coisas para ter no presídio, como alimento e outros objetos; que ela disse para ele que o advogado cobraria R\$ 7.500,00, mas que não precisariam ser pagos imediatamente;** que questionou se S. não estaria envolvida com nada, tendo respondido que não; que passou o nome de um mecânico chamado F., o qual teria comprado o veículo de S.; que foi de onde ela teve o dinheiro para pagar o advogado; que em razão disso ela se encontra envolvida neste processo, tendo sido o único telefonema realizado entre os dois, enquanto C. estava preso; que a ligação se deu em meados de 2017 para o final do ano; que S. lhe informou por telefone que a polícia invadiu a pousada de sua avó E., localizada no bairro Campeche; que haviam 30 policiais armados querendo a todo custo prendê-la; que o avô de S. é policial aposentado e não permitiu a entrada dos policiais; que, então, marcaram um encontro em sua casa pessoal.*

A testemunha arrolada por C. e S., F. F. de F., relatou judicialmente (evento 454, vídeo 4955):

Que tinha uma lavação; que, através de um cliente, S. lhe contatou acerca de um Golf para fazer higienização e polimento; que pegou o carro; que fez o serviço e gostou do veículo; que fez uma oferta e comprou o carro; que pagou R\$ 10.000,00; que, após passar o carro para o seu nome, pagou mais R\$ 4.000,00; que pegou toda a documentação; que, logo após, já trocou por outro carro; que seu avô também é testemunha; que seu avô lhe ajudou com R\$ 5.000,00; que tinha um Fiesta, mas o vendeu por R\$ 6.000,00; que deu-lhe R\$ 4.000,00; que pagou R\$ 10.000,00 na hora para ela; que após, quando foi transferir o carro, dentro de um mês mais ou menos, deu os R\$ 4.000,00 na mão da dona G., proprietária do carro; que isto se deu no cartório de Forquilha; que vendeu seu Fiesta no dia 13 de maio, em um sábado, salvo o engano; que, na segunda, dia 15 de maio, efetuou o pagamento de R\$ 10.000,00; que pagou em dinheiro à S.; que o pagamento se deu na sua casa, na Rua Pau de Canela, na Servidão dos Músicos; que sua mulher, G. estava junto; que, no cartório, entregou o dinheiro para a dona do carro, que, por coincidência se chamava G. também; que recebeu R\$ 6.000,00 na venda do carro; que seu avô lhe ajudou com R\$ 4.000,00; que também sacou R\$ 5.000,00 do FGTS inativo; que vendeu o carro para Tiago, de Palhoça; que recebeu mesmo R\$ 4.000,00 do seu avô; que se enganou anteriormente; que o saque do FGTS deu pouco mais de R\$ 5.000,00; que pagou em mãos à G. no cartório de Forquilha.

A informante da Defesa de C. e S., S. C., disse (evento 454, vídeo 4956):

Que S. tem uma filha, G.; que S. sempre trabalhou; que, na época em que moravam juntas, S. trabalhava na pizzaria “Made in Brasil”; que, quando saiu, S. passou a trabalhar na empresa da sua tia que vendia marmitas; que S. é formada em Radiologia; que S. sempre foi responsável, não tendo envolvimento com nada de ilícito; que G. sempre estudou e joga futebol, já tendo disputado diversos campeonatos; que S. sempre deu bastante assistência à filha.

A informante da defesa de C. e S., G. M. da C. C., afirmou (evento 454, vídeo 4954):

Que é mãe de C. A. C.; que C. e S. vivem juntos; que ambos trabalhavam; que C. trabalhava em um Lava-car, na pousada com S., e também trabalhava de ajudante de pedreiro com o pai; que se recorda da negociação do veículo; que era um Golf 2000 prateado; que pediu para sua nora vender, pois precisavam pagar o advogado; que o comprador noveicula R\$ 14.000,00 [sic]; que R\$ 7.500,00 foram para o advogado; que R\$ 2.500,00 usaram para compras; que o pagamento foi feito em partes; que pediu para sua nora cuidar de tudo isso; que seu filho estava preso e ficou doente; que não tinha cabeça para fazer as coisas.

A informante arrolada por C. e S., T. da R. M., mencionou (evento 454, vídeo 4953):

Que conhece S. desde o início de 2016; que foi indicada por uma amiga para cuidar da filha da S., pois esta trabalhava; que S. trabalhava em uma pizzaria, no bairro Campeche; que aos finais de semana, às vezes, vendia sanduíches na praia e ajudava sua avó na pousada; que G. estuda; que é uma criança super educada; que joga futebol; que G. tem uma educação exemplar.

O corréu C. A. C. - para o qual o processo está suspenso em razão da incapacidade superveniente - exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio acerca dos fatos, tendo informado judicialmente (evento 454, vídeo 4945):

Que está com problemas de saúde; que está tomando medicação, mas não sabe qual é o tipo; que está preso no HCTP; que está lá há uns 06 meses; que não se recorda com quem morava antes de ser preso; que fazia o uso de maconha desde antes dos 15 anos de idade; que nunca tinha passado por qualquer internação, nem clínica para tratamento.

Sob o crivo do contraditório, a ré S. da S. I. alegou (evento 454, vídeo 4940):

Que é inocente; que nunca foi presa com drogas na vida; que possui uma passagem por furto, quando estava com uma amiga em um supermercado há muitos anos atrás; que acabou indo presa junto; que a partir daquele momento decidiu nunca mais cometer nada que gerasse prejuízo para sua vida; que, quando C. A. foi preso, já estavam há cinco meses separados; que começou a visitá-lo depois de quatro meses; que tem o registro na penitenciária; que a mãe dele pediu ajuda para vender um carro, pois ela não entendia muito dessas coisas; que estavam bem preocupados, pois queriam contratar um advogado para o caso; que C. estava bem ansioso com isso; que se prontificou a ajudar; que sempre trabalhou; que sempre fez as coisas certas; que sempre trabalhou com carteira assinada; que estudava; que sempre teve boa conduta; que fez a negociação do carro; que levou o carro na oficina; que o mecânico acabou se interessando; que ele fez uma proposta de que daria R\$ 10.000,00 e depois R\$ 4.000,00; que passou isso para C. na visita; que o cara já tinha lhe dado os R\$ 10.000,00; que ele estava ansioso com esse negócio de advogado; que disse para ele ter calma e que na semana seguinte iria resolver tudo; que foi então que C. ligou; que a ligação estava muito ruim; que nunca passou pela cabeça que uma ligação dessa podia causar tanto prejuízo como causou na sua vida; que estava trabalhando recentemente no Hospital de Caridade e foi demitida; que provavelmente foi demitida em razão desse processo; que se trata de uma instituição religiosa; que sempre deu um boa educação para sua filha, mesmo sendo mãe solteira; que, desde pequena, incentivou a criança para seguir o caminho do esporte; que ela joga futebol que ela participou de uma peneira realizada pela prefeitura de Florianópolis, tendo sido a única selecionada para participar da maior competição juvenil do mundo, na Suécia; que muito provavelmente ela será escolhida para jogar no time suéco; que não sabe como poderá expedir um passaporte para acompanhá-la respondendo a uma ação dessas; que nunca vendeu droga; que de repente não se expressou de maneira clara na ligação; que para si estava muito claro; que a ligação estava ruim, tanto que retornou para entender melhor; que nunca adquiriu maconha na sua vida; que nunca comprou a droga; que estavam juntos antes do Alessandro ir preso; que chegou um período em que não quis mais e, por isso, se separaram; que ficaram cinco meses separados e aconteceu que Alessandro foi preso; que não sabe o que ele fez nesse período em que estavam afastados; que depois de quatro meses foi visitá-lo; que a irmã dele lhe informou que ele estava muito doente; que Alessandro foi diagnosticado pelo perito do Estado com uma doença séria e sem cura; que está há sete meses separada; que tentou ajudá-lo de todas as formas, com médico, quando ele saiu da prisão por sete dias, mas é uma coisa muito pesada; que tem uma filha para cuidar e não tem energias; que o pai da filha a abandonou quando era pequena; que criou a vida inteira sozinha; que sua filha está com 12 anos; que começou a se relacionar com C. há alguns anos; que sua filha tinha entre 8 e 9 anos; que, quando estavam casados, C. trabalhava; que o levava para a pousada da sua avó e lá ele realizava serviços; que nunca viu ele se metendo com qualquer tipo de confusão; que ele fumava maconha; que depois de cinco meses separados, ele foi preso; que ficou sabendo pela irmã dele; que depois de quatro meses da prisão de C. é que foi visitá-lo; que reataram o relacionamento enquanto ele estava preso; que falou que ia dar uma chance ao C.; que ele foi preso por tráfico; que ele se meteu de laranja em alguma confusão; que não entende o motivo disso; que a família dele sempre deu estrutura; que seus avós sempre o apoiaram e são bem de vida; que queriam dar estudo; que reataram e passou a visitá-lo todo final de semana; que ele nunca sofreu represália na prisão ou foi ameaçado; que Alessandro era um preso exemplar; que ele estudava, trabalhava e nunca incomodou; que ele estava fazendo tudo certo até que a doença o dominou; que ele não teve mais condições e está até hoje internado no Hospital de Custódia, em uma situação bem complicada; que ele foi diagnosticado com esquizofrenia; que notava ele como uma pessoa muito ansiosa; que ele não tinha calma para as coisas e queria que tudo fosse na hora; que quando conversavam ele se acalmava; que nunca viu um problema sério; que o carro vendido era da mãe do C.; que ela queria vender o carro para pagar o advogado; que o carro ficava parado na casa deles; que não conhecia o mecânico; que recebeu uma indicação de que ele fazia esse trabalho de polimento e higienização; que o carro estava todo

mofado por dentro; que o mecânico não cobrava tão caro; que ele limpou, deixou o carro “zero” e fez uma proposta; que a mãe de C. ficou de acordo; que o problema foi C. ter ligado perguntando dos R\$ 10.000,00; que os R\$ 7.500,00 foi o valor que o advogado cobrou; que falou que “dos dez, tem que pagar sete e meio, mas não precisa pagar agora, pode esperar vender antes”; que o valor total do carro foi R\$ 14.000,00, tendo recebido R\$ 10.000,00 de entrada e R\$ 4.000,00 posteriormente para a mãe do C. no cartório; que ele pagou os R\$ 10.000,00 na sua mão, em espécie; que os valores foram entregues na casa do mecânico; que era localizada no Campeche, salvo o engano, na Pau de Canela; que foi sozinha; que foi de moto; que tem uma Bis; que parte do valor era para o advogado; que pagou o advogado; que já faz anos; que pegou o dinheiro, conversou com o Alessandro, foi na visita e já acertou tudo; que pagou o advogado; que a mãe de C. até lhe acompanhou no escritório, com o fim de verificar que estava tudo sendo “às claras”; que foi logo na sequência; que acha que ficou com o dinheiro durante uma semana; que quando aconteceu a ligação do presídio já estava com os R\$ 10.000,00 em mãos; que foi na visita e avisou C.; que o processo que o advogado iria atuar é no que C. tinha sido preso; que C. tinha uma advogada que não estava fazendo nada, então ele queria trocar de advogado; que salvo o engano o nome da antiga advogada era Dra. P.; que a troca foi pelo Dr. J., que está até hoje com ele; que lembra que pagou R\$ 1.000,00 para Dra. N., salvo o engano, para um Habeas Corpus; que este valor foi retirado dos R\$ 4.000,00 da segunda parte do pagamento do carro; que a mãe dele comprou uma televisão para ele; que os R\$ 2.500,00 reais restantes da primeira parte do pagamento foram usados para fazer sacola para o C.; que, mais ou menos, trinta policiais encapuzados, às 6:00 horas da manhã, invadiram a pousada da sua vó atrás dela; que sua vó “quase morreu do coração”; que sua vó e seu avô são pessoas muito honestas na vida; que eles ficaram apavorados; que não sabiam se teria matado alguém; que foi muito complicado; que toda a vizinhança viu aquilo; que foi muito constrangedor; que não deram uma chance para que se explicasse; que estava todo o dia na casa da sua avó; que deu o depoimento na delegacia; que ficou três meses em casa com a tornozeleira; que o Delegado não ia lhe ouvir; que teve que ligar na DEIC e insistir, que precisava dar o seu depoimento; que não consegue mais trabalhar; que teve que ensinar sua filha a ir de ônibus para a escola.

Do colacionado, com relação à requerida S. da S. I., verifico que ainda restam dúvidas de que a acusada tenha adquirido drogas (em tese dez quilogramas demaconha) em conluio com seu marido, C. A. C.

Ao evento 1, petição inicial 592 - 593 e relatório 4.061 - 4.062, constam partes de conversas interceptadas entre C. e S. Na ligação, C. pergunta à S. quanto custou “aquilo lá”, e S., por sua vez, responde que “das dez que ele mandou tem que dar sete mil e quinhentos”, e afirmou ainda que não foi necessário pagar ao vendedor, vez que este lhe disse que primeiro poderia vendê-la, para depois realizar o pagamento. Posteriormente, em virtude da ligação ter sido interrompida, S. ligou para C. e ressaltou novamente que não foi preciso, por enquanto, pagar pela compra, e ainda questiona em qual valor ela deve vender. C., por sua vez, não responde e diz que logo mais conversariam sobre o assunto.

Ora, **pelo teor das conversas elencadas - sendo apenas duas, em um mesmo dia-entendo que não restou evidenciado que “aquilo lá” refere-se à compra de drogas realizada por S., para comercialização a terceiros, e que a quantidade adquirida foi de 10 (dez) kg, ao valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).**

Inclusive, no Relatório Policial apenas foi mencionado que: “[...] pelo contexto da ligação e pelo valor negociado, verifica-se que a esposa de A. (S. DA S. I.) realizou a compra de 10 (dez) quilos de maconha, totalizando de R\$ 7.500,00 [...]” (evento 1 - Relatório 4061/4062). Sendo assim, **a informação sobre a compra do entorpecente trata-se somente de uma suposição, não havendo quaisquer outros elementos concretos na conversa entre os acusados que aponte para o narcotráfico.**

Ainda, **tenho que os detalhes da conversa poderiam ter sido melhor explorados nos depoimentos dos agentes**

públicos, principalmente do policial que foi responsável pela interceptação telefônica da acusada com o corréu C. Entretanto, não foi o que ocorreu, tendo o agente público mencionado as poucas informações que também foram indicadas no relatório da investigação.

Por outro lado, **a acusada foi enfática, sob o crivo do contraditório, ao afirmar que os valores mencionados nas ligações são relativos à venda de um carro e que grande parte seria utilizado para o pagamento do advogado, o que foi confirmado por informantes e testemunhas judicialmente, bem como por provas documentais** (evento 139 - Informação 4059, 4550, 4551 e 4552).

Assim, do caderno processual, percebe-se que a conclusão das investigações e o fato narrado pelo Ministério Público na exordial acusatória não encontram guarida nos autos, não tendo sido produzidas provas suficientes a confirmar a versão acusatória.

Portanto, considerando que os indícios de autoria apontados na fase policial não se confirmaram judicialmente, não sendo possível formar um juízo de convicção seguro acerca da autoria delitiva apontada a denunciada, a dúvida sempre deveser interpretada em favor desta.

Frisa-se, ainda, que aqui não se está afirmando a completa inocência da acusada quanto ao fato analisado, mas tão só constatando que não há elementos suficientes confirmados judicialmente de forma verossímil aptos a legitimar a formulação de um juízo de certeza e concluir, com firmeza e convicção, sua culpabilidade.

Portanto, **considerando a ausência de produção de prova suficiente para apontar a prática delituosa sob o crivo do contraditório, tenho que não é possível formar um juízo de convicção seguro acerca do envolvimento da acusada, sendo medida obrigatória a absolvição nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP.**

2.2 DOS DENUNCIADOS H. P. E R. M. M.

No que tange aos acusados H. P. e R. M. M., o Ministério Público imputou a conduta de adquirir, trazer consigo e vender substâncias entorpecentes, especialmente maconha (evento 72, fls. 06/007).

Ao analisar o conjunto probatório dos autos, tenho que **a prática do crime de tráfico de drogas pelos denunciados restou comprovada.**

O acusado H. P. exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio acerca dos fatos, tendo informado judicialmente (evento 454, vídeo 4947):

Que estudava no Ribeirão da Ilha; que já trabalhou com pintura e com gesso acartonado; que não tem problemas com o uso de drogas.

A acusada R. M. de M. exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio acerca dos fatos, informando em seu interrogatório (evento 454, vídeo 4941):

Que H. é seu ex-marido; que conheceram-se em 2014, e em 2015 passaram a morar juntos; que faz oito meses que separaram-se; que mora com a sua mãe; que tem um filho com H. e dois de outro casamento; que está desempregada há um mês; que trabalhava em uma padaria na Trindade; que mudou de dono e mandaram todos os funcionários embora; que foi feito um acordo; que trabalhou na padaria, por volta de 8/9 meses; que, antes, trabalhava como autônoma, exercendo a profissão de manicure.

Assim, verifico que foi bem pontuado pelo Delegado de Polícia, Antônio Seixas, em depoimento judicial, acerca da existência de diversas conversas telefônicas entre os acusados H. e R., sobretudo relativo ao conteúdo da venda de drogas. Mencionou ainda que os denunciados discutiam acerca do fracionamento dos entorpecentes, com o fim de vendê-los dentro da penitenciária.

Do mesmo modo, o policial Rodrigo relatou que acompanhou as interceptações telefônicas em face dos acusados, e que estes conversavam muito acerca das negociações de drogas. Afirmou que embora o denunciado H. estivesse preso à época dos fatos, o contato entre os dois era realizado de forma sólida e contínua, muitas vezes com o fim de comunicar à R. de que alguém passaria buscar certa quantia, assim como solicitando para a acusada “separar e trazer para dentro”, referindo-se aos entorpecentes, os quais deveriam ser entregues ao H. dentro da unidade prisional. O agente público Rodrigo, mencionou também que foi possível realizar a identificação dos acusados, após estes mencionarem o nome completo do filho do casal em uma das ligações telefônicas.

Dito isso, ao analisar as ligações telefônicas efetuadas pelos acusados (evento 1, petição inicial 594 - 595) verifico que durante a conversa, R. informou ao H. que o “Leleu” levou a maconha para cortar e pesar. Fizeram menção ainda ao nome do filho do casal (R. E. M. P.), o que por si só, confirmou a identidade dos denunciados.

Ainda na mesma ligação, R. faz menção à 50g (cinquenta gramas) e 100g (cem gramas) e, embora não fale expressamente acerca de qual produto esta quantidade mencionada refere-se, é fácil perceber que o assunto também trata acerca da comercialização de drogas, além de não ter sido apresentada pelos réus qualquer justificativa para essas menções durante a ligação telefônica interceptada pelos agentes.

Do mesmo modo, em outra ligação realizada pelos denunciados (evento 1, relatório 2.774 - 2.776 e relatório 4.062 - 4.063), R. menciona expressamente que levaria um “fumo”, referindo-se à maconha, para H., e que “já vendeu umas 50 gramas na pista”, assim como conversaram acerca de valores, solicitando para que H. realizasse o pagamento “ao cara”, e depois comprasse mais uma peça da droga. Além disso, durante a ligação, os denunciados mencionam a forma e quantidade de entorpecentes que R. tentaria levar para dentro da unidade prisional, vez que H. já tinha tratado com interessados na compra dos entorpecentes, os quais também estavam custodiados dentro do presídio.

Inclusive na mesma ligação, uma criança começou a conversar com o acusado acerca de outros assuntos, e o chamou H. pelo primeiro nome, confirmando novamente a identidade dos denunciados.

Portanto, no caso em tela, ainda que não tenha sido apreendido nenhum entorpecente com os acusados, os diversos elementos de provas, especialmente a interceptação telefônica e as declarações prestadas pelos agentes públicos envolvidos são firmes e coerentes entre si, e confirmam a dedicação de H. e R. ao comércio de entorpecentes.

Ademais, vejo que os pontos principais da ocorrência foram narrados de forma harmônica e coerente pelos policiais, assim como na fase extrajudicial, relatando as atuações dos acusados, bem como sobre o **modus operandi**, do qual a tratativa das compras e vendas por parte dos acusados eram realizadas principalmente por meio de ligações telefônicas, em virtude de que H. estava cumprindo pena na unidade penitenciária à época dos fatos.

Além disso, destaco que **acusado de H. Logo, ainda que o celular não fosse cadastrado em nome do acusado, resta claro que este era o interlocutor das conversas com R.**

Ainda, é evidente a ausência de teses defensivas ou mesmo de testemunhas que, de fato, pudessem eximi-los da culpabilidade dos acusados.

Logo, não havendo prova em sentido contrário, não há qualquer eiva a rechaçar a veracidade do teor dos depoimentos prestado pelos agentes públicos.

A respeito da validade da narrativa dos policiais, cabe destacar que estes no exercício de sua função típica, de proteger e preservar a segurança pública, além de ostentarem em seu favor presunção relativa de veracidade de suas alegações, a Defesa Técnica em nenhum momento trouxe os autos prova cabal que colocasse em dúvida as alegações dos agentes.

Dessa forma, entendo que as circunstâncias da ocorrência, demonstram nos autos que os acusados realizavam a venda de entorpecentes.

Logo, a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas nos autos, de forma que a condenação dos acusados H. P. e R. M. M. pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 é medida imperativa.

2.3 DO ACUSADO T. M. S.

Em relação ao acusado T. M. S., o Ministério Público imputou a conduta de vender e fornecer maconha e cocaína a indivíduos não identificados, inclusive empregando arma de fogo em suas práticas criminosas (evento 72, fls. 08/09).

Do conjunto probatório dos autos, tenho que **a prática do crime de tráfico de drogas pelos denunciados restou comprovada.**

O informante arrolado por T., E. M. S., alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4952):

Que conhece T. há 6 anos, mais ou menos; que em 2017 trabalhava com aex-esposa de T. e que se encontravam aos finais de semana; que T. trabalhava de ajudante de pedreiro na época; que não sabe de envolvimento do T. no tráfico de drogas.

A informante arrolada pela Defesa de T., W. S. de L., alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4951):

Que é esposa do T.; que está junto com T. há quase 02 anos; que iniciaram o relacionamento em 03 de abril de 2017; que após 07 meses juntos, separaram-se; que a droga encontrada em sua residência era sua mesmo, e não de T.; que já estavam separados há 03 meses; que denunciaram, relativamente acerca das drogas em sua casa; que a polícia invadiu sua casa e a prenderam; que falaram que a droga era de T., mas não era, pois nem tinha mais contato com ele; que não chegou a responder pelo fato, pois era menor de idade; que, assim que se separaram, algumas amigas foram morar junto consigo; que os namorados delas começaram a frequentar a casa; que foi nesse período em que algumas pessoas guardaram a droga na sua casa, mas que não eram de T.; que a droga foi encontrada na servidão Gerivá; que não sabia onde T. residia, pois não tinha contato com ele; que hoje seu filho tem dois anos de idade; que na época estava grávida de 7 meses; que T. sempre saía cedo para trabalhar; que trabalhava de pintor; que na época que estavam juntos tinham Net em casa; que moravam naquela casa desde março/abril; que, quando se separaram, ele foi morar em outro lugar; que continuou morando no local; que se divorciaram no começo de setembro; que foi apreendido em sua casa 12kg de maconha; que a droga, na realidade, era de um namorado de uma amiga sua; que essa amiga morava junto consigo; que sua amiga se chama Carol; que não sabe seu nome completo; que moraram entre 3 a 4 meses juntas; que voltou a namorar com T. somente depois que ele foi preso e que pediu para ver seu filho; que seu filho nasceu em 18 de janeiro de 2018; que separou-se de T. em setembro de 2017, estando à época grávida de 6 a 7 meses.

O informante da Defesa de T., A. S. de O., alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4950):

Que conhece T. há 05 anos; que T. trabalhava como servente de pedreiro; que trabalharam juntos em várias obras; que trabalharam em obras na Praça XV, no norte da ilha, e em Cachoeira do Bom Jesus; que não tem conhecimento da prática de tráfico de drogas pelo T..

A testemunha da Defesa de T., H. C. S., alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4949):

Que conhece T. há 05 anos; que conhece ele em virtude de serviços de obras; que recorda-se de trabalhar com

T. em meados de 2017; que trabalharam em obras de construção civil; que nunca presenciou nenhum ato de tráfico de drogas por parte de T.

Sob o crivo do contraditório, o acusado T. M. S. alegou judicialmente (evento454, vídeo 4944):

Que não tem envolvimento com nada; que nunca foi preso por tráfico anteriormente; que trabalhava; que não era o interlocutor das conversas interceptadas; que nessa época, já tinha terminado com sua esposa há três meses; que apenas ia no local para pagar o aluguel, pois ela estava grávida do seu filho; que a droga foi encontrada na casa da sua esposa; que ficou sabendo só depois que foi preso, quando recebeu a intimação; que até lá, não sabia de nada; que foi preso em outubro de 2017; que estava voltando do trabalho, no período da tarde; que estava trabalhando em uma obra, localizada na rua dos Baianos; que trabalha na betoneira, fazendo massa; que não sabe com quem sua esposa estava morando; que, quando estavam casados, moravam juntos no mesmo local em que ela foi presa; que ela estava morando com duas amigas e os namorados delas; que saiu de casa antes de julho; que não tem nenhum apelido; que nunca fez solicitação à Net, pois seu nome está sujo desde que completou 18 anos; que a Net estava no nome do seu cunhado, Michel Dantes da Silva.

Do colacionado, em especial as interceptações telefônicas exibidas aos autos e também os depoimentos dos policiais que acompanharam as investigações, verifico que não restam dúvidas de que T. guardava, mantinha em depósito e realizaria a venda das drogas ilícitas apreendidas.

Em ambas as fases processuais, o Delegado de Polícia Antônio, e o policial Alexandre de Almeida Pereiras, os quais foram responsáveis pelas interceptações telefônicas efetuadas em face do acusado, foram seguros e claros em seus depoimentos no sentido de que T. raticava o tráfico de drogas.

Além disso, ao evento 1, petição inicial 600 - 601, constam cópias das interceptações telefônicas realizadas, das quais verifico que em diversas chamadas recebidas pelo acusado, este informa a quantia de entorpecentes que possui para venda, assim como abastecia alguns pontos de drogas.

É nítida a narcotraficância pelo acusado (petição inicial 601) pois conforme chamada de interlocutor não identificado, este pergunta à T. se tem “umas vinte e cinco” para vender, e o acusado responde que sim. Em seguida, o interlocutor afirma que estava indo ao local e levaria um turista para comprar, e informou que “o turista é de boa”.

Por outro lado, não obstante o denunciado e sua esposa W. afirmem que os 12kg (doze quilogramas) de maconha encontrados na residência do acusado, eram de propriedade de W., vez que ambos estavam divorciados à época dos fatos, o alegado não prospera.

Isso porque, sob o contraditório em juízo, T. afirmou que não mais residia na casa em que as drogas foram apreendidas, e que parou de morar lá antes do mês de julho, em virtude do divórcio. No entanto, conforme infiro, no dia 05/07/2017 (evento 1, petição inicial 601, relatório 2.559), o requerido recebeu uma ligação de interlocutor não identificado, e por sua vez, W. atendeu a chamada. O interlocutor perguntou se T. estava em casa, e informou que precisava que o acusado levasse mais daquela, do “peixe”, referindo-se à cocaína-escama. O interlocutor também mencionou que era para W. avisar ao T. para que este fosse buscar o dinheiro “daquelas outras duas que já foram”.

Logo, é evidente que as drogas que foram apreendidas naquela residência, eram de propriedade do denunciado, o qual, no entanto, somente não estava em casa no momento da busca e apreensão realizada, mas certo é que o acusado residia sim naquele local à época dos fatos.

Ora, se o acusado e W. estivessem divorciados desde antes do mês de julho, conforme alegam, não haveria motivo para que a adolescente permanecesse com o aparelho celular do denunciado e atendesse a referida ligação telefônica no dia 05/07/2017, sem informar que não residia mais com o acusado e não tinha mais contato com ele.

Ainda, entendo que a versão do acusado e da informante W. poderia ter sido facilmente confirmada por meio da oitiva das supostas amigas que teriam morado com a informante na época dos fatos, as quais poderiam afirmar que a droga era guardada no imóvel apenas e que era de propriedade de um terceiro indivíduo.

Diante disso, não prosperam os argumentos de que as drogas apreendidas eram de propriedade de sua esposa W., pois resta claro nos autos que os entorpecentes pertenciam ao acusado, o qual inclusive, realizava a venda de diversos tipos de drogas, conforme provas testemunhas do Delegado de Polícia e policial Alexandre, assim como dos relatórios das interceptações exibidas ao evento 1, relatório 2.350; 2.445; 2.558 - 2.564; 2.761 - 2.766.

Além disso, resta demonstrado nos autos que o requerido era o responsável por “reabastecer” alguns pontos de drogas, conforme chamada telefônica (relatório 2.562) recebida no dia 14/07/2017 de interlocutor não identificado, o qual afirma que a “lojinha” bombou, referindo-se ao ponto de droga, assim como informou valores que deveria pagar ao acusado, na média de R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), e solicitou ao denunciado “mais umas 200 (duzentas) gramas”, ou seja, certa quantia de algum tipo de entorpecente fornecido por T.

Ao evento 1, relatório 2.762 também consta uma chamada efetuada por interlocutor não identificado, o qual realiza o tráfico de drogas em uma “biqueira” e solicita ao denunciado o reabastecimento de cocaína na “boca de fumo”.

Diante disso tudo, os informantes da defesa, A. e H., declararam em juízo que conhecem o acusado há aproximadamente cinco anos, e que trabalharam juntos em algumas obras. Sobre isso, não desconheço que possivelmente o acusado realizasse algum trabalho lícito em alguns períodos do dia, no entanto, fato é que, resta evidente a autoria e materialidade do réu na prática do delito de tráfico de drogas.

Portanto, o fato de T. ter supostamente trabalhado em obras com os informantes em meados de 2017 não descaracteriza a conjuntura da prática da narcotraficância.

Assim, do caderno processual, percebe-se que não foram produzidas provas suficientes a confirmar as alegações do acusado sobre a suposta perseguição, ônus que lhe competia, a teor do art. 156, caput, do Código de Processo Penal.

Logo, é evidente a ausência de teses defensivas ou mesmo de testemunhas que, de fato, pudessem eximir o denunciado da culpabilidade, somadas ainda a sua versão isolada e sem respaldo de veracidade nos autos.

Não havendo prova em sentido contrário, não há qualquer eiva a rechaçar a veracidade do teor do depoimento prestado pelos agentes públicos.

A respeito da validade da narrativa dos policiais, cabe destacar que estes no exercício de sua função típica, de proteger e preservar a segurança pública, além de ostentarem em seu favor presunção relativa de veracidade de suas alegações, a Defesa Técnica em nenhum momento trouxe os autos prova cabal que colocasse em dúvida as alegações dos agentes.

Não se pode olvidar ainda que para caracterização do crime de tráfico de drogas, a Corte Superior entende:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS - CREDIBILIDADE - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. 01.

Demonstradas a autoria e a materialidade do delito de tráfico de drogas, a condenação do agente, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade é medida que se impõe. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos de qualquer outra testemunha, porque a

aceitabilidade de suas palavras estájungida à presunção de idoneidade moral de que gozam, salvo prova em contrário, razão pela qual suas declarações são aptas para a formação de um juízo de censurabilidade penal e desfavor do agente (STJ. HC nº 498.577/MG.Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 20/03/2019). (grifei)

Portanto, evidenciada a finalidade mercantil da droga apreendida como acusado, a materialidade e autoria do delito de tráfico restaram devidamente comprovadas nos autos, de forma que a condenação do acusado T. M. S. é medida imperativa.

[...]

2.4 DO DENUNCIADO G. B. M.

Quanto ao acusado G. B. M. e o corréu J. (desmembrado), o Ministério Público imputou a conduta de adquirir 05kg (cinco quilogramas) de maconha com o objetivo de comercializar a terceiros (evento 72, fl. 09).

Do conjunto probatório dos autos, tenho que a prática do crime de tráfico de drogas pelo denunciado restou devidamente comprovada.

O Delegado de Polícia e o policial Leonardo, que acompanhou as conversas interceptadas envolvendo o denunciado G., afirmaram de forma clara e segura que G. se encontrava na penitenciária durante as investigações e que o corréu J., conhecido como “Negueba”, mantinha contato com o G., que estava preso.

O agente público Leonardo destacou que houveram poucas ligações, mas que em uma das conversas interceptadas, J. negociou maconha com o acusado G., tratando-se de 05kg (cinco quilogramas) de maconha.

Judicialmente, o acusado G. B. M. exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio acerca dos fatos, tendo informado judicialmente (evento 454, vídeo 4946):

Que tem filhos e é casado; que trabalha, de vez em quando, com seu tio, o qual é pintor e tem uma empresa.

Das conversas interceptadas envolvendo o acusado, entendo que há provas suficientes sobre o envolvimento de G. no crime de tráfico de drogas.

As informações levantadas nas investigações foram comprovadas pelas interceptações telefônicas (evento 1, pet. 693/694) e confirmadas pelo Delegado de Polícia e pelo policial Leonardo em seus depoimentos judiciais.

Na conversa registrada no Evento 1 (pet. 693), o acusado G. negocia a venda de 05kg (cinco quilogramas) de maconha com o corréu J. e informa o contato de um terceiro, para que J. entre em contato e adquira o entorpecente, o qual seria dividido entre ambos, tendo o corréu informando que iria “lançar” um pedaço de maconha e ecstasy para G., exatamente como fora relatado judicialmente pelo agente público Leonardo.

Por outro lado, o acusado não apresentou qualquer justificativa quanto ao teor das conversas interceptadas, optando por permanecer em silêncio no momento de seu interrogatório.

Logo, é evidente a ausência de teses defensivas ou mesmo de testemunhas que, de fato, pudessem eximir o denunciado da culpabilidade, somadas ainda a sua versão isolada e sem respaldo de veracidade nos autos.

Ainda, não havendo prova em sentido contrário, não há qualquer eiva a rechaçar a veracidade do teor do depoimento prestado pelos agentes públicos.

No caso concreto, portanto, as circunstâncias em que se deu a ação, as interceptações telefônicas registradas, a investigação envolvendo o acusado, bem como os depoimentos em juízo das testemunhas de acusação,

convergem diretamente para a narcotraficância. Não fosse só, o acusado não indicou que a destinação da droga seria para consumo próprio, sendo sua destinação direcionada, portanto, ao comércio ilícito, conforme demonstrados pelos elementos probatórios angariados.

Comprovada, de todo exposto, a materialidade do delito e autoria imputada ao réu G. B. M. na exordial acusatória, imperativa sua condenação nas sanções do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

2.5 DOS ACUSADOS A. C. E A. A. D.

O Órgão Ministerial imputou ao acusado A. C. a conduta de entregar drogas e ao acusado A. A. D. a conduta de vender as drogas entregues pelo corréu.

Em relação aos acusados, entendo que a prática do delito de tráfico de drogas por eles não restou suficientemente comprovada nos autos.

Sob o crivo do contraditório, o acusado A. A. D. alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4942):

Que não tem nada a ver com o tráfico de drogas; que não chegou a ser preso; que não conhece nenhum dos outros réus; que não é conhecido como “Shrek”; que não conhece o “Playboy”; que conhece A. C.; que lavava o carro dele; que tem um lava rápido de carros, desde o ano de 1997, na Av. Mauro Ramos; que em 1997 começou a trabalhar no posto Beira-mar, para o Jorge Lacerda; que saiu, pegou sua rescisão montou seu lava rápido; que é uma empresa constituída; que sua renda vem disso; que sempre trabalhou com lavação de carro; que já trabalhou na Flov; que já entregou jornal; que já trabalhou no terminal “Cidade de Florianópolis”; que não é conhecido como “Shrek”; que não tem vulgo; que sua empresa é constituída como Auto Lavagem e Estacionamento A.; que não conhece ninguém que possua esse apelido; que conhece o Shrek apenas do desenho; que desconhece se A. C. possui o apelido de “Playboy”; que conhece A. desde que ele estudava radiologia; que, na época, A. morava no Saco dos Limões; que, desde então, lavava o carro dele; que ele trazia o carro para a lavagem; que sabe onde A. mora; que ele mora perto do colégio no Saco dos Limões; que mora na Servidão Luiz Zilli no Morro da Queimada; que conhece a família do A. C.; que conhece a mãe de A. C. e lavava o carro da família dele; que não sabe com o que A. trabalhava; que A. tinha um veículo modelo Corsa.

Sob o crivo do contraditório, o réu A. C. alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4939):

Que desconhece os fatos; que não tem apelido; que conhece A. A. D. da lavagem; que conhece ele há mais de cinco anos; que A. A. D. tinha uma lavagem perto da sua casa; que não se falavam no telefone; que desconhece a ligação do A. A. D. lhe pedindo droga; que nunca vendeu droga para ele; que o telefone que consta nos autos não bate com o número que possui há mais de cinco anos; que seu número é 9847-0259; que seu celular não foi apreendido; que levava o carro na lavagem; que na época tinha um Gol; que tinha um Corsa também; que já teve mais de um carro; que também já teve Clio e Audi; que levava todos esses carros para lavar; que sempre morou nessa residência no Saco dos Limões; que A. A. D. morava no Centro; que a lavagem dele era na Prainha; que trabalhava como autônomo; que já trabalhou como motorista do aplicativo Uber, e já fez corrida de supermercado junto com seu ex-sogro; que já estudou radiologia; que recebeu uma herança da morte do seu pai; que seu pai era advogado da CELESC; que até a residência em que mora, foi seu pai quem deixou; que sua mãe lhe ajudava também; que ela recebe uma pensão na quantia de quatro ou cinco mil reais; que tem mais uma irmã; que sua irmã já é independente; que vivia dessa ajuda e dos trabalhos como autônomo; que faz um ano da última vez que foi preso, mais ou menos; que manteve o mesmo número de telefone, pois está registrado no seu nome; que tem esse número registrado há bastante tempo; que desconhece o número que consta nos autos, muito menos de ter usado esse número para falar com ele sobre drogas;

*que está para sair mais uma parte da herança de um terreno de 20.000m² próximo da ressacada (estádio), localizado na rua Tenente Calandrini; que o terreno é avaliado em, mais ou menos, R\$ 1.000.000,00, no mínimo; que usufruem da casa, da pensão, da condição que seu pai deixou; que quando ele morreu, A. recebeu a pensão, mas perdeu o direito para sua mãe, em razão da idade; que possuem renda de aluguéis; que está terminando a construção de duas quitinetes, no seu próprio terreno; que a casa era muito grande, e a família desmembrou as divisórias; que sobrou uma área de churrasqueira, na qual, fechou com paredes e colocou banheiro; que fez quitinetes para estudantes; **que nunca prestou depoimento em delegacia por este processo; que nunca lhe perguntaram nada acerca dos fatos.***

Da análise detida das provas exibidas aos autos, tenho que não restou comprovado a prática do delito de drogas por parte dos acusados A. C. e A. A. D.

Isso, porque embora o Delegado de Polícia tenha afirmado em juízo que as alcunhas “Shrek” e “Playboy” são utilizadas respectivamente por A. A. D. e A. C., infiro das interceptações telefônicas (evento 1, petição inicial 714 - 716 e 792 - 798) que em nenhum momento as pessoas que conversavam nas chamadas se identificaram pelo primeiro nome ou o nome completo, o que justificaria a tese da certeza de que as ligações telefônicas foram efetuadas pelos acusados.

Ao evento 1, petição inicial 714, verifico que os policiais concluíram que a alcunha “Boy” era utilizada por A. Esta conclusão foi realizada após o acusado supostamente informar em uma ligação telefônica o seu endereço residencial, no bairro Saco dos Limões, sem informar, no entanto, o seu primeiro nome. Também, ao evento 1, petição inicial 793, a autoridade policial exibiu foto da residência de A.

Contudo, entendo que embora nos sistemas da Autoridade Policial constem o endereço mencionado como cadastrado pelo acusado, isso não justifica ou comprova que A. efetivamente praticava o tráfico de drogas. Ora, certamente poderiam existir outras pessoas residindo naquela casa, além de A. e, portanto, uma dessas outras pessoas também poderia estar praticando o delito de tráfico de drogas e utilizando a alcunha “Boy”.

Além disso, em que pese o agente público Giovany tenha declarado em juízo que A. A. D. ficava na rua, em uma região mais afastada, e A. também fazia entrega de drogas, verifico que não há qualquer tipo de provas nos autos nesse sentido, como por exemplo, exibição de fotos ou vídeos dos acusados realizando a comercialização do entorpecente, sobretudo, em frente a casa do acusado de A., do qual afirmam que era o local onde realizavam algumas entregas.

Do mesmo modo, em juízo, o Delegado de Polícia, Antônio Cláudio, esclareceu que não foi possível cumprir mandado de busca e apreensão na residência de A., tendo em vista que este já tinha sido preso anteriormente, em virtude de outra investigação, a qual não foi realizada por sua equipe (evento 352, vídeo 4.959, 18m15s). Afirmou ainda que chegou à conclusão de indiciar A. por tráfico de drogas após realizada apreensão de entorpecente na residência do acusado (18m56s), apreensão esta que se trata de outra investigação, não realizada pela equipe do Delegado ouvido em juízo. Mencionou que se recorda de ter consultado o SISP e verificado Boletim de Ocorrência referente à prisão de A., e assim, realizou o indiciamento do réu.

Dito isso, resta claro a fragilidade da prova no sentido de condenar os acusados ao delito de tráfico de drogas. Isso porque, não há nenhuma informação nos autos no sentido de demonstrar a forma de identificação de “Shrek”, o qual tratava-se supostamente do acusado A. A. D., eis que, em todas as conversas, o interlocutor apenas falava “aqui é o Shrek”. Não obstante, conforme já mencionei, as pessoas que estavam conversando nas ligações telefônicas em momento algum se identificaram como A. C. ou A. A. D. ou apresentaram qualquer informação com algum indicativo nesse sentido.

Ademais, expedido ofício para a empresa de telefonia “OI”, esta informou que o número de celular

supostamente utilizado por A., nunca esteve cadastrado em nome do acusado (evento 524), conforme o próprio denunciado informou em juízo. Inclusive, A. soube informar o seu número de telefone, que é diferente do número supostamente utilizado por ele nas interceptações.

Do mesmo modo, com relação ao número de telefone supostamente utilizado por A. A. D., não há qualquer comprovação nos autos de que o número estivesse cadastrado em seu nome.

Assim, no presente caso, verifico que não foram explorados outros meios de investigação para comprovação dos fatos, os quais eram possíveis e indispensáveis para a devida comprovação da ocorrência do crime de tráfico de drogas.

Portanto, diante da fragilidade das provas nos autos, e havendo dúvidas acerca da prática do delito de tráfico de drogas, de rigor a absolvição dos acusados, na forma do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, referente ao delito de tráfico de drogas.

Consequentemente, resta prejudicado a análise de associação para o tráfico de drogas, porquanto, não houve condenação ao delito de narcotraficância.

2.6 DO RÉU A. G. DA R.

No tocante ao acusado **A. G. da R.**, o Ministério Público imputou as condutas de adquiriu, teve em depósito e vendeu material entorpecente, especialmente no bairro Ingleses, região norte desta Capital.

Da mesma forma, entendo que em relação ao acusado **A. G. da R.** também não restou comprovado suficientemente a prática do crime de tráfico de drogas. Vejamos.

A testemunha da Defesa de A. G. da R., E. E. S., alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4948):

Que conhece A. G. desde antes da data dos fatos; que conhecia ele de vista, pois são moradores do bairro Ingleses; que não se recorda de ter visto algum fato envolvendo A. G.; que não se recorda de nenhuma situação de prisão envolvendo A.; que, no dia do acontecido, A. tinha ido ajudá-lo, pois sua moto havia estragado; que, no dia em que foi chamado como testemunha, estava trabalhando; que pediu ajuda para M., da oficina, para que mandasse alguém para ajudá-lo, pois sua moto havia estragado; que estava trabalhando em tele-entrega; que, quando A. chegou de carro, também chegou outro carro logo atrás abordando; que, posteriormente, chegou uma viatura; que ficou de longe observando; que isso aconteceu no início do ano de 2018; que A. G. trabalhava para M., na oficina; que ele trabalhava de mecânico de moto e carro; que é uma oficina grande e conhecida no bairro Ingleses; que não se recorda qual carro que A. chegou para ajudá-lo, mas que era um carro branco; que não se recorda de ter a polícia encontrado algo no carro em que estava A.; que passou muitas vezes na frente da oficina, mas não chegou lá para conversar; que não sabe se A. fazia uso de alguma droga; que sempre ouviu falar que trabalhava na oficina; que essa ocasião em que mencionou, ocorreu em janeiro/fevereiro de 2018; que, quando pararam A., o levaram preso; que depois disso não soube de mais nada.

Sob o crivo do contraditório, o acusado A. G. da R. alegou judicialmente (evento 454, vídeo 4943):

Que, relativamente aos fatos, já foi julgado e condenado; que isso está acontecendo pela segunda vez, pois é o mesmo processo; que, na época em que foi preso, os policiais em audiência falaram que estavam lhe investigando; que foi realizar um socorro para um cliente da oficina; que, nesse momento, os policiais lhe abordaram e encontraram uma pequena quantidade de droga dentro do carro; que, inclusive, um dos policiais chegou a comentar “pegamos o rapaz da escuta telefônica”, se não lhe falha a memória; que isso ocorreu há dois anos; que, relativamente às ligações telefônicas, não se recorda; que não vendia drogas; que já chegou a comprar drogas para consumo próprio; que não

comprou drogas para terceiros usarem; que tinha um telefone, sendo ele 8485-8425; que tem este número há mais de 5/6 anos; que não se recorda se está registrado em seu nome; que é pré-pago; que é auxiliar de mecânico; que trabalhava alcançando ferramentas e fazendo coisas mais simples; que trabalhava para o Márcio, no Floripa Car Service; que trabalhou como Márcio por 4/5 meses até ser preso; que, antes, fazia bico em oficinas; que não conhece Giovanni; que não tem o costume de falar gírias; que foi preso no dia 02 de fevereiro; que respondeu um processo por tráfico de drogas; que tramitou na Comarca de Florianópolis; que respondeu o processo na 1ª ou na 3ª Vara Criminal; que Márcio lhe informou que teria que realizar um socorro de um rapaz que estava encontrando problemas na moto; que, quando chegou no local, chegou uma viatura descaracterizada; que foi preso e não entendeu nada; que os agentes lhe tiraram de dentro do carro e lhe colocaram no chão; que encontraram uma quantidade de entorpecentes dentro do carro, que tinha para consumo, e logo o algemaram, sempre no chão; que não teve a oportunidade de olhar ao redor; que o processo em que foi condenado está em grau de recurso; que, se não lhe falta a memória, os policiais falaram “pegamos o cara da interceptação”; que na audiência de instrução e julgamento os policiais informaram que realizaram a sua prisão baseando-se na interceptação telefônica; que já teve uma passagem por receptação; que nunca teve passagem por tráfico de drogas; que seu telefone não foi apreendido naqueles autos; que no momento da prisão, seu telefone estava em algum lugar da oficina.

Da mesma forma como analisado os fatos em relação aos acusados A. C. e A. A. D., entendo que não há provas suficientes quanto ao envolvimento do acusado A. G. da R. no crime de tráfico de drogas.

Das conversas interceptadas envolvendo o acusado A. G. da R. (evento 1, peti. 747/751; peti. 694/697), verifico que não há nenhuma menção direta acerca do comércio ilícito, apenas um conteúdo suspeito citando valores significativos e termos vagos que podem ser inseridos em qualquer contexto, como bem destacado pela Defesa.

Em uma das conversas, inclusive, o termo “trabalhar” foi mencionado entre aspas no relatório policial, sendo uma suposição de que se trata do comércio de entorpecentes.

Além disso, judicialmente, o Delegado de Polícia afirmou que não foi possível identificar nenhum dos interlocutores que teriam entrado em contato com o réu a respeito de suposta venda de entorpecentes, ou seja, novamente não há provas de que esse seria o teor das conversas.

Outro ponto que merece destaque é o fato da investigação apontar que o réu é conhecido como “Fuji” e que seria o responsável por um ponto de drogas no Norte da Ilha. Entretanto, não há nos autos qualquer prova indicativa nesse sentido ou como se chegou nessa conclusão, apenas as conversas já pontuadas, nas quais o suposto apelido do réu sequer foi mencionado.

Ainda, o Delegado e o policial que acompanhou as interceptações do denunciado mencionaram que não tinham qualquer informação anterior sobre o envolvimento do réu com o narcotráfico, não tendo sido apreendido nada de ilícito com o réu em ocorrências anteriores e no caso em análise.

Cabe destacar que o acusado alegou em juízo que não possui nenhum vínculo com o ramal telefônico interceptado (48 98421-9085), afirmando que seu número de telefone foi o mesmo durante os últimos anos, qual seja o ramal (48) 98485-8425. Assim, observo que também não restou suficientemente comprovado a ligação do réu com o número de telefone interceptado, ônus que incumbia a Acusação, na forma do art. 156 do CPP.

Assim, em relação ao acusado A. G., tenho que também não foram explorados outros meios de investigação para comprovação dos fatos, os quais eram possíveis e indispensáveis no presente caso.

Portanto, tendo em vista a fragilidade das provas nos autos, e havendo dúvidas acerca da prática do delito

de tráfico de drogas, tenho que imperativa a absolvição do acusado A. G. da R. na forma do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

[...]

3 SOBRE O CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS - ART.

35 DA LEI N. 11.343/06

O Ministério Público ainda imputou aos acusados H. P. e R. M. M., bem como aos denunciados A. C. e A. A. D., a prática do crime disposto no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06, visto que teriam se associado de maneira estável e permanente para praticar o delito de tráfico de drogas, descrevendo na inicial acusatória a participação de cada um dos imputados em suas associações.

A Lei n. 11.343/06 dispõe:

Art. 35. 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.

Sobre o crime em comento, lecionam Cleber Masson e Vinícius Marçal (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Lei de Drogas: Aspectos penais e processuais. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 98-99):

O núcleo do tipo é “associarem-se”, ou seja, aliarem-se, reunirem-se, congregarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34, desta Lei. A locução “reiteradamente ou não”, prevista no caput do art. 35, pode levar o intérprete à errônea conclusão segundo a qual a mera reunião de duas pessoas, sem vínculo associativo (estabilidade), para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 da Lei de Drogas, já seria suficiente para caracterizar a associação para o tráfico. De fato, essa situação configura concurso de pessoas, no qual não se reclama o vínculo associativo. A união estável e permanente é a nota característica que diferencia a associação para o tráfico do concurso de pessoas (coautoria ou participação). No art. 35 da Lei de Drogas, portanto, é imprescindível o vínculo associativo, revestido de estabilidade e permanência entre seus integrantes. Em outras palavras, o acordo ilícito entre duas ou mais pessoas deve versar sobre uma duradoura, mas não necessariamente perpétua, atuação em comum para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 da Lei n. 11.343/2006. (grifei)

Ainda, como ensina Rogério Sanches Cunha, seguindo posicionamento já manifestado pelo Supremo Tribunal Federal (RT 773/503), o delito de associação para o tráfico de drogas trata-se de crime autônomo, cuja caracterização não depende da prática de qualquer dos crimes referidos no tipo, com os quais caracteriza o concurso material de crimes (Nova lei de drogas comentada artigo por artigo. São Paulo: RT, 2006, p. 170).

Sobre o tema, já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 139.942/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 19.11.2012, notificado no informativo):

Exige-se o dolo de se associar com permanência e estabilidade para caracterização do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Dessa forma, é atípica a conduta se não houver ânimo associativo permanente (duradouro), mas apenas esporádico (eventual).

Em relação aos acusados A. C. e A. A. D., entendo que resta prejudicada a análise da prática do crime de associação para o tráfico, como já pontuado no item 2.5, uma vez que restaram absolvidos do crime de tráfico de drogas por ausência de provas suficientes para condenação.

Por outro lado, no tocante aos denunciados H. e R., entendo que o vínculo estável e permanente entre os réus não restou demonstrado nos autos.

No caso em análise, embora as participações reiteradas da ré R. no comércio de entorpecentes, não há como presumir a associação entre o casal exclusivamente pela circunstância de os denunciados conviverem em sociedade conjugal.

Logo, não restou demonstrado nos autos o animus associativo, ou seja, o liame de vontades para a prática do comércio de drogas de forma estável e permanente pelos acusados, ônus que incumbia à acusação demonstrar, vez que no caso em tela, as interceptações telefônicas somente demonstraram algumas compras e vendas de entorpecentes realizadas pelos requeridos.

Conforme o próprio Delegado mencionou em juízo, as investigações duraram em torno de dez meses, portanto, entendo que se os acusados, fossem supostamente associados para a prática do crime de tráfico de drogas, de forma estável e permanente, teriam sido interceptados em outras conversas nesse sentido, o que não ocorreu.

Em caso similar, assim entendeu a Corte Catarinense:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ARTS. 33 E 35). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. [...] MÉRITO. CONDENAÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA INCONTESTÁVEL A DOIS DOS TRÊS AGENTES. DEPOIMENTOS POLICIAIS EM SINTONIA COM DECLARAÇÕES INDICIÁRIAS E RESULTADO DA BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE MATERIAL ENTORPECENTE EM PONTO DE VENDA. VERSÃO DEFENSIVA CONTRADITÓRIA E DESPIDA DE ELEMENTOS CONVINCENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE COMPROVADA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ÂNIMO ASSOCIATIVO DE CARÁTER PERMANENTE E ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO DE MERA COAUTORIA PARA O COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA [...] - O tráfico de drogas constitui delito de ação múltipla ou conteúdo variado, motivo pelo qual a sua consumação ocorre com a prática de qualquer um dos verbos narrados no tipo penal. - A existência de prova segura a denotar responsabilidade pela manutenção em depósito e guarda de drogas em ponto de venda já conhecido dos policiais autoriza a condenação pela prática do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006. - A configuração do delito de associação para o tráfico de drogas exige a comprovação do dolo específico, consistente no ânimo de dois ou mais agentes associarem-se de modo permanente e estável. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000204-95.2017.8.24.0069, de Sombrio, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. em 14/6/2018).

Dessa forma, filiando-me ao entendimento acima e diante dos fundamentos expostos, de rigor a absolvição dos acusados H. P. e R. M. M. referente ao delitode associação para o tráfico de drogas, na forma do artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal.

Frente ao cenário apresentado na sentença, é preciso ressaltar que, conforme visto dos depoimentos policiais, a linha investigativa traçada nestes autos decorreu da captura de diálogos interceptados em outra investigação que buscava dismantelar organização criminosa, especificamente a atuação do PGC e seus faccionados.

Como os diálogos atribuídos aos agentes deste processo não evidenciaram integração à facção criminosa, a investigação dos autos em tela pautou-se, fundamentalmente, na continuidade da interceptação telefônica, porém, focada apenas nos possíveis delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, em razão de conversas travadas entre segregados e pessoas que estavam em liberdade, bem como entre estas e outros indivíduos que atuavam na mercancia proscrita ou mesmo usuários, mas que não foram devidamente identificados.

Nesse contexto, sabe-se que os elementos extraídos da medida de interceptação telefônica permitem a constatação da materialidade delitiva, ainda que não apreendida substância entorpecente na posse de determinado agente, tal como já sustentado linhas acima, não sendo, de outra parte, a duração daquela medida, tampouco a quantidade de diálogos criminosos captados que ensejam a condenação.

Muitas vezes, são poucos os diálogos, porém, incriminadores, sem olvidar da *expertise* adotada pelos traficantes mais experimentados, que buscam mascarar seus propósitos escusos em conversas telefônicas, por meio de códigos e gírias ou até mesmo com poucas palavras, mas que permitem, ao usuário ou eventual comparsa já habituado, a rápida compreensão do motivo real da conversação, de modo que se torna imprescindível a experiência policial para o desvendamento de determinadas conversas.

A identificação dos interlocutores, quando não tão evidente em um primeiro momento, depende da realização de diligências investigativas, que podem se dar por meio de cruzamento de informações existentes em bancos de dados, a exemplo do SISP e do i-Pen, dos quais são retiradas qualificações e até mesmo vulgos advindos de feitos distintos e/ou condenações pretéritas.

Fixadas essas premissas, passa-se ao exame concreto do caso em apreço.

Concernente à pretensão absolutória de R. e H. acerca do tráfico de drogas nada há a alterar na sentença.

Para além dos fundamentos já declinados pelo Togado de origem, as narrativas apresentadas pelo Delegado de Polícia e pelo policial civil Rodrigo, este incumbido de investigar exclusivamente o casal em tela, encontra respaldo nas conversas captadas via interceptação telefônica, devidamente materializadas em relatórios de monitoramento.

Por mais que a defesa insista que os autos carecem de maiores elementos a respeito da identificação do casal como efetivos interlocutores do ramal interceptado, o fato é que as circunstâncias descobertas no curso da investigação e da interceptação telefônica não incutem dúvida a respeito da identificação.

Isso fica claro com o fato de que H. efetivamente estava segregado ao tempo dos fatos e sua esposa R. em liberdade, tendo sido mencionado, em determinada conversa, o nome do filho do casal, sem olvidar que, em outra conversa, uma criança chama H. pelo nome.

Esses elementos são suficientes para atestar a idoneidade da identificação do casal feita pelos policiais.

A partir dessa constatação, as conversas não deixam dúvidas de que ambos atuavam no tráfico de entorpecentes, com o propósito de circularem drogas no interior da unidade prisional onde H. estava recolhido, bem assim fora do ergástulo.

Os diálogos deixam claro que o casal tratava de fracionamento, quantidades, vendas, pesagem, pessoas que buscariam e pegariam drogas com R.

Vale destacar que R., em determinado diálogo, chegou a explicitar de que modo levaria drogas para o interior da unidade prisional, ao dizer que levaria “umas 20 ou 30 gramas”, a depender do que conseguiria “enrolar”. Ela também falou que “a fita acabou e que só tem papel rolon, mas que tem ver se consegue apertar”. Segundo a experiência policial, “se apertar fica mais fácil a introdução [da droga] no próprio corpo, para assim ingressar ao presídio”. Não bastasse, ela também esclarece a H. que “vai levar em bolinhas, que não consegue levar inteiro” (evento 1/PG - RELT2775).

Apesar de nenhuma droga efetivamente ter sido apreendida em poder de R. e/ou de H., o conjunto de elementos não deixa espaço para dúvida acerca do cometimento do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, até porque, em exercício da autodefesa, os agentes nada justificaram sobre os diálogos interceptados, a fim de derruir o acervo apresentado pela acusação.

Logo, totalmente inviável a absolvição de R. e H., de maneira que se nega provimento ao apelo da defesa no ponto.

Entretanto, dúvida subsiste quanto à formação da associação para o tráfico entre ambos, de modo que o recurso da acusação não comporta provimento.

De acordo com os fundamentos da sentença, não houve demonstração segura da estabilidade e permanência da associação formada entre o casal para fins de narcotraficância.

A acusação, no entanto, sustenta que a habitualidade teria ficado demonstrada pelas “diversas” conversas telefônicas realizadas entre o casal, evidenciando a introdução de material tóxico no interior da unidade prisional onde H. estava recolhido e a comercialização feita por R. enquanto estava em liberdade.

Todavia, a circunstância que incute dúvida razoável sobre a presença da *affectio societatis* consiste no fato de a investigação ter perdurado aproximadamente dez meses, interregno que contou com a medida de interceptação telefônica, por meio da qual foram interceptados apenas cinco diálogos em desfavor do casal, e não “diversos” como sustentado pela acusação.

Um diálogo ocorreu em 26-5-2017, um segundo e terceiro diálogos em 5-7-2017 e 7-7-2017, respectivamente, ao passo que os outros dois diálogos ocorreram no mesmo dia (9-7-2017).

Por mais que o conteúdo dessas conversas evidencie a atuação de ambos para a comercialização de drogas, a verdade dos autos não sustenta a convicção de que era uma atuação contínua e permanente, mas mera coautoria para a realização do tipo previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Acrescenta-se que as conversas captadas evidenciaram o protagonismo de H. no comércio

espúrio e a atuação secundária, embora indispensável, de R., tanto que esta lhe prestava “contas” das ações que realizava, em um cenário que, por se tratar de um casal, revelou mais cumplicidade para o tráfico de drogas, do que a efetiva parceria comercial existente entre sócios de uma empreitada criminosa.

Dessa anemia probatória para fins de configuração do tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 não destoa o procurador de justiça Hélio José Fiamoncini: “para a configuração do delito em questão, necessário a demonstração do *animus* associativo, estabilidade e durabilidade da associação, o que não ficou confirmado nas provas angariadas”.

Nega-se, portanto, provimento ao apelo da acusação e, por consequência, resulta mantida a absolvição de H. e R. pelo crime de associação para o tráfico.

No que toca ao pleito de absolvição do recorrente T. pelo crime de tráfico de drogas, a sentença bem explora o cenário fático-probatório que sustentou o édito condenatório.

A defesa enfatiza que nenhuma substância entorpecente foi efetivamente apreendida em seu poder, destacando, ainda, que a droga descoberta na posse de sua companheira ocorreu quando já não existia a convivência marital, sem olvidar, lado outro, que o entorpecente não foi objeto de prova pericial trazida a este processo.

Essas questões, contudo, não arredam a fundamentação apresentada pelo Togado de origem.

Como já antecipado, a materialidade delitiva pode ser aferida por outros elementos de convicção e, no caso em exame, há os depoimentos policiais prestados pela Autoridade Policial e pelo policial civil Alexandre, responsável por investigar exclusivamente o apelante T., no sentido de que a investigação logrou identificar T. como traficante, o seu *modus operandi*, o local de sua atuação e a posição de destaque que ele já ostentava, porque lhe incumbia o abastecimento de pontos de venda com maconha e cocaína na região norte da ilha (Florianópolis), com atuação também na comunidade “favela do Siri”.

A esse cenário são somadas as conversas captadas por meio da interceptação telefônica, cuja medida foi historiada pelo policial civil Alexandre, o qual apontou que, na realidade, o alvo inicial era um outro investigado em feito distinto, mas T. apareceu como seu interlocutor, razão pela qual o seu ramal também foi interceptado.

A alegada dúvida sobre a identificação de T. não se sustenta, dada a idoneidade do fundamento apresentado na sentença, no sentido de que houve uma conversa dele com agência de telefonia, na qual prestou informações de cunho pessoal, tais como CPF, nome completo e endereço.

Fora isso, o fato de T. ser natural do Estado da Bahia reforçou a sua plena identificação frente ao seu sotaque baiano.

Assentada, então, a ausência de dúvida sobre a identificação de T. nos diálogos captados, o conteúdo das conversas relevou sua reiterada atuação na mercancia proscrita, constatação essa que

fica reforçada pelos indicativos de que, na residência de T., houve apreensão de 12kg de maconha, fato decorrente de uma operação paralela, objeto de apuração em feito distinto.

Com efeito, em razão daquela apreensão de drogas, T. responde à ação penal 0004483-97.2019.8.24.0023, pelo cometimento do crime de tráfico de drogas majorado pelo envolvimento da então adolescente W., na qual consta não só o termo de apreensão da droga mas o laudo pericial definitivo.

Sem querer lançar juízo a respeito dessa apreensão, até porque não constitui objeto desta ação penal, mas apenas para reforçar a convicção de que os diálogos telefônicos revelaram o cometimento do crime de tráfico de drogas no período descrito na denúncia destes autos (julho de 2017), cumpre tecer breves argumentos para rechaçar a tese defensiva.

Por mais que W., companheira de T., tenha vindo aos autos ratificar a versão de que, ao tempo da apreensão, ambos estavam separados, tais declarações são lidas com ressalvas, não só porque advindas da mera informante, mas porque W. era menor quando houve a apreensão e relatou não ter respondido nem sequer por ato infracional em razão daquela conduta.

Não bastasse, a data do término do relacionamento informado por W. e por T. não se harmoniza, o que revela o nítido propósito de tentar isentar T. da responsabilidade criminal.

W. relatou que o início do relacionamento ocorreu em 3-4-2017 e que após sete meses houve o término, ou seja, teria findado em novembro de 2017. Relatou a apreensão de drogas em sua casa (ocorrida em 12-9-2017 pelo DECOD em virtude de outra operação paralela), porém, mudou a versão inicial, dizendo que já estavam separados há três meses antes da apreensão. Depois, declarou que a separação ocorreu no começo de setembro de 2017. T., por sua vez, relatou que já estava separado há três meses da sua prisão, ocorrida em outubro de 2017.

De outra parte, é preciso enfatizar que W. relatou que estava grávida do filho de T. à época do convívio marital, contudo, após a separação, deixou de ter qualquer tipo de contato com ele, não sabendo sequer onde teria passado a residir.

Essa narrativa causa, no mínimo, estranheza, já que da relação houve a concepção e nenhum dos dois informou que o motivo da separação ocorreu em virtude de algo grave que justificasse o rompimento de qualquer contato.

A esse cenário que inquina a versão defensiva soma-se o fato de que, convenientemente, W. disse que, depois da prisão de T., o relacionamento foi reatado, inclusive, na prisão ele pediu para ver seu filho, nascido em 18-1-2018, a reforçar que não havia qualquer animosidade entre o casal que impedisse o contato após o aventado término da relação.

Diante desse contexto, não há dúvida de que, segundo revelado pelas ligações telefônicas interceptadas, em julho de 2017 T. realizou o tipo previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, consistentes na venda e no fornecimento de maconha e cocaína a terceiros, à luz do feixe de elementos oriundos da investigação policial, que ensejou a plena identificação de T. como interlocutor do

ramal interceptado, cujo conteúdo permite o juízo de subsunção posto na sentença, bem assim a constatação da materialidade e autoria delitivas.

Nega-se, pois, provimento ao apelo de T. no que toca à absolvição.

Relativamente à apelada S. da S. I., cuja condenação é buscada pela acusação pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, a pretensão do Ministério Público de primeiro grau não logrou derruir os fundamentos apresentados na sentença, dos quais se infere dúvida razoável acerca da incursão da recorrida no citado delito.

Nos depoimentos do Delegado de Polícia e do policial Rodrigo, é enfatizado que S. teria se encarregado de adquirir 10kg de maconha por R\$ 7.500,00, mediante conversa telefônica realizada com seu então companheiro C., o qual estava segregado à época, inclusive, foi pontuado que S. serviria como ponte do tráfico de drogas dentro e fora da unidade prisional, com o auxílio de seu companheiro C.

Entretanto, sem olvidar da veracidade das informações trazidas pelos agentes públicos, o fato é que a segunda dinâmica apontada por eles em desfavor de S. (exercício do tráfico de drogas fora da unidade prisional) não encontra sequer respaldo na conversação captada via interceptação telefônica.

Além disso, os policiais reconheceram que nenhuma droga foi efetivamente apreendida em poder de S., em desfavor da qual tampouco outras diligências foram realizadas, em especial para a apreensão de seu celular e dos 10kg de maconha.

O diálogo utilizado pela acusação para respaldar a sua pretensão condenatória, embora constitua indício de que S. auxiliou seu companheiro C. na aquisição de material entorpecente, não é suficiente para sustentar o édito condenatório.

Trata-se de dois diálogos, realizados num único dia, cujo conteúdo não permite sequer identificar o tipo de material entorpecente objeto de negociação.

Além de o diálogo não ter sido integralmente degravado no relatório policial, há trechos entre aspas que parecem indicar a reprodução literal da conversa, mas misturados com um resumo ou interpretação policial a seu respeito, o que dificulta sobremaneira a delimitação do que efetivamente foi conversado.

Veja-se: [...]

Como visto, a conversa não traz a certeza necessária de que efetivamente se tratava de 10kg de maconha por R\$ 7.500,00. Essa constatação constitui interpretação policial que não encontra respaldo em outros elementos de convicção.

Ademais, é importante observar que a defesa produziu provas testemunhal e documental a fim de justificar aquela conversa.

Com efeito, a conversa teria relação com a venda de um automóvel cujo produto seria destinado à contratação de advogado em favor de C.

A defesa trouxe aos autos prova documental, consistente na declaração do comprador com firma reconhecida em cartório e DUT (documento único de transferência) igualmente com firma reconhecida, ambos contemporâneos à ligação efetuada.

Por mais que o diálogo, reproduzido da maneira como foi no relatório policial, constitua forte indicativo de que S. havia aderido à eventual intento criminoso, a versão dela, corroborada pelas declarações de testemunhas e informantes, bem como pela prova documental, contribuem para a dúvida sobre o teor criminoso da citada conversa.

S. necessitava vender um automóvel para custear a contratação de um novo advogado para prestar assistência a C. que já se encontrava segregado à época da ligação interceptada.

Há comprovação da venda do veículo por R\$ 14.000,00, dos quais S. teria recebido R\$ 10.000,00 do comprador, sendo que R\$ 7.500,00 destinaria ao pagamento do advogado a título de honorários. Esse pagamento, contudo, poderia aguardar a venda, o que pode ser interpretado como a pendência da concretização final advinda com a alienação do bem (transferência) e o recebimento dos restantes R\$ 4.000,00.

De outra parte, acrescenta-se que S. trouxe aos autos provas de que possuía ocupação lícita ao tempo dos fatos, inclusive formação técnica em radiologia, o que favorece a tese defensiva que busca retirar S. do aventado contexto criminoso.

Da dúvida razoável ora explorada não destoa o procurador de justiça Hélio José Fiamoncini que opinou pela manutenção do édito absolutório no particular (evento 66/SG).

Logo, nega-se provimento ao apelo da acusação.

A mesma conclusão, por motivos diversos, deve ser aplicada a A. A. D., A. C. e A. G., porque os fundamentos utilizados pelo Ministério Público de origem em sua apelação voltada à condenação desses agentes não superam a dúvida razoável justificada na sentença.

De outro lado, a sentença comporta reforma no que diz respeito à condenação de G., já que as mesmas razões invocadas para absolver A. A. D., A. C. e A. G. devem ser estendidas a G.

Explica-se.

Para além do que o juiz de direito Marcelo Carlin fundamentou na absolvição de A. A. D. e A. C., constata-se que a acusação passou ao largo de um argumento central posto na sentença: os policiais captaram diálogos dos vulgos “Shreck” e “Playboy” em tratativas de comercialização de drogas, porém, não há nos autos demonstração do modo pelo qual aqueles apelidos foram vinculados aos ora recorridos A. A. D. e A. C., sobretudo porque as pessoas interceptadas somente se identificavam pelos vulgos.

Não bastasse, ao examinar os relatórios que materializaram aquelas conversas, a deficiência probatória fica ainda mais evidente.

Ao apreciar o “Auto Circunstanciado PGC - 3º Período - DRACO/DEIC” (evento 1/PG - RELT2948-2955), no qual constam as conversas destacadas nas razões recursais do Ministério Público de primeiro grau, não há informação precisa acerca do meio pelo qual os policiais fizeram a vinculação dos referidos apelados aos vulgos captados.

Na verdade, das consultas via SISP acostadas no bojo daquele relatório, infere-se que nenhum dos apelados possui aqueles apelidos.

De outra parte, o relatório expressamente menciona que, de acordo com os dados cadastrais fornecidos pela operadora de telefonia, o ramal que seria utilizado por “Playboy”, “Play” ou “Boy” estava cadastrado em nome de outra pessoa, ativo desde 2-6-2017 - o período interceptado foi de 10-1-2018 a 24-1-2018 -, inexistindo qualquer diligência complementar a respeito da titularidade de fato da linha telefônica, até mesmo para saber se era de alguém próximo a A. C.

A menção ao “Boy” e seu número de telefone foi captada quando o alvo “Reto” falou para o “Ranzinza” (ambos investigados em feito distinto) repassar uma informação ao “Boy”, não trazendo qualquer outro dado a seu respeito, senão o vulgo e o número de telefone. Essa conversa ocorreu em 10-7-2017, quando, como visto, outra pessoa (segundo a verdade dos autos) usava o ramal telefônico que é imputado a A. C. (evento 1/PG - INIC315).

Somente depois que os policiais sugeriram, injustificadamente, que o vulgo “Play”, “Boy” ou “Playboy” seria A. C., houve a captação de uma conversa naquele ramal interceptado (cadastrado em nome de outra pessoa), declinando o endereço residencial Rua João Motta Espezim, 562, Saco dos Limões, Florianópolis, o qual, por consequência daquela sugestão, também foi imputado a A. C.

Em tal endereço, contudo, nenhuma diligência mais profícua foi realizada a fim de confirmar não só os diálogos que estavam sendo interceptados e que revelavam intensa mercancia de entorpecentes, mas sobretudo flagrar e identificar o indivíduo interceptado.

Acrescenta-se que a defesa declinou que o endereço de A. C. era outro (Rua Deolindo Costa, 90, Saco dos Limões, Florianópolis), o qual encontra correspondência com as informações que constam do i-Pen.

Não se olvida que, no mesmo banco de dados, foi colocado como terceiro endereço residencial a Rua João Motta Espezim, 562, Saco dos Limões, entretanto, não se sabe em que momento esse endereço foi cadastrado, especificamente se antes ou depois daquela conversa em que foi mencionado, e, estranhamente, junto a esse endereço consta um número de telefone (48 9 8458-0632), o qual não corresponde ao número que foi captado naquela conversa em que o apelido “Boy” foi informado (48 9 8452-4885).

Portanto, segundo a verdade processual, subsiste dúvida a respeito da identificação do interlocutor “Boy”, “Play” ou “Playboy” apontado na investigação como sendo A. C., de maneira

que sua absolvição deve ser mantida relativamente aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, visto que tais imputações decorrem principalmente dos diálogos interceptados.

Especificamente sobre a identificação de “Shreck” como A. A. D., a mesma dúvida quanto à efetiva vinculação ao vulgo é constatada.

Reforça-se que, na representação pelo segundo período de interceptação telefônica com a inclusão de novos ramais, o apelido “Shreck” é colocado ao lado do nome “Maico” (evento 1/PG - INIC223).

De outro lado, curiosamente, no relatório policial consta que, “conforme consultas ao SISP”, A. A. D. “já possui passagens policiais pela prática do crime de tráfico de drogas”.

No entanto, o extrato dessas consultas não foi colacionado em tal relatório e a certidão de antecedentes criminais juntada ao processo evidencia apenas um registro criminal pelo crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, no qual houve transação penal.

Também em relação a A. A. D. os policiais não realizaram diligências a fim de flagrá-lo em ato de comercialização, ou mesmo identificar eventual usuário que apontasse A. A. D. como traficante, a despeito dos diálogos revelarem a mercancia intensa e os possíveis locais de encontro.

Ao ser assim, igualmente resulta mantida a absolvição de A. A. D. pelos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, na esteira do que foi sustentado para o corréu A. C.

No que se refere ao apelante G., a mesma convicção absolutória aplicada para A. C. e A. A. D. deve-lhe ser estendida, apesar de o Togado de origem ter proferido condenação em desfavor de G.

Dos relatos do Delegado de Polícia e, principalmente, do policial civil Leonardo, o qual foi responsável pelo monitoramento telefônico das conversas atribuídas a G., ficou nítido que, na verdade, era o corréu J. o alvo da interceptação telefônica, tendo ele entrado em contato com um ramal que era utilizado de modo compartilhado no interior da unidade prisional onde G. estava recolhido.

O fato de reconhecerem o uso compartilhado de um celular onde há um universo de presos que poderiam ter acesso ao aparelho exigia dos policiais, por si só, a produção de outros elementos de identificação, como aconteceu em relação aos demais agentes que resultaram condenados, a exemplo de H., R. e T.

O relatório de monitoramento da interceptação que contém as conversas imputadas a G. e J. (evento 1/PG - INIC486/487), simplesmente coloca o nome completo de G. como interlocutor daquela chamada feita por J., sem dar maiores detalhes de como G. foi identificado.

E, da forma como colocado no relatório, parece que G. foi o único, dentre os investigados, que se identificou completamente na chamada telefônica, apesar da intenção espúria da conversa, sem usar qualquer artifício para mascarar sua identidade real, a exemplo de eventual apelido.

Não bastasse, o ramal telefônico que teria sido utilizado por G. foi objeto de interceptação telefônica depois daquele contato feito, em tese, por J., todavia, nenhuma outra conversa atribuída a G. foi mencionada nestes autos, valendo lembrar que a investigação, segundo afirmado pela própria Autoridade Policial, perdurou aproximadamente dez meses.

Por mais que os depoimentos policiais, não só como testemunhas mas também como agentes públicos, comportem valoração destacada, há circunstâncias relevantes que necessitam de elementos de corroboração, sob pena de, uma vez inexistentes, incorrer-se em condenação baseada em presunção, a qual não se supera pelo fato de o agente ter optado pelo silêncio constitucional quando indagado sobre a conversa que lhe foi atribuída, na esteira do que o parágrafo único do art. 186 do CPP preconiza:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Nesse sentido, com a devida vênia ao prolator da sentença impugnada, compreende-se, portanto, que a mesma razão de decidir adotada para A. A. D. e A. C. deve ser estendida ao ora apelante G., subsistindo dúvida razoável a respeito de sua identificação como interlocutor da chamada voltada à aquisição de material entorpecente.

Acrescenta-se que, mesmo estando J. em liberdade, não se extrai dos autos que foram realizadas diligências investigativas a fim não apenas de confirmar a aquisição daquela droga negociada com G., mas também de apreender o instrumento pelo qual a negociação ocorreu (telefone celular de J.), o qual poderia servir como elemento de corroboração para confirmar a identidade de G.

Dessa forma, é dado provimento ao apelo de G. para absolvê-lo do crime de tráfico de drogas, com fulcro no art. 386, V e VII, do CPP [Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VII não existir prova suficiente para a condenação].

Nestes autos, G. encontra-se em liberdade, de modo que é desnecessária a expedição de alvará de soltura em consequência de sua absolvição ora decretada.

Por fim, tem-se a situação do apelado A. G., absolvido do delito de tráfico de drogas, porque, conforme visto da fundamentação apresentada na sentença, também subsiste dúvida quanto a sua identificação como interlocutor do ramal interceptado.

Muito embora a acusação insista que os diálogos monitorados revelaram a intensa comercialização proscria, do que não se diverge, praticamente desconsiderou aquele ponto fulcral

que ensejou a absolvição, inclusive, reconheceu em seu apelo que não foi “possível identificar os interlocutores”.

Ora, além de inexistir qualquer prova documental ou diligência mais precisa realizada pelos policiais a indicar que o ramal interceptado realmente estava em nome de A. G. ou que por este era utilizado a despeito de eventual registro em nome de terceiro, convém consignar que o policial Alisson responsável pelo monitoramento não foi seguro o bastante ao responder questionamento da defesa, em juízo, sobre o modo pelo qual teria identificado A. G. como “Fuji”.

Com efeito, o policial afirmou não se recordar, mas aventou que o vulgo foi mencionado nos áudios captados, todavia, como bem observado pelo Togado de origem, os áudios objeto de materialização no relatório de monitoramento telefônico em momento algum indicam que aquele apelido foi mencionado pelos interlocutores.

De outra parte, não se olvida que, em determinado momento do depoimento judicial, o policial relatou que “talvez” a confirmação da titularidade do ramal interceptado teria advindo da prisão em flagrante de A. G. ocorrida no curso da investigação destes autos, mas realizada por outra equipe policial sem qualquer relação com o procedimento do feito em tela, cuja apuração se deu em processo distinto. O policial destacou que, “salvo o engano”, por ocasião daquela prisão houve apreensão do celular de A. G. e a identificação de seu IMEI, confirmando, então, que ele usava o ramal interceptado.

Entretanto, ao examinar os autos da ação penal 0001922- 37.2018.8.24.0023 que tratam da prisão em flagrante mencionada pelo policial, constata-se que nenhum celular foi apreendido em poder de A. G., inclusive, ele declinou que o seu telefone era 48 9 8441 7152, ao passo que o ramal interceptado nestes autos foi o de número 48 9 8421 9085, circunstâncias que tornam ainda mais temerária a utilização do depoimento policial para fins de condenação criminal nos termos do pleito da acusação.

Não bastasse, conforme já destacado para os outros agentes absolvidos, os policiais da investigação em exame admitiram que não foram realizadas outras diligências a fim de obter a adequada identificação de A. G. e seu endereço residencial, tampouco para flagrá-lo em ato de comercialização de drogas, muito embora os policiais tivessem conhecimento dos locais de encontro.

Frente a esse contexto, nega-se provimento ao apelo do Ministério Público de origem voltado à condenação de A. G. pelo crime de tráfico de drogas.

Diante da presente fundamentação, conclui-se que, ao apelo da acusação, nega-se-lhe, integralmente, o provimento almejado, resultando mantidas, em consequência, as absolvições de S., A. G., A. A. D., A. C., H. e R. (estes dois últimos quanto ao crime de associação para o tráfico).

E, relativamente aos apelos das defesas, é dado provimento somente à pretensão absolutória manifestada por G., a fim de absolvê-lo do crime de tráfico de drogas, o que torna prejudicada a apreciação do apelo do Ministério Público voltado ao recrudescimento do regime inicial de resgate estabelecido na sentença.

Do tráfico privilegiado - apelante R.

Conforme visto no relatório deste acórdão, a defesa de R. busca a concessão da redutora do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, visto que foi absolvida do crime de associação para o tráfico - absolvição essa ora mantida, diante da negativa de provimento ao recurso da acusação -, é primária e sua dedicação criminosa não foi cabalmente demonstrada.

Pois bem, relativamente à causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, muito embora a defesa aduza que R. preenche os requisitos legais para concessão da benesse, é na dedicação criminosa que se vê o seu obstáculo.

Para contextualizar, eis o que consta da sentença no ponto em que negou o benefício em discussão:

Já os acusados T. e R. são primários, não possui maus antecedentes (eventos 22 e 35), bem como não há provas de que integrem organização criminosa, sendo este o motivo, inclusive, do julgamento do presente feito ter sido declinado a este Juízo (evento 1 - DEC4170).

Dito isso, resta avaliar se os acusados se dedicam às atividades criminosas.

In casu, diante das conversas interceptadas e já analisadas, verifico que restou devidamente comprovado que os acusados T. e R. tinham envolvimento habitual com o narcotráfico, revelando que se dedicam às atividades criminosas, sendo incompatível a aplicação da benesse.

Neste sentido é o entendimento da Corte catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO FRAGILIDADE PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. PALAVRA DOS POLICIAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. VERSÃO DEFENSIVA NÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. DOSIMETRIA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. NÃO PROVIMENTO. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33,

§4º, DA LEI N. 11.343/06. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE (ART. 40, INC. VI, DA LEI DE DROGAS). AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE COMPROVADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ALTERAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. REGIME PRISIONAL ADEQUADO. ART. 33, § 2º, DO CP. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. CONFIRMAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO POR ESTA CORTE. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE SE MANTÊM HÍGIDOS. ADEMAIS, APELANTE QUE PERMANECEU SEGREGADO DURANTE O PROCESSO. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA APTA A JUSTIFICAR A REVOGAÇÃO DO CÁRCERE NESTE MOMENTO. PRECEDENTES. SEGREGAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO

E DESPROVIDO 1. O fato de as testemunhas de acusação serem agentes públicos, por si só, não constitui motivo para que suas declarações sejam inutilizadas ou recebidas com cautela, ressalvadas as hipóteses de evidente interesse particular do servidor na investigação. 2. Sabe-se que “a prisão em flagrante gera a presunção

da autoria, a qual, por ser relativa, comporta prova em contrário, o que é ônus da defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal” (TRF4, ACR 0000760- 77.2009.4.04.7115, Relatora Cláudia Cristina Cristofani, j. 07/11/2018). Desse modo, não prospera o pedido absolutório embasado exclusivamente nas declarações do acusado. 3. A significativa quantidade de droga apreendida, aliada à natureza nefasta deste tipo de entorpecente, enseja o agravamento da pena-base decorrente da valoração negativa dos vetores natureza e quantidade da droga previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/06, especialmente se considerado o número de usuários que poderiam ser atingidos. 4. **Segundo entendimento jurisprudencial dominante a aferição da dedicação à atividade criminosa do agente pode ser extraída de quaisquer elementos probatórios constantes nos autos, não estando vinculado necessariamente a ações penais com trânsito em julgado.** [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000861-76.2018.8.24.0077, de Urubici, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 05-12-2019) (Grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES (ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL). FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). POSSE ILEGAL DE ARMAMENTO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSO DAS DEFESAS. [...] **CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.** [...] REPRIMENDAS READEQUADAS. (RHC 109267, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, j. 02/06/2015). (TJSC, Apelação Criminal n. 0002689-16.2017.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 02-04-2020). (Grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEPOIMENTOS POLICIAIS. TESTEMUNHO DE USUÁRIA. LAUDO PERICIAL. 2. ADEQUAÇÃO TÍPICA. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (LEI 11.343/06, ART. 28). CIRCUNSTÂNCIAS DA AÇÃO. PALAVRAS DOS POLICIAIS. INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. 3. TRÁFICO PRIVILEGIADO (LEI 11.343/03, ART. 33, § 4º). **DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO. DEPOIMENTOS POLICIAIS. INVESTIGAÇÃO ANTERIOR. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.** [...] 3. **A existência de investigação policial anterior, instaurada para apurar a responsabilidade criminal do acusado pela prática da narcotraficância, por meio da qual foram descobertas conversas entre ele e o seu fornecedor, bem como com usuários que visavam a compra de entorpecentes, somada às palavras de testemunha que confirmou, em juízo, ter adquirido, em diversas ocasiões, por cerca de dois anos, cocaína do agente, e relatou o seu modus operandi de forma compatível com o que houvera sido verificado por policiais civis, é evidência de sua dedicação a atividades criminosas e impede a incidência da causa de diminuição de pena pomenorizada no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC,

Apelação Criminal n. 0005316-38.2017.8.24.0039, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 06- 04-2021) (Grifei).

Portanto, não preenchidos os requisitos objetivos da concessão do privilégio, entendo que os réus T. e R. também devem ser condenados nas sanções do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06.

A sentença deve ser mantida no ponto.

Para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

São precisas as considerações realizadas por Renato Marcão:

A previsão é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime. Sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o neófito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez. Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico. Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º, e “a minorante em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que faz do tráfico o seu meio de vida”. É preciso que o Ministério Público esteja atento no sentido de buscar provar, em cada caso concreto, a presença de ao menos urna das situações indesejadas que estão indicadas expressamente, de maneira a afastar a incidência do § 4º, pois, em caso de dúvida, esta se revolverá em benefício do réu. “A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do in dubio pro reo” (STF, HC 103.225/RN, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11-10-2011, DJe de 22-11-2011). Para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer a todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina negar a benesse (Tóxicos: lei n. 11.343/2006: lei de drogas. 9. ed. rermor., rev. e atual, de acordo com a Lei n. 12.850/20013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135).

Alexandre Bizzotto e André de Brito Rodrigues complementam:

Melhor olhando o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em compasso com o seu caput, chega-se à conclusão de que o legislador acertou, ao menos quando concedeu a oportunidade de que seja reconhecida uma pena que pode chegar a ser inferior ao que era previsto quando da vigência da Lei 6.368/76 em seu artigo 12. Claro que quem é impedido de ter acesso à causa de diminuição da pena foi bastante prejudicado. Porém, mesmo nesses casos, deve ser observado no caso concreto (para se evitar a dupla valoração), que na hipótese de uma pessoa ser condenada e impedida de ter acesso à causa de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, porque é reincidente ou porque tem maus antecedentes, tais circunstâncias não podem ser valoradas negativamente aos interesses do apenado (maus antecedentes na primeira fase de aplicação da pena e/ou reincidência na segunda fase de aplicação da pena) na sentença condenatória. A não ser assim, será configurado o bis in idem. Não se ignora, ainda, a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito. Eis a foto do recente histórico legislativo penal: a fúria punitiva e a obsessão pelo cárcere (Nova lei de drogas: comentários à lei n. 11.343/2006. 2. ed. Rios de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 74).

Uma vez reconhecido o espírito que rege o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é com base nele que o magistrado deve avaliar se o agente faz jus à benesse e, se for o caso, realizar a modulação das frações redutoras compreendidas entre 1/6 e 2/3.

Não estabelecidos quais critérios para a obtenção da fração redutora, as decisões têm se valido novamente da quantidade e espécie do material entorpecente, o que tem levado os Tribunais Superiores a reconhecer a ocorrência de “bis in idem”, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: HC 297.447/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 6-11-2014 e REsp 1509827/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 21-5-2015, v.u; e o Supremo Tribunal Federal HC 122344, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 02/09/2014, v.u.

Porém, entende-se que a natureza, diversidade e quantidade de droga apreendida, até mesmo aquela que se verificou previamente comercializada, sofre abordagem diversa ao ser sopesada nas primeira e terceira fases da dosimetria, pois, nesta última, é respeitado o enfoque dado pelo § 4º, ou seja, o maior ou menor grau de envolvimento do agente com o tráfico.

Por exemplo, o indivíduo que é surpreendido com um quilo de material entorpecente, exercendo a função de “mula” - expressão amplamente difundida para identificar os indivíduos que realizam tão somente o transporte do entorpecente - certamente tem um papel distinto em relação àquele que é surpreendido dentro de um ponto de venda, com material individualizado ou, ainda, daquele que simplesmente acondiciona a droga para terceiro.

É certo que o cenário e as circunstâncias em que a droga foi apreendida e, obviamente, a natureza e quantidade, quando sopesados conjuntamente, podem expressar o grau de comprometimento e envolvimento do agente com o tráfico.

Como destacado por Isaac Sabbá Guimarães, a natureza e a quantidade da droga, ao serem consideradas no exame das circunstâncias judiciais não podem, de forma alguma, ser replicadas, sob pena de ocorrência de “bis in idem”. Todavia, realizada vinculação com elementos circunstanciais que não foram sopesados na pena-base, a apuração da natureza e quantidade droga pode servir como meio para reconhecimento do grau de comprometimento com o crime em exame.

No caso, cumpre registrar que o Togado de origem não utilizou os vetores do art. 42 da Lei 11.343/2006 na exasperação da pena-base, tampouco para justificar a dedicação criminosa da agente.

Como já reproduzido, a sentença fez menção ao conteúdo dos diálogos telefônicos captados, os quais revelaram que R. não era novel na senda da narcotraficância.

E, nesse sentido, não há dúvida de que R. já possuía sólido envolvimento com o narcotráfico, porque as conversas que ela mantinha com seu companheiro H., evidenciaram sua efetiva e indispensável atuação para que materiais entorpecentes fossem introduzidos no interior da unidade prisional onde H. estava recolhido, a despeito de não ter sido abordada durante essas ações.

Entretanto, os diálogos revelaram que R. não só estava habituada com esse tipo de conduta,

como já havia adquirido experiência na forma pela qual seria possível a introdução de drogas no ergástulo público, o que certamente se adquire com dedicação a esse comportamento criminoso.

Não fosse o suficiente, também há as condutas que R. praticava em liberdade, independentemente da presença de H., a exemplo de quando ela lhe informou ter vendido quantidade razoável (50g) de drogas “na pista”, ou seja, na rua, para os contatos/usuários que ela sozinha mantinha relacionamento, o que, igualmente, foi possível após sua inserção no mercado proscrito das drogas.

Esse cenário deve ser visto juntamente com a falta de comprovação suficiente pela defesa acerca do meio de subsistência de R. ao tempo da investigação, notadamente dos diálogos captados, a reforçar que seus recursos eram oriundos da dedicação à narcotraficância.

Nega-se, pois, provimento ao recurso no particular.

Do regime inicial - apelado H.

Assiste razão ao Ministério Público de origem quando busca o agravamento do regime inicial fechado ao apelado H. diante da sua reincidência.

No ponto, eis o que foi fundamentado na sentença:

Quanto aos acusados H. e G., importa salientar que não desconheço a existência de entendimentos no sentido contrário, porém tenho que, no caso, é possível e necessária a fixação de regime menos gravoso que o fechado.

Fora imposta aos acusados a pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Apesar da reincidência verificada na análise da pena de ambos os acusados, a qual permite a fixação de regime mais gravoso para cumprimento da pena, observe que não é específica.

Além disso, o delito em questão fora praticado sem violência ou grave ameaça contra pessoa, permitindo, na hipótese, a fixação de regime mais brando, uma vez ponderada a lesão ao bem jurídico tutelado causada e a resposta penal a ser aplicada, bem como as circunstâncias judiciais serem, em sua maioria, favoráveis ao acusado.

Nesta senda, a fim de se evitar a desproporcionalidade entre a reprimenda determinada ao réu e o regime inicial a ser imposto para seu cumprimento, entendo cabível a fixação de regime semiaberto também para o resgate de pena imposta aos acusados H. e G.

Ao contrário do que foi decidido, não há qualquer impropriedade ou desproporcionalidade na fixação do regime inicial fechado.

Considera-se o resultado da pena aplicada, que levou em conta não apenas a majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 na condenação pelo crime de tráfico de drogas, mas também a condição pessoal do agente, à luz das disposições do art. 33, § 2º, “a”, e § 3º, sem perder de vista o enunciado 719 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário, o fato de a reincidência do agente não ser específica, por si só, não enseja a fixação do regime inicial mais brando, sobretudo no presente caso em que a condenação pretérita foi pelos delitos de roubo e falsa identidade (evento 18/PG).

Além de a letra da Lei nada tratar sobre o tipo de reincidência como fator de escolha do regime inicial resgate, não se pode passar ao largo da reincidência do agente por delito de destacada gravidade para lhe conceder regime menos gravoso.

Em tal quadro, há proporcionalidade na imposição do regime inicial fechado ao agente.

Por mais que o enunciado 269 da súmula de jurisprudência do STJ disponha que “é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”, verifica-se que o critério objetivo (quantidade da pena) não foi atendido pelo ora apelado H.

A respeito do tema, colaciona-se da jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT, C/C SEU § 4º). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA IMPUTAÇÃO. RECURSOS DO ACUSADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. ADEQUAÇÃO TÍPICA. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (LEI 11.343/06, ART. 28, CAPUT). CIRCUNSTÂNCIAS DA AÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES.

2. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. REDUTOR. TRÁFICO PRIVILEGIADO (LEI 11.343/06, ART. 33, § 4º). REINCIDÊNCIA GENÉRICA. 3. REGIME. FECHADO. QUANTUM DE PENA. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

*4. MULTA. IMPOSIÇÃO LEGAL. PRECEITO SECUNDÁRIO. HIPOSSUFICIÊNCIA. 5. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. QUALIFICAÇÃO. RENDA MENSAL. REPRESENTAÇÃO POR DEFENSORA CONSTITUÍDA. [...] 2. **A primariedade é requisito para a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, razão pela qual a reincidência, genérica ou específica, inviabiliza a sua concessão. 3. O quantum da sanção privativa de liberdade, de 7 anos de reclusão, a reincidência e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais impõem a manutenção do regime inicial fechado ao início do resgate da reprimenda (art. 33, § 3º, do Código Penal).** [...] (Apelação Criminal 5000763-09.2021.8.24.0139, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 01-02-2022).*

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. ANÁLISE QUE COMPETE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. DOSIMETRIA DA PENA. ESTÁGIO DERRADEIRO DO CÔMPUTO. REQUERIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE REGÊNCIA. IMPERTINÊNCIA. **RÉU DESTITUÍDO DE PRIMARIEDADE. VEDAÇÃO QUE SE APLICA TANTO À REINCIDÊNCIA GENÉRICA QUANTO À ESPECÍFICA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ALTERAÇÃO DESCABIDA. RECIDIVA CONFIGURADA. SANÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. MODO MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA ADEQUADO.** PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO EM PARTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal 5012320- 41.2020.8.24.0005, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 22-07-2021).*

Logo, acolhe-se o pleito da acusação para agravar o regime inicial imposto ao apelado H. na condenação do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, do semiaberto ao fechado.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer integralmente dos recursos da acusação e das defesas de G. B. M., H. P., R. M. M. e C. A. C., parcialmente do recurso de T. M. S., para negar provimento ao apelo de C., H., R. e T., dar provimento ao apelo de G. de modo a absolvê-lo do crime de tráfico de drogas e, por fim, dar provimento em parte à apelação da acusação para agravar o regime inicial imposto a H. na condenação do crime de tráfico de drogas, do semiaberto ao fechado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5007004-13.2021.8.24.0005/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO CIVINSKI

APELANTE: JHONATAN SANTOS MARIANO (RÉU)

ADVOGADO: URSULA KARINE MORAES CASTANEDA (OAB SC059250B)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA COM REDUÇÃO DA PENA. RECURSO DA DEFESA.

MÉRITO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS NÃO QUESTIONADAS. TIPICIDADE CONFIGURADA. AGENTE SURPREENDIDO TRANSPORTANDO QUANTIDADE EXPRESSIVA DE MATERIAL ENTORPECENTE. DESTINAÇÃO A TERCEIRO. CONFISSÃO EM SINTONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE, POR SI SÓ, NÃO ARREDA A TIPICIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, TAMPOUCO AUTORIZA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NÃO ACOLHIMENTO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PROVA. ENCARGO ATRIBUÍDO À DEFESA (CPP, ART. 156).

PLEITO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO NO LUGAR DA REDUÇÃO DA PENA FRENTE À IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA DO AGENTE. ACOLHIMENTO. LAUDO PERICIAL QUE RECOMENDA A INTERNAÇÃO. DEPENDÊNCIA QUÍMICA DE LONGA DATA. TRATAMENTOS VOLUNTÁRIOS INEXITOSOS. REITERAÇÃO DELITIVA E PERICULOSIDADE DEMONSTRADAS. INTERNAÇÃO IMPERIOSA PARA FINS DE SUBMISSÃO A ESPECIAL TRATAMENTO CURATIVO. FIXAÇÃO DE PRAZO MÁXIMO PARA A MEDIDA DE INTERNAÇÃO. LIMITE QUE DEVE TER POR BASE A PENA MÁXIMA COMINADA ABSTRATAMENTE AO DELITO COMETIDO. PERÍODO MÍNIMO ESTABELECIDO PARA REAVALIAÇÃO DO GRAU DE PERICULOSIDADE.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

ACÓRDÃO

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 e dar-lhe provimento em parte para impor a medida de segurança consistente em internação com duração de 15 anos, observado o prazo mínimo de 2 anos, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público estadual atuante junto ao juízo da comarca de BALNEÁRIO CAMBORIÚ ofereceu denúncia em face de Jhonatan Santos Mariano e Lucas Fernando Soares, dando-os como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, além disso, Lucas Fernando Soares também teria incorrido nas sanções do art. 311 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

Infere-se dos autos que, em data e local incertos, Lucas adquiriu a motocicleta Honda/CG, de placa MEN-8180, de uma pessoa desconhecida. Em seguida, de posse do aludido bem, ele adulterou a placa de identificação com os caracteres MLE-8054.

No dia 15 de abril de 2021, por volta das 15h40min, policiais militares estavam em policiamento pela Avenida dos Tucanos, bairro Ariribá, nesta cidade, quando avistaram os denunciados na rua Aracuã (sem saída), ao lado da referida motoneta (fls. 03/09 – Evento 1).

Ao notar a aproximação da guarnição, Jonathan arremessou um invólucro no pátio de uma das residências, que posteriormente foi localizado pelos agentes públicos, contendo 500 g (quinhentos gramas) de cocaína (fls. 18 e 20 – Evento 1).

Em revista pessoal, foram apreendidas com Jhonatan 1 (uma) porção de cocaína e a quantia de R\$ 10,90 (dez reais e noventa centavos) e com Lucas a quantia de R\$ 96,00 (noventa e seis reais) (fls. 18 e 20 – Evento 1).

Ato contínuo, através de consultas, os policiais militares constataram que o chassi da motocicleta Honda/CG estava vinculado, na verdade, à placa MEN-8180.

Ressalta-se que, informalmente, Lucas admitiu aos agentes públicos que adulterou as placas de identificação da moto, assim como Jhonatan confessou que estava no local para entregar os entorpecentes. Ante o exposto, os denunciados foram presos em flagrante delito.

Os denunciados agiram, de forma livre e consciente, possuindo e trazendo consigo drogas, para fins de comércio ilícito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, em concurso de agentes; e, ainda, Lucas, adulterando sinal identificador de veículo automotor (evento 1/PG da Ação Penal - em 21-4-2021).

Decisão interlocutória: foi determinada a suspensão do processo em relação a Jhonatan Santos Mariano, face à instauração do incidente de sanidade mental, o que ensejou a cisão dos autos relativamente a Lucas Fernando Soares (evento 20/PG - em 26-4-2021), prosseguindo os presentes autos apenas no tocante a Jhonatan.

Sentença: o juiz de direito Roque Cerutti julgou parcialmente procedente a denúncia para:

CONDENAR o réu JHONATAN SANTOS MARIANO à pena de 02 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor individual de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 33, da Lei nº 11.343/06 c/c art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

Tendo em vista que o réu foi condenado a cumprir pena no regime inicial semiaberto, entendo que no caso dos presentes autos deve ser observada a incompatibilidade entre o regime fixado na sentença e a prisão preventiva, conforme entendimento do STF (HC 197797 AgR), motivo pelo qual deixo de determiná-la e permito que o réu aguarde o trânsito em julgado ou a interposição de recurso em liberdade. Outrossim, revogo a prisão domiciliar anteriormente determinada, até porque há informação no Evento 112 dos autos de que Jhonatan se encontra recolhido no Presídio de Itapema (autos nº 5009142-78.2021.8.24.0125), pelo que, logicamente, a prisão domiciliar não comporta cumprimento concomitante com a prisão preventiva.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, comunicando-se a CGJ e expeça-se a competente carta de guia para o resgate das reprimendas impostas. Havendo recurso, expeça-se PEC provisório. Encaminhe-se os autos ao contador para apurar a pena pecuniária, intimando-se o réu para a satisfação no prazo de 10 (dez) dias.

Custas pelo apenado.

Desnecessária a comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins do art. 15, III, da CRFB/88, considerando a troca de dados, na forma do art. 248, do CNCJGJ-SC.

Pela própria natureza do delito e circunstâncias dos autos, deixo de fixar valor para a reparação a que alude o inciso IV, do art. 387, do CPP.

No que tange aos entorpecentes apreendidos, verifico que já foi determinada a incineração, conforme sentença proferida nos autos nº 50073445420218240005 e trasladada no Evento 30 destes autos.

Com relação ao aparelho celular apreendido com o réu Jhonatan, por ser imprestável para o comércio, pois sem demonstração de origem lícita e por não possuir valor econômico que possibilite a venda em leilão, nos termos do art. 317, inciso IV, do CNCJGJ, determino que seja destruído através de incineração, se possível, lavrando-se auto circunstanciado.

No que tange ao dinheiro apreendido com Jhonatan, determino a perda em favor da União, pois certamente provinha de transações com drogas, tendo em vista que foi apreendida substancial quantidade de entorpecentes e o réu não demonstrou a origem lícita do dinheiro, até porque sua genitora relatou que não sabe de onde o réu obtém recursos para compra de drogas, o que indica que o valor apreendido tem origem ilícita.

Quanto a motocicleta apreendida, determino a restituição ao proprietário, desde que comprovada a sua propriedade, no prazo de 90 (noventa) dias, caso tal providência ainda não tenha sido realizada.

A detração a ser reconhecida não altera o regime prisional, eis que não está preso por tempo suficiente para compor a fração necessária para a progressão de regime (art. 112, inciso V, da Lei nº 7.210/84).

Por fim, determino que seja encaminhada cópia da presente sentença e do laudo pericial de Evento 68 para a Promotoria de Justiça com atribuição para atuar na área da saúde e cidadania da Comarca de Itapema/SC, a fim de que seja avaliada eventual necessidade de ajuizamento de ação de internação compulsória para tratamento de drogadição do acusado JHONATAN SANTOS MARIANO (evento 128/PG - em 14-2-2022).

Trânsito em julgado: foi certificado o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público, ocorrido em 16-2-2022 (evento 146/PG - em 26-5-2022).

Recurso de apelação de Jhonatan Santos Mariano: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) a verdade dos autos demonstrou que o recorrente possui dependência química e havia contraído dívidas com traficantes, de maneira que foi compelido a transportar quantidade considerável de cocaína, porém, em seu poder, efetivamente, havia apenas uma peteca da mesma substância, a confirmar sua versão e a sua condição de mero usuário, o que autoriza a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, sobretudo à luz de seus predicados subjetivos favoráveis;

b) “demonstrada nos autos a semi-imputabilidade do apelante ao tempo dos fatos, em razão de severa condição de drogadicto, HIPOCRÍTICO, com diagnóstico de ESQUIZOFRENIA, e TRANSTORNO BIPOLAR é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação em estabelecimento psiquiátrico”.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, nos termos da fundamentação (evento 10/SG - em 17-6-2022).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que, muito embora tenha sido demonstrada a condição de usuário do apelante, essa circunstância, por si só, não arreda a tipicidade do crime de tráfico de drogas, ainda mais no presente caso em que se flagrou o agente transportando quantidade considerável do material tóxico, inexistindo, no mais, qualquer inidoneidade na fundamentação utilizada na sentença para reconhecer a semi-imputabilidade, mas ter como incabível a substituição da pena corporal por medida de segurança.

Postulou o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (evento 13/SG - em 5-7-2022).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o procurador de justiça Rui Carlos Kolb Schiefler opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, de modo a determinar a substituição da pena corporal por medida de segurança para tratamento em regime de internação (evento 16/SG - em 28-7-2022).

Este é o relatório que passo ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Revisor.

VOTO

Do juízo de admissibilidade

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Do mérito

De acordo com o que foi apresentado no relatório deste acórdão, a versão da defesa, em resumo, parte da abordagem sobre a condição de dependência química do apelante, atestada por laudo pericial constante do processo, para sustentar que o transporte de cocaína assumido por ele teria ocorrido em razão de uma dívida contraída com traficantes, os quais teriam lhe compelido a realizar aquela ação criminosa.

Esse cenário, no entender da defesa, autorizaria a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta, já que em poder do agente, efetivamente, houve apreensão de apenas uma peteca de cocaína, sem olvidar, de outra parte, da necessidade de impor medida de segurança consistente na internação, em substituição à pena corporal.

Razão lhe assiste em parte.

Eis o cenário fático-probatório posto na sentença e o adequado juízo de subsunção realizado pelo diligente juiz de direito Roque Cerutti:

Trata-se de ação penal pública incondicionada, objetivando apurar a responsabilidade criminal de JHONATAN SANTOS MARIANO pelo delito capitulado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Frise-se que com relação ao réu Lucas houve a cisão do processo, tendo ele sido julgado nos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005.

Vejam as provas orais colhidas durante a instrução (Evento 101 destes autos e Evento 62 dos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005).

A testemunha e Policial Militar EGON MILTON FRIEDRICH NETO foi inquirida através do sistema de gravação audiovisual, conforme mídia acostada ao Evento 62 dos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005. Em síntese, declarou que no dia da ocorrência estavam em rondas pelo bairro Ariribá quando passaram por uma rua sem saída e no final dessa rua havia uma motocicleta e dois masculinos ao lado dela, com capacete em mãos; isso chamou a atenção dos policiais que foram até os masculinos; chegando próximo deles foi identificado que um deles arremessou um pacote para dentro de uma residência; abordaram os dois e com o Jhonatan foi encontrada uma pequena quantidade de cocaína e de dinheiro, com Lucas havia dinheiro; conseguiram localizar o material que foi arremessado na residência, era uma peça com aproximadamente meio quilo de cocaína; Jhonatan assumiu a propriedade da substância, disse que faria a entrega em Balneário Camboriú e chamou Lucas para fazer o transporte; de início Lucas mentiu o nome dele, depois confirmou a identidade; Lucas admitiu que a placa da motocicleta era de outra moto; Jhonatan falou que a droga era dele; não foi possível identificar quem arremessou a droga; a droga estava embalada em plástico filme e uma sacola; os acusados estavam na mesma posição no momento em que foram visualizados e que depois foram abordados; o volume da droga caberia no bolso de uma calça; ambos os acusados mentiram o nome de Lucas e disseram que ele não tinha envolvimento; eles informaram que vieram de Itapema, acredita que do bairro Ilhota; Lucas se apresentou como condutor e proprietário da motocicleta.

A testemunha e Policial Militar RAFAEL VICENTE MARCONDES foi inquirida através do sistema de gravação audiovisual, conforme mídia acostada ao Evento 62 dos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005. Em síntese, declarou que estavam em rondas pelo bairro Ariribá quando uma dupla de masculinos gerou suspeita, por isso foi realizada abordagem; ao se aproximar deles foi visualizado que um dos masculinos

arremessou um pacote para dentro de uma residência em frente de onde eles estavam; com Jhonatan havia uma peteca de cocaína e o objeto que eles arremessaram foi constatado que se tratava de quinhentas gramas de cocaína; eles relataram que foram fazer uma entrega de drogas; a chave da motocicleta estava com Lucas e estava com a placa adulterada; Lucas se identificou com o nome de outra pessoa, depois na Delegacia ele passou o nome dele e confirmou que era foragido; Lucas disse que usava a moto para fazer entregas e como a placa havia caído ele colocou outra para fazer entrega; os dois acusados assumiram a propriedade da droga; estava embalada em plástico, era apenas uma peça; quem arremessou a cocaína foi Jhonatan, nesse momento Lucas estava ao lado dele; esse local onde eles estavam existem residências e fica próximo ao colégio Ariribá; não sabe há quanto tempo eles estavam naquele local; em casos semelhantes os abordados sempre tentam livrar a responsabilidade um deles, somente um assume, mas fica claro que ambos estavam envolvidos.

A genitora do acusado Jhonatan, Sra. ROSINEIA DOS SANTOS LOPES foi inquirida através do sistema de gravação audiovisual, conforme mídia acostada ao Evento 101 destes autos. Em síntese, declarou que Jhonatan não cumpre o tratamento, fica o tempo todo usando drogas; ele não se importa se vão matar ele; ele não respeita nada, precisa de tratamento, tem problema mental; não sabe se ele continua traficando; não sabe como ele consegue dinheiro para comprar drogas.

Vejam os a versão apresentada pelo acusado Jhonatan e pelo apenado Lucas.

O acusado LUCAS FERNANDO SOARES foi interrogado através do sistema de gravação audiovisual, conforme mídia acostada ao Evento 62 dos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005. Em síntese, declarou que as acusações não são totalmente verdadeiras; o depoente dependia da motocicleta para trabalhar; perdeu a placa da moto, então colocou outra placa para poder trabalhar; conheceu Jhonatan no mesmo dia em que foram presos, ofereceu para ele o serviço de transporte; Jhonatan pediu para trazê-lo para Balneário Camboriú, o depoente cobrou cinquenta reais; pegou Jhonatan na praia, levou ele em uma casa no bairro Morretes e vieram para Balneário; quando chegaram Jhonatan colocou no GPS do celular o endereço onde deviam ir; quando desceu da moto chegaram os policiais, o depoente não teve nenhuma reação, não tentou fugir nem nada; se soubesse que Jhonatan estava com drogas teria tentado se evadir, porque era foragido; os policiais tinham câmeras no peito, a abordagem deve ter sido filmada; não é verdade que estava próximo de Jhonatan no momento da abordagem; conheceu Jhonatan quando foi entregar uma marmita para ele; não conhecia os policiais; soube que Jhonatan estava com drogas somente no momento da abordagem; foi jogada dentro de um quintal de uma residência; o depoente comprou a motocicleta, mas estava em nome de outra pessoa; o depoente tinha dinheiro consigo, cerca de onze ou doze reais; tinha um aparelho celular também; não tinha drogas, Jhonatan tinha uma bucha de cocaína com ele; o depoente passou um nome falso aos policiais.

O acusado JHONATAN SANTOS MARIANO foi interrogado através do sistema de gravação audiovisual, conforme mídia acostada ao Evento 101. Em síntese, declarou que estava fazendo a entrega da droga porque estava devendo dinheiro para um traficante, senão essa pessoa ira matá-lo; Lucas era apenas seu moto-táxi, não conhecia ele; a pessoa que iria receber a droga deve ter visto as viaturas e foi embora; nunca tinha feito isso antes; a mãe do depoente sabe que é usuário de drogas e que havia pessoas querendo lhe matar; essa dívida era de drogas; estava devendo cinco mil reais.

Passo a analisar os fatos imputados ao réu JHONATAN SANTOS MARIANO.

Reza o art. 33, caput, da Lei nº 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.”

A materialidade do crime restou devidamente comprovada através dos documentos e mídias acostados ao

Evento 1 do Inquérito Policial nº 5006729-64.2021.8.24.0005, dos quais se destacam o boletim de ocorrência de fls. 3/9, o laudo de constatação provisório de fl. 18, o auto de exibição e apreensão de fl. 20 e o relatório policial de fl. 35, todos no documento ANEXO2. Restou comprovada ainda a materialidade pelo laudo pericial de identificação de substâncias entorpecentes nº nº 2021.08.04444.21.001-50 no Evento 29 e pelas demais provas orais colhidas nos presentes autos, além das provas emprestadas dos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005.

A autoria restou clara e cristalina e deve ser atribuída ao acusado JHONATAN SANTOS MARIANO, pois os elementos contidos nos autos convergem no sentido de que de fato transportava entorpecentes destinados à prática do tráfico ilícito.

Conforme restou apurado, por volta das 15h40min do dia 15/04/2021, os Policiais Militares estavam em rondas pelo bairro Ariribá, nesta cidade, quando visualizaram Jhonatan e Lucas parados em via pública ao lado de uma motocicleta, no final de uma rua sem saída (rua Aracuã). No momento em que os Policiais se aproximaram, Jhonatan arremessou um invólucro para dentro de uma residência existente no local, sendo que posteriormente esse objeto foi encontrado e constatou-se que se tratava de uma porção de cocaína pesando cerca de quinhentas gramas. Ao realizarem revista pessoal, com Jhonatan foi encontrada uma pequena porção da mesma substância, além de um aparelho celular e R\$ 10,90 (dez reais e noventa centavos).

Na Delegacia de Polícia o acusado Jhonatan exerceu seu direito ao silêncio, enquanto que Lucas alegou que estava apenas fazendo uma 'corrida' de moto para Jhonatan e que não tinha conhecimento da droga (Evento 1, VÍDEO1, no inquérito policial relacionado).

Em Juízo, como visto, Lucas manteve a sua versão dos fatos, no sentido de que não tinha conhecimento nem participação no tráfico da substância entorpecente apreendida (Evento 62 dos autos nº 5007344-54.2021.8.24.0005).

De outro lado, Jhonatan admitiu que estava fazendo o transporte da droga, aduzindo que assim teria agido em razão de possuir dívidas com traficantes e que estava sendo ameaçado de morte se não o fizesse (Evento 101).

Percebe-se, portanto, que não há dúvida quanto a autoria do delito de tráfico de entorpecentes por parte do réu Jhonatan, eis que a sua confissão está alicerçada nas demais provas colhidas nos autos, sendo que a alegação de que teria sido coagido para realizar o transporte da droga não se confirmou por nenhum meio de prova e, ainda que houvesse comprovação, não seria suficiente para elidir sua responsabilidade criminal pelo tráfico de entorpecentes, até porque a suposta dívida que possuía com traficantes teria origem justamente no comércio espúrio de drogas, o que não legitima a conduta perpetrada pelo acusado.

Nessa senda, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, V, E ART. 35, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA EM PARTE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE E ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. (1) **ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NÃO ACOLHIMENTO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PROVA. ENCARGO ATRIBUÍDO À DEFESA (CPP, ART. 156). CONDENAÇÃO MANTIDA.** (2) DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. NÃO ACOLHIMENTO. NEGATIVAÇÃO DA PENA INICIAL COM FULCRO NA APREENSÃO DE QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS. OBSERVÂNCIA DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) (TJSC, Apelação Criminal n. 5006559-84.2020.8.24.0019, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 02-09-2021).*

É consabido que no direito penal, diante de garantias constitucionais, há a possibilidade de o réu elaborar teses

em auto defesa, mentir ou inclusive silenciar sobre os fatos, contudo, para que qualquer tese defensiva seja acolhida é necessário que esteja confortada nas demais provas do processo e na situação dos autos a palavra do réu se divorcia das provas colhidas, motivo pelo qual não pode ser aceita ou reconhecida.

Incabível, ainda, a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para aquele previsto no art. 28, da Lei de Drogas, eis que restou comprovado que a substância apreendida (quinhentas gramas de cocaína) era destinada ao tráfico ilícito. Ademais, a condição de usuário de drogas não pode ser admitida como suficiente para afastar a responsabilidade pela conduta ilícita, conforme reiteradamente vem decidindo o e. Sodalício catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO PAUTADO NA TESE DE HIPOSSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS. RELATOS UNÍSSONOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE. RECEBIMENTO DE INFORMAÇÕES ANÔNIMAS PRETÉRITAS. FLAGRANTE DO MOMENTO DE TRAFICÂNCIA. RÉU QUE, AO AVISTAR A GUARNIÇÃO, TENTA SE DESFAZER DE PACOTE CONTENDO CRACK E MACONHA. ÁLIBI DEFENSIVO INVEROSSÍMIL E NÃO COMPROVADO. PROVAS ROBUSTAS. **DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA À TIPIFICAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06 CONSEQUENTEMENTE INVIABILIZADA. DESTINAÇÃO COMERCIAL DOS TÓXICOS PLENAMENTE EVIDENCIADA. EVENTUAL CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE DROGAS QUE NÃO ELIDE A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PELA NARCOTRAFICÂNCIA COMETIDA. USUÁRIOS QUE, NÃO RARAMENTE, LANÇAM MÃO DO TRÁFICO COMO FORMA DE ANGARIAR MEIOS PARA SUSTENTAR O VÍCIO TOXICOLÓGICO. CONDENAÇÃO MANTIDA.** (...) 1. **Impossível a absolvição, assim como a desclassificação da conduta à tipificação do art. 28 da Lei n. 11.343/06, quando sobejamente demonstrado pelos elementos de prova amealhados que o acusado cometeu o delito de tráfico de entorpecentes, na modalidade “trazer consigo” entorpecentes destinados à comercialização proscrita.** (...) (TJSC, Apelação Criminal n. 0000091-54.2018.8.24.0022, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 10-02-2022).

Outrossim, as provas indicam que em comum acordo, agindo na forma do art. 29, do CP, o réu Jhonatan e o apenado Lucas estavam transportando drogas com intuito de vendê-las, havendo evidências concretas de propósito comum direcionado ao tráfico.

Destaca-se, nessa esteira, que Lucas restou condenado definitivamente pelo delito de tráfico de entorpecentes nos autos nº 50073445420218240005, cuja sentença foi mantida pelo e. Tribunal de Justiça catarinense e operou-se o trânsito em julgado, sendo incontestado que os fatos a ele atribuídos quanto ao delito de tráfico de drogas são os mesmos ora em análise.

É de se destacar ainda que o crime previsto no art. 33, caput da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas. **In casu, o réu Jhonatan foi flagrado transportando drogas destinadas à prática do tráfico ilícito.**

Sobre o assunto, colhe-se da doutrina de Luiz Flávio Gomes:

“Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar etc.) (Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 185-186)”

Destaco, finalmente, que o laudo pericial nº 2021.08.04444.21.001-50 no Evento 29 dos autos atestou que a

droga apreendida continha a substância química “cocaína”, a qual se enquadra como substância entorpecente na Portaria nº 344/98, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Por fim, não há qualquer causa que exclua o crime a ser reconhecida em favor do acusado ou que o isente de pena, estando manifestas a autoria e a materialidade, diante da apreensão das drogas aliada às declarações dos agentes públicos e a própria confissão do acusado.

DA SEMI-IMPUTABILIDADE

Não obstante estarem comprovadas a autoria e materialidade do delito, verifica-se que, quanto à culpabilidade, foi realizado o laudo pericial de exame de sanidade mental acostado ao Evento 68, o qual atestou que o acusado, por perturbação da saúde mental, não era, ao tempo da infração, inteiramente capaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de seu quadro de dependência química, assim sendo considerado parcialmente responsável pelos seus atos, na forma prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

Acerca da semi-imputabilidade, extrai-se da doutrina:

“Isso quer dizer que o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável. Será, portanto, condenado, e não absolvido, como acontece com aqueles que se amoldam ao caput do art. 26. Contudo, o juízo de censura que recairá sobre a conduta do agente deverá ser menor em virtude de sua perturbação da saúde mental ou de seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado, razão pela qual a lei determina ao julgador que reduza sua pena entre um e dois terços.” (GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 12ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2018. p. 112)

No caso dos autos, de acordo com o laudo pericial, o acusado foi diagnosticado com “transtorno bipolar e comorbidade adicto para múltiplas drogas (CID F31.2 e CID F19.5)”, conforme resposta ao quesito 02, do Juízo, tendo o perito apontado que há indicação para tratamento psiquiátrico com “uso de psicotrópicos, se possível em ‘deposito’ com injeções mensais, e sob supervisão do Ministério Público se o acompanhamento está sendo realizado. Assim como o paciente e curador são orientados para imediata internação diante do uso de substâncias psicoativas interdidas pela psiquiatria ou pelo fato da interrupção do uso de psicotrópicos”, consoante resposta aos quesitos 13 e 14.

Ainda, atestou o perito que o réu pode ser considerado perigoso porque a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir (resposta ao quesito 16 do Juízo).

Todavia, asseverou o expert que “Considerando seu grave quadro, associado a comorbidade da dependência química, a falência familiar diante das constantes recaídas e dificuldade para seguir um tratamento é recomendável uma ação conjunta da psiquiatria com o Ministério Público, numa supervisão constante e imediata determinação da internação hospitalar do acusado diante de qualquer deslize, seja por não atendimento a recomendação médica do uso sistemático dos neurolepticos, ou qualquer uso álcool ou demais drogas ilícitas. (...) trata-se de um caso com indicação para medicação Depot mensal, pois sempre fez uso irregular de suas medicações, quando não recusava a ficar sem elas.” (resposta ao quesito 4)

Como se vê, a avaliação do especialista concluiu que a internação hospitalar do réu somente poderá ser necessária em caso de não utilização de medicamentos ou pelo uso de álcool ou demais drogas ilícitas, bem como atestou que há periculosidade do agente ante a probabilidade de que torne a delinquir.

Assim, embora tenha sido reconhecida a semi-imputabilidade do acusado, entendendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, na forma prevista no art. 98, do Código Penal, tendo em vista: a) a periculosidade do agente conforme apontado pelo expert no laudo pericial; b) a

inexistência de indicação clara para internação hospitalar; c) a constatação de que a substituição da pena por tratamento ambulatorial restaria inócua em razão da dificuldade de o réu fazer uso regular das medicações; e d) o histórico criminal do acusado, que responde a ações penais em andamento por delitos de tráfico e violência contra mulher, além de diversos procedimentos por posse de drogas para consumo pessoal e, ainda, as declarações da genitora do réu, dando conta da inadequação comportamental perante a família e de que não sabe de onde o acusado obtém dinheiro para compra de drogas, circunstâncias essas que indicam a necessidade de aplicação da reprimenda corporal.

Nessa esteira, extrai-se o seguinte julgado do TJSC:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIMES DE LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL) E DE AMEAÇA (ART. 147, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) E CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO (ART. 21 DO DECRETO-LEI 3.688/41). CRIME DE RESISTÊNCIA (ART. 329, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. (...) INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA ADEQUADAMENTE REALIZADA. REPRIMENDA MANTIDA. **PLEITO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELO TRATAMENTO AMBULATORIAL. ACUSADO RECONHECIDO COMO SEMI-IMPUTÁVEL NA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO ARTS. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, E 98 DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ ACERCA DA REAL NECESSIDADE DA MEDIDA SUBSTITUTIVA.** IDONEIDADE DA DECISÃO À VISTA DA REINCIDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0013502-69.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 04-05-2017).

Desse modo, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança, devendo ser reconhecida na terceira fase da dosimetria a causa de diminuição prevista no art. 26, parágrafo único, a fim de reduzir a pena em 1/2 (um meio), considerando que o delito praticado pelo réu não foi cometido mediante violência ou grave ameaça, enquanto que o seu comprometimento mental é significativo, conforme laudo pericial acostado aos autos no Evento 68.

Frente a esse panorama, constata-se que a primeira tese da defesa é facilmente derruída, porquanto os autos não carecem de elementos a ensejar a absolvição, muito menos a desclassificação da conduta.

O crime pelo qual o apelante foi condenado está capitulado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, que assim dispõe:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O delito aludido é de ação múltipla ou conteúdo variado, apresenta várias formas de violação da mesma proibição, e basta para a consumação a prática de uma das ações ali previstas, sem a necessidade de efetiva comprovação da mercancia.

Acerca da diferenciação entre o tráfico e o porte para uso próprio, a Lei 11.343/2006 prevê:

Art. 28. § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Comentando o dispositivo, lecionam Luz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira:

Há dois sistemas legais para decidir se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento policial ou judicial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante. É da tradição brasileira da lei brasileira a adoção do segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Cabe ao juiz (ou à autoridade policial) reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para o tráfico. Para isso a lei estabeleceu uma série enorme de critérios. Logo, não se trata de uma opinião do juiz ou de uma apreciação subjetiva. Os dados são objetivos. (...) A lei nova estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e a quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. Em outras palavras, são relevantes: o objeto material do delito (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (locais e condições em que ela se desenvolveu) assim como o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, condutas e antecedentes). É importante saber: se se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína etc.) ou “leve” (maconha, v.g.); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc. A quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de não se valorar somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. O modus vivendi do agente (ele vive do quê?) é um dado bastante expressivo. Qual a sua fonte de receita? Qual é sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato. Não faz muito tempo um ator de televisão famoso foi surpreendido comprando uma quantidade razoável de drogas. Aparentemente, pela quantidade, seria para tráfico. Depois se comprovou ex abundantia sua qualidade de usuário. Como se vê, tudo depende do caso concreto, da pessoa concreta, da droga que foi apreendida, quantidade, etc. (Lei de drogas comentada. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161/162).

De todos os argumentos postos na sentença que encontram ressonância com o que foi sustentado pelo próprio apelante ao longo da persecução criminal, no sentido de que efetivamente faria a entrega da quantidade considerável de cocaína a terceiros em um contexto envolvendo o narcotráfico, não há necessidade de aprofundamento nessa matéria para denotar o acerto da subsunção do fato imputado ao agente ao crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

A confissão do recorrente vai ao encontro de todos os demais elementos de convicção (CPP, art. 197), de maneira que não é razoável, como pretende a defesa, considerar a condição de dependência química e tão somente a peteca de cocaína encontrada em poder do agente para sustentar que ele perpetró apenas o delito previsto no art. 28 da referida legislação.

Por mais que a condição de dependente químico do recorrente tenha sido demonstrada nos autos, sobretudo pelo laudo pericial produzido, sabe-se que a condição de usuário não é capaz de arredar a tipicidade do delito de tráfico de drogas, consoante pacífica jurisprudência desta Corte (para ilustrar: Apelação Criminal 0016785-66.2016.8.24.0023, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 28-07-2022).

De outra parte, tampouco é subsistente o argumento da defesa de que o agente, por ser usuário, teria cometido o fato em razão de uma dívida contraída com traficantes, sob ameaça de morte.

Ao partir do conceito analítico de crime, pode-se observar que a tese da defesa, nesse ponto, recai sobre a culpabilidade, consistente na alegação de coação moral irresistível, prevista na primeira parte do art. 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

É cediço que se configura a coação moral irresistível quando há emprego de grave ameaça para sujeitar o agente à prática do ilícito, ou seja, a vontade do coacto não é livre.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Conceitos de coação irresistível e obediência hierárquica: são causas de exclusão da culpabilidade e se situam no contexto da inexigibilidade de conduta diversa. [...] A coação irresistível, referida no artigo, é a coação moral, uma vez que a coação física afeta diretamente a voluntariedade do ato, eliminando, quando irresistível, a própria conduta. Trata-se de uma grave ameaça feita pelo coator ao coato, exigindo deste último que cometa um crime contra terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável [...] Elementos da coação moral irresistível: [...] é fundamental buscar, para configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência o homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de um mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator (Código penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 240-241).

A versão prestada no exercício da autodefesa não se sustenta na verdade processual, tampouco encontra guarida em elementos mínimos que pudessem incutir dúvida razoável a respeito da culpabilidade do agente.

É pertinente registrar que a defesa técnica explora um cenário de que o corréu Lucas seria o traficante que teria compelido o ora apelante a fazer o transporte da droga, contudo, essa tese não encontra sequer respaldo nas palavras dos agentes envolvidos, em especial a versão do apelante Jhonatan.

Nem sequer registro de ocorrência acerca de eventual ameaça de morte proferida em desfavor de Jhonatan foi feito, segundo a verdade processual.

É importante lembrar que o ônus da prova acerca da coação moral irresistível é atribuído àquele que o alega.

Diante desse contexto, é inviável o acolhimento da tese em análise.

Do entendimento, não destoam a jurisprudência desta Corte:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU POR EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. APELANTE QUE TINHA EM DEPÓSITO E GUARDAVA 10 (DEZ) TORRÕES DE MACONHA COM A MASSA BRUTA DE CERCA DE 3.800G (TRÊS MIL E OITOCENTOS GRAMAS), APROXIMADAMENTE 35G (TRINTA E CINCO GRAMAS) DE CRACK, 1 (UMA) BALANÇA DE PRECISÃO, R\$ 1.194,00 (MIL, CENTO E NOVENTA E QUATRO REAIS) EM ESPÉCIE E 1 (UM) ROLO PLÁSTICO. DEPOIMENTO DE AGENTE PÚBLICO E RELATOS EXTRAJUDICIAIS DOS PAIS DO APELANTE QUE COMPROVAM A POSSE DAS DROGAS. APETRECHOS APREENDIDOS, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MONTANTE EM DINHEIRO QUE DENOTAM A DESTINAÇÃO COMERCIAL DOS ENTORPECENTES E O ENVOLVIMENTO DO APELANTE NO COMÉRCIO ILÍCITO. **EXCULPANTE DA COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL NÃO COMPROVADA (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONDENAÇÃO PRESERVADA. [...]** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal 0004789-53.2015.8.24.0008, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 14-03-2017, v.u.).*

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006), TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL (ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006) E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DE AMBOS OS RÉUS. [...] **PRETENSA ABSOLVIÇÃO PELA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCRETAS ACERCA DE EVENTUAL COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. EXEGESE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...]** (TJSC, Apelação Criminal n. 5016281-85.2020.8.24.0038, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 20-05-2021).*

Nega-se, pois, provimento ao recurso no particular.

Por fim, acerca da semi-imputabilidade do agente reconhecida na sentença que operou a redução da pena ao invés de aplicar a medida de segurança, impõe-se o acolhimento do pleito defensivo diante da necessidade de submeter o apelante à internação, do que a Procuradoria-Geral de Justiça não discorda.

Aliás, pela percuciente análise feita pelo procurador de justiça Rui Carlos Kolb Schiefler, cumpre integrar a este voto a referida manifestação ministerial (evento 16/SG), ora adotada como

razões de decidir com fulcro na técnica *per relationem*, cuja legitimidade jurídica é reconhecida (STJ, AgRg no HC 745.095/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022):

In casu, ao decidir pela aplicação da pena privativa de liberdade com redução pela semi-imputabilidade, o i. Magistrado sentenciante ponderou:

“[...] embora tenha sido reconhecida a semi-imputabilidade do acusado, entendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, na forma prevista no art. 98, do Código Penal, tendo em vista a) a periculosidade do agente conforme apontado pelo expert no laudo pericial; b) a inexistência de indicação clara para internação hospitalar; c) a constatação de que a substituição da pena por tratamento ambulatorial restaria inócua em razão da dificuldade de o réu fazer uso regular das medicações; e d) o histórico criminal do acusado, que responde a ações penais em andamento por delitos de tráfico e violência contra mulher, além de diversos procedimentos por posse de drogas para consumo pessoal e, ainda, as declarações da genitora do réu, dando conta da inadequação comportamental perante a família e de que não sabe de onde o acusado obtém dinheiro para compra de drogas, circunstâncias essas que indicam a necessidade de aplicação da reprimenda corporal” (evento 128, p. 6).

Acontece, contudo, que os elementos de convicção que fazem parte do todo processado, em sentido diverso, revelam a imperiosa necessidade de tratamento psiquiátrico do apelante, em detrimento da pena corporal imposta, a legitimar, pois, a sua substituição pela medida de segurança em regime de internação.

Do laudo pericial realizado com o apelante (evento 68), destacam-se os seguintes dados:

1) “Paciente com 23 anos e HIPOCRÍTICO com diagnóstico de Esquizofrenia, Epilepsia e Transtorno Bipolar escrito em seu Prontuário”; 2) “Paciente psicótico, com quadro compatível com Transtorno Bipolar e co-morbidade adicto para múltiplas drogas. Comportamento este, que muitas vezes for responsável por seus surtos e faz parte do processo degenerativo de sua patologia.”; 3) “Considerando seu grave quadro, associado a comorbidade da dependência química, a falência familiar diante das constantes recaídas e dificuldade para seguir um tratamento é recomendável uma ação conjunta da psiquiatria com o Ministério Público, numa supervisão constante e **imediate determinação da internação hospitalar do acusado diante de qualquer deslize**, seja por não atendimento a recomendação médica do uso sistemático dos neurolépticos, ou qualquer uso álcool ou demais drogas ilícitas. Recomendo também que uma sistemática avaliação de metabólitos de cocaína e cannabis na urina seja feita no início deste processo. Hoje, internado, o paciente responde aos neurolépticos impregados (quetiapina 200 mg + haldol 5 mg + levomepromazina 100 mg + Valproato de Sódio 500 mg), porém trata-se de um caso com indicação para medicação Depot mensal, pois sempre fez uso irregular de suas medicações, quando não recusava a ficar sem elas.; 4) “Há necessidade de tratamento. [...] O tratamento psiquiátrico consistirá no uso de psicotrópicos, se possível em ‘deposito’ com injeções mensais, e sob supervisão do Ministério Público se o acompanhamento está sendo realizado. Assim como **o paciente e curador são orientados para imediata internação diante do uso de substâncias psicoativas interdidas pela psiquiatria ou pelo fato da interrupção do uso de psicotrópicos**” (grifei).

Muito embora o perito médico não tenha restringido o tratamento do apelante ao regime de internação, verifica-se que há expressa menção sobre tal necessidade, caso houvesse a retomada de uso de entorpecentes por ele.

Na esteira dessas considerações, infere-se, ainda, que os demais meios de prova que sobrevieram aos autos durante a instrução do feito revelam que o apelante demanda, primordialmente, cuidados com a sua saúde mental.

Nesse trilhar, rememora-se que, em razão da grave lesão ortopédica que ele sofreu em seu membro inferior direito (evento 39, INF2), foi-lhe concedido, em 17/6/2021, a prisão em regime domiciliar (evento 44). Entretanto, na sequência, adveio a notícia de que, em 15/12/2021, ele foi, mais uma vez, preso em flagrante delito pela prática de novo crime de tráfico de drogas majorado (art. 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006), restando recolhido, daí, no Presídio de Itapema (evento 112).

Aqui, na audiência de instrução deste feito, realizada em 3/12/2021, a genitora do apelante, Rosineia dos Santos Lopes, declarou: “que Jhonatan não cumpre o tratamento, fica o tempo todo usando drogas; ele não se importa se vão matar ele; ele não respeita nada, precisa de tratamento, tem problema mental; não sabe se ele continua traficando; não sabe como ele consegue dinheiro para comprar drogas” (mídia audiovisual do evento 101, conforme transcrição do evento 128, p. 3).

Já os diversos documentos apresentados pela d. defesa no evento 14, dos autos originários, comprovam que é de longa data o tratamento de saúde do apelante (desde os seus 11 anos de idade), que inclui acompanhamento médico psiquiátrico periódico, além de episódios de internação hospitalar psiquiátrica.

Frente a esse contexto, notadamente com a notícia de que o apelante foi novamente preso em flagrante pelo crime de tráfico de drogas - presumindo-se o seu retorno ao uso de entorpecentes, o qual, como pontuado pelo médico perito, impede o controle de suas demais patologias (paciente psicótico, com quadro compatível com transtorno bipolar) -, afigura-se imperiosa, como pleiteada, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada pela medida de segurança, para tratamento em regime de internação, na forma do art. 96, inciso I, do Código Penal.

Gize-se, por oportuno e para evitar qualquer dúvida acerca da possibilidade de tal providência - ainda que em recurso exclusivo da defesa -, que tal desfecho é admitido pela jurisprudência pátria, verbis:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA DE SEGURANÇA EM SEDE DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. SÚMULA 525 DO STF. INTELIGÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Não há que se falar em reformatio in pejus quando o tribunal de origem, ao julgar o recurso exclusivo da defesa, substitui a pena privativa de liberdade por uma medida de segurança, acolhendo um dos pedidos formulados em favor do réu. 2. Não se vislumbra ofensa ao enunciado sumular 525 do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, prevalecendo o sistema vicariante, é possível que o tribunal de origem, ao apreciar o recurso da defesa, substitua a pena privativa de liberdade por um medida de segurança, desde que comprovada a semi-imputabilidade do réu e a necessidade do tratamento. Doutrina e jurisprudência. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC n. 331.164/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe de 3/12/2015).

A pretensão recursal, neste ponto, portanto, expressamente feita pelo próprio apelante, merece acolhimento.

Muito embora a presente manifestação ministerial dispense outras considerações para justificar a necessidade de imposição da medida de segurança consistente na internação do recorrente, a sensibilidade do eminente parecerista comporta ênfase em alguns pontos.

A medida de segurança tem finalidade essencialmente preventiva e busca atender a segurança social, objetivando que o agente obtenha a cura ou minimize os efeitos da doença ou perturbação mental.

Os pressupostos para sua aplicação são a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente inimputável ou semi-imputável que necessite de tratamento especial curativo.

A imposição de internação para tratamento psiquiátrico não afronta os direitos fundamentais do internado. Constitui justamente alternativa à reclusão de pessoa portadora de doença mental em estabelecimento prisional, que certamente não lhe propiciaria possibilidade de tratamento e recuperação, mas, ao contrário, um ambiente propício à deterioração de sua condição psíquica.

Embora tenha principalmente natureza preventiva e curativa, a medida de segurança possui também caráter sancionatório, pois implica limitação da liberdade individual. Isto é reconhecido pelo Código Penal, por exemplo, ao exigir prova da prática de infração penal e prever a prescrição da pretensão punitiva e executória, também para a medida de segurança.

Nesse sentido, a doutrina esclarece:

As medidas de segurança são, também, sanções penais, por vezes assumindo caráter mais gravoso do que as próprias penas, dada a severíssima restrição à liberdade da pessoa internada, sendo impostas como decorrência do poder de coação estatal (ius puniendi), em razão da prática, devidamente comprovada, de um fato penalmente típico e antijurídico [...], por uma pessoa considerada inimputável ou semi-imputável. Comprovação esta, que demanda o devido processo penal, isto é, lastreada em provas lícitas e idôneas (due process of law, presunção de inocência, legalidade). As medidas de segurança diferem, porém, das penas, principalmente pela natureza e fundamento. Enquanto as penas têm caráter retributivo, de prevenção geral e especial, segundo o nosso CP, e se baseiam na culpabilidade, as medidas de segurança têm função exclusiva de prevenção especial e encontram fundamento na periculosidade do sujeito, denotada pela prática de uma conduta típica e ilícita (DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 271/272).

A lição de Paulo José da Costa Jr. contribui:

As medidas de segurança não poderão atentar contra determinados princípios basilares do Estado de Direito. Assim, impõe-se a observância do princípio da legalidade, sendo inconcebível a aplicação de medida de segurança não prevista em lei. Não se pode pois aplicar medida que não fosse vigente ao tempo da sentença ou da execução (tempus regit actum).

Não se permite a retroatividade in pejus, admitindo-se, pelo contrário, a aplicação de medida mais benigna, que venha a favorecer de alguma forma o agente (CP, art. 2º, parágrafo único).

Tem aplicação ainda o princípio da jurisdicionalização da medida de segurança, que só é aplicável, como a pena, por meio de providência jurisdicional.

A medida de segurança deverá também executar sua função de prevenção específica, curando ou procurando curar o inimputável. De acordo com sua origem histórica, com a própria ratio e a tradição do instituto, a medida de segurança não objetiva punir o agente, mas prevenir a reincidência.

O quarto princípio a ser atendido pela medida de segurança é tutelar a dignidade humana. Para tanto, foram assegurados ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (LEP, art. 3º).

Foram assegurados ao internado ainda outros direitos, como a contratação de médico de confiança pessoal de familiares ou dependentes, sendo resolvidas as possíveis divergências entre o médico oficial e o particular pelo juiz da execução (LEP, art. 43 e parágrafo único) (Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p. 294).

Em que pese a tendência antimanicomial da política nacional de saúde mental, o entendimento da doutrina é de que a Lei 10.216/2001, dispondo sobre a proteção e os direitos das pessoas portadores de transtornos mentais e redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, tem caráter precipuamente cível, sendo aplicável aos casos de portadores de transtorno mental em conflito com a lei somente de forma subsidiária às disposições penais e processuais penais:

A Lei 10.216/2001 não revogou, nem modificou o disposto no Código Penal, no tocante aos inimputáveis (ou semi-imputáveis), autores do injusto penal, que recebem medida de segurança. Em primeiro lugar, a mencionada Lei tem caráter civil - e não penal. Destina-se a regular as internações voluntárias, involuntárias e judiciais no âmbito cível. Em segundo, os direitos expostos nessa Lei são perfeitamente compatíveis com o escopo da Lei de Execução Penal. Quer-se a cura da pessoa sujeita à medida de segurança, devendo-se respeitar os seus direitos como paciente em tratamento, seja internado ou em liberdade. Por outro lado, atualmente, a imposição de internação ou tratamento ambulatorial tem obedecido o critério médico e não somente o texto legal do art. 97 deste Código. Em suma, a Lei 10.216/2001 concorre com o cenário das medidas de segurança, previstas e disciplinadas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, não havendo colidência, mas simples composição de seus dispositivos (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 635).

Não é demais lembrar que, uma vez assentada a necessidade de aplicação da medida de segurança, as alternativas são a internação ou o tratamento ambulatorial. O critério definidor refere-se ao tipo de punição: se o delito é punido com detenção, mostra-se pertinente o tratamento ambulatorial (CP, art. 97); se punido com reclusão, a internação seria o caminho mais viável.

Com essas balizas aplicadas ao caso concreto, por mais que a condição de usuário ou dependente químico não seja algo incomum em processos que tratam dos crimes abrangidos pela Lei 11.343/2006, tampouco constitua circunstância que, por si só, seja capaz de arredar a tipicidade do delito de tráfico de drogas, o presente processo contém ingredientes que demandam uma solução peculiar, pelo menos no que se refere ao tratamento a ser dado ao condenado.

Não se quer invalidar a função repressiva e a resposta estatal aguardada tanto pela sociedade como pelo próprio agente que cometeu a infração penal, tampouco há intenção de desconsiderar os efeitos pedagógico e ressocializador da pena a fim de ensejar a fuga do sistema carcerário aos que eventualmente necessitem de tratamento curativo.

O delito de tráfico de drogas é dotado de gravidade e em seus bastidores geralmente há uma série de outros crimes que o fomentam, todavia, em situações como a dos presentes autos, em que a dependência química comprovada é de longa data e capaz de configurar o quadro de imputabilidade diminuída, a gravidade do crime deve ser sopesada com a periculosidade que o agente representa para o meio social, a fim de que, equacionados esses valores, seja possível dar a melhor reposta jurisdicional.

Não são poucos os casos em que, na ânsia de satisfazer o vício, o dependente está disposto a cometer um sem-número de crimes, inclusive mais graves (a exemplo do roubo, latrocínio,

homicídio), porque, em razão de múltiplos fatores, a exemplo da vulnerabilidade social e/ou desestrutura familiar, não vê barreiras físicas e morais para a realização de seu propósito que culmina no alcance do bem maior que, para ele, é a droga, e não a vida.

No caso, essa reflexão encontra base concreta, porque, além das várias tentativas para recuperação da saúde psicológica do agente, nenhuma delas resultou exitosa, tampouco a prisão em flagrante ocorrida teve o condão de fazê-lo refletir sobre seus atos, tanto que, uma vez solto, foi preso novamente em “ponto de venda” com pedras de *crack* escondidas em sua boca.

A reflexão íntima que era esperada do ora recorrente em virtude da prisão primitiva não ocorreu, justamente porque o cárcere não lhe dará a resposta suficiente, nem mesmo solucionará um problema que é mais de ordem psíquica/patológica do que moral.

Ainda que na unidade prisional haja a possibilidade da ministração dos medicamentos necessários ao controle da patologia e diminuição dos efeitos da abstinência, uma vez obtida a liberdade, o apenado, muito provavelmente, tornará a encontrar os mesmos estímulos de antes para facilitar sua recaída e daí reiniciar o ciclo vicioso de uma prisão sem grades, tal como verificado neste processo.

Abre-se o parêntese para consignar que a falta de inteireza quanto à capacidade de entendimento a respeito do caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento verificada na semi-imputabilidade, muito embora decorra de uma dependência química ostentada por pessoa adulta, não se aparta do raciocínio que é feito para o tratamento dado ao adolescente que reiteradamente comete atos infracionais. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do menor infrator não se distancia da particularidade daquele que possui imputabilidade diminuída em razão da drogadição e necessita da recomposição de sua saúde mental para retomar sua inteira capacidade de discernir. Tanto na seara da Infância e Juventude quanto nesta seara Penal, respeitadas as devidas proporções e autonomias de cada área, à luz do clássico princípio “ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio” (onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra de direito), a medida de internação busca prestigiar os seus efeitos protetivo e ressocializador, retirando o indivíduo do contexto que abala a (re)construção de sua imputabilidade. Fecha-se o parêntese.

É com esse espírito que o presente caso revela a necessidade de impor a medida de segurança consistente na internação ao agente com imputabilidade diminuída, em especial porque não só o laudo pericial permite essa conclusão como do seu conteúdo se extrai a condição para a imposição imediata da medida mais grave, ou seja, o agente não se submeteu a tratamento medicamentoso, voltou a fazer uso de entorpecentes e tornou a cometer o mesmo delito.

Desse modo, porque comprovada a necessidade de impor ao recorrente especial tratamento curativo (CP, art. 98), não só para atender a prevenção específica concernente ao instituto da medida de segurança mas igualmente para estancar a periculosidade que o indivíduo, por ora, representa para ele próprio e para o meio social, é imperiosa a internação requerida.

No que se refere ao prazo da internação, como a medida de segurança têm propósitos curativo

e terapêutico, o legislador estipulou somente o período mínimo de 1 a 3 anos, de modo que a sanção deveria perdurar até cessação da periculosidade do agente (art. 97, § 1º).

Entretanto, essa indeterminação da duração da medida acarretou discussões doutrinárias e jurisprudenciais, pois a ausência de prazo é incompatível com o disposto no art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal que veda a sanção de caráter perpétuo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal compreendia que o prazo máximo deveria ser o de 30 anos, tal como previsto no art. 75 do Código Penal em relação à pena privativa de liberdade (HC 84219, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 16/8/2005).

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça adota posicionamento no sentido de que a medida de segurança não pode suplantar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo inimputável ou semi-imputável sujeito àquela medida. Nesse sentido, em maio de 2015 aprovou o verbete da súmula 527, assentando que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. O STF não voltou a se manifestar a respeito.

Assim, tendo em vista o disposto no art. 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal, bem como o caráter de sanção penal que reveste as medidas de segurança, tem-se que é viável impor a internação pelo prazo equivalente ao máximo da sanção abstratamente cominada ao crime perpetrado, ou seja, 15 anos, exatamente nos termos postulados pela defesa.

Deve ser observado, no entanto, o prazo mínimo de 2 anos para avaliação médica acerca de eventual término do quadro de periculosidade do agente (CP, art. 97, § 1º, parte final), que se mostra razoável e proporcional para o presente caso, tanto pelo largo espaço de tempo que a dependência química perdura (desde os 11 anos de idade, atualmente o apelante conta 23 anos), quanto pela quantidade da reprimenda imposta na sentença (2 anos e 6 meses de reclusão).

A esse respeito, a doutrina elucida:

A sentença que aplica medida de segurança deve, obrigatoriamente, fixar o prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, entre um a três anos, nos termos do art. 97, § 1º, in fine, do Código Penal. O prazo mínimo se destina à realização do exame de cessação da periculosidade. [...] Ao término do prazo mínimo de duração da medida de segurança, será averiguada a cessação da periculosidade, pelo exame das condições pessoais do agente. [...] Excepcionalmente, o juiz pode determinar a antecipação do exame de cessação da periculosidade, embora não decorrido o período mínimo de duração da medida de segurança, atendendo a pedido fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor (LEP, art. 176). Ainda que não previsto em lei, entende-se que o juiz pode também, de ofício, ordenar antecipadamente a realização do exame, quando tiver ciência de fato relevante capaz de justificar sua atuação” (MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral - vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 923 e 926).

Aplicada, então, a medida de segurança consistente na internação com duração de 15 anos,

observado o prazo mínimo de 2 anos para fins de reavaliação, as providências para execução da sanção estabelecida competem ao Juízo da Execução (Lei 7.210/1984, art. 66, V, “f”, c/c art. 175 e seguintes).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte para impor a medida de segurança consistente em internação com duração de 15 anos, observado o prazo mínimo de 2 anos, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **CARLOS ALBERTO CIVINSKI, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2566364v49** e do código CRC **c8c5c89b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Data e Hora: 22/8/2022, às 19:40:58

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0003088-06.2019.8.24.0012/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO SARTORATO

APELANTE: LUIS CARLOS ALMEIDA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO/DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO, DURANTE O REPOUSO NOTURNO (ART. 155, § 1º E § 4º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA PLENAMENTE DEMONSTRADAS. RELATOS DE TESTEMUNHA E DA VÍTIMA, ALIADOS AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA DO FURTO. ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE DESTRUIÇÃO/ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NÃO ACOLHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS, À LUZ DO LAUDO PERICIAL INDIRETO E DA PROVA ORAL. DOSIMETRIA. NECESSIDADE DE MIGRAÇÃO, *EX OFFICIO*, DA CIRCUNSTÂNCIA DE REPOUSO NOTURNO À PRIMEIRA ETAPA DE CÁLCULO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. NOVEL ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A QUALIFICADORA E A MAJORANTE DE REPOUSO NOTURNO. READEQUAÇÃO DA PENA. POR FIM, PRETENSÃO DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA CUJO EXAME INCUMBE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELA MAGISTRADA *A QUO*. PEDIDO NÃO CONHECIDO, NO PONTO. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E DESPROVIDO.

1. Se a materialidade e a autoria delitivas restam plenamente demonstradas pelos elementos de prova constantes do caderno processual, revela-se correta a decisão condenatória e, via de consequência, impossível a absolvição do acusado.
2. Mostra-se impossível o afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, quando os elementos constantes dos autos demonstram, com segurança, que a subtração das *res furtiva* ocorreu mediante o rompimento/destruição de obstáculo.
3. O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, quando do julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.888.756, 1.890.981 e 1.891.007, representativos do Tema 1.087, modificou sua jurisprudência, concluindo que a figura do furto qualificado é incompatível com a majorante referente ao repouso noturno.
4. Incabível o conhecimento, neste grau de jurisdição, de pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita não analisado em primeiro grau, por ser matéria cuja análise incumbe ao juízo *a quo*.

ACÓRDÃO

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

parcialmente do recurso e negar-lhe provimento, e, de ofício, excluir da terceira fase do cálculo dosimétrico, a causa de aumento do repouso noturno (art. 155, § 1º, do Código Penal), migrando-a à primeira fase como circunstância judicial negativa, readequando a reprimenda do acusado para 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa, mantidas as demais disposições constantes da sentença, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de agosto de 2022.

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público, com base no incluso Inquérito Policial, ofereceu denúncia em face de Luis Carlos de Almeida, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso na sanção do art. 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal, por conta do seguinte fato narrado na denúncia (Evento 18 dos autos da ação penal):

No dia 20 de maio de 2017, por volta das 22h05min, portanto, durante o repouso noturno, na residência particular localizada na Rua Bernardina Gonçalves Lopes, nº 351, Bairro Bom Sucesso, nesta cidade e comarca de Caçador/SC, o denunciado **LUIZ CARLOS DE ALMEIDA**, com o objetivo de assenhoreamento de patrimônio alheio, após quebrar uma janela com grade existente no local¹, subtraiu para si ou para outrem 1 (um) receptor de TV da operadora OI, avaliado em R\$395,00 (trezentos e noventa e cinco reais)², de propriedade de Nery Cordeiro de Almeida.

Encerrada a instrução processual, a MMA. Juíza *a quo*, em audiência, julgou procedente a denúncia, a fim de condenar o acusado pela prática do crime previsto no art. 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal, imputando-lhe pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal (Evento 87 dos autos da ação penal).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação criminal, por termo nos autos (Evento 94 dos autos da ação penal). Em suas razões de insurgência, apresentadas por intermédio da Defensoria Pública do Estado, pugna pela absolvição, sob a tese de insuficiência probatória e, subsidiariamente, pelo afastamento da qualificadora de destruição de obstáculo, com a desclassificação do crime para furto simples. Por fim, pleiteia a concessão da justiça gratuita ou, então, o sobrestamento da exigibilidade das custas pelo prazo de cinco anos (Evento 95 dos autos da ação penal).

O representante do Ministério Público, em contrarrazões, requereu o conhecimento e parcial provimento do apelo defensivo, tão somente no tocante ao pedido de concessão da gratuidade da justiça (Evento 101 dos autos da ação penal).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Exmo. Dr. Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese, opinado pelo conhecimento e desprovimento do apelo (Evento 8).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto em face de sentença que, ao julgar procedente a denúncia, condenou o acusado Luis Carlos Almeida pela prática da infração tipificada no art. 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido (em que pese parcialmente, conforme se verificará adiante), passando-se à análise de seu objeto.

I - Do pleito absolutório

Almejando a absolvição do acusado, argumenta a defesa que os elementos de prova amealhados seriam insuficientes à prolação do decreto condenatório.

Após detida análise dos autos, no entanto, vejo que descabido tal requerimento.

Segundo consta na denúncia, na data de 20/05/2017, por volta das 22h05min, durante repouso noturno, na cidade de Caçador/SC, o acusado subtraiu para si ou para outrem um receptor de televisão, avaliado em R\$ 395,00 (trezentos e noventa e cinco reais), de propriedade da vítima Nery Cordeiro de Almeida, mediante destruição de obstáculo à subtração da coisa, consistente em uma janela, a qual teria sido quebrada pelo acusado.

O fato criminoso acima narrado encontra-se devidamente demonstrado nos autos, estando tanto a materialidade como a autoria delitivas sobejamente comprovadas pelas provas disponíveis no inquérito policial, assim como na presente ação penal. São elas, a propósito, o boletim de ocorrência, o auto de avaliação indireta (Evento 1, inquérito 4/5 e 42/43, respectivamente, dos autos da ação penal), o laudo pericial e as imagens que o acompanham (Evento 12 dos autos da ação penal), bem como os depoimentos amealhados no decorrer de ambas as etapas procedimentais, cujos teores se complementam.

A vítima Nery Cordeiro de Almeida, ouvida em juízo, relatou que o acusado foi criado por seu irmão; que na data dos fatos não estava em sua residência, mas quando retornou percebeu que a janela estava quebrada e deu falta de um receptor de televisão; que a televisão ficava próxima à janela; que seu vizinho Odair (apelido Cassol) presenciou o crime; que o acusado já havia quebrado a janela de sua residência em outra oportunidade, furtando roupas e calçados; que o acusado é viciado em drogas e furtou o bem para vender e comprar entorpecentes; que no dia seguinte

encontrou o receptor do outro lado da rua, pois possivelmente não foi conseguido venda para o item (Evento 87, vídeo 2, dos autos da ação penal).

A testemunha Odair Antônio Cassol, na fase judicial, esclareceu que na data dos fatos estava trabalhando nas proximidades da residência subtraída; que no terreno há três residências; que o acusado saiu da casa dos fundos e dirigiu-se até a casa da frente; que o depoente então ouviu um barulho de vidro quebrando; que ficou monitorando o acusado, pois já tem conhecimento “do costume dele”; que na sequência chegou um veículo e o acusado entregou um objeto para a pessoa que estava no automóvel; que o acusado não entrou na residência, pois pegou o receptor de televisão pela janela (Evento 87, vídeo 2, dos autos da ação penal).

Na fase inquisitiva, por sua vez, além de narrar os fatos de modo semelhante, referida testemunha acrescentou que o acusado corriqueiramente comete furtos nas casas de parentes residentes no mesmo terreno, assim como na residência de vizinhos (Evento 1, inquérito 14/15, dos autos da ação penal).

O policial militar Dionei Ribeiro de Oliveira, inquirido na etapa judicial, confirmando o exposto na fase inquisitiva (Evento 1, inquérito 10/11, dos autos da ação penal), relatou que sua guarnição foi acionada para atender a uma ocorrência de furto; que ao chegarem ao local, conversaram com o Sr. Odair, o qual afirmou que visualizou o acusado deslocando-se à lateral da casa, ouvindo em seguida um barulho de vidro se quebrando; que o Sr. Odair teria presenciado o acusado saindo do local e indo até a frente da residência, na posse de algum objeto, o qual foi entregue para uma pessoa que estava dentro de um veículo; que posteriormente a guarnição localizou o acusado em sua residência, a qual se localizava próxima à residência subtraída; que houve rompimento de obstáculo para acesso ao item subtraído, pois a janela foi quebrada; que o crime ocorreu durante o repouso noturno (Evento 87, vídeo 2, dos autos da ação penal).

O agente público Luiz Carlos Soares da Silveira, nas duas oportunidades em que foi ouvido, prestou declarações semelhantes as de seu colega de farda (Evento 87, vídeo 2, e Evento 1, inquérito 12, ambos dos autos da ação penal).

A testemunha Nercy Cordeiro de Almeida, ouvida somente na fase inquisitiva, informou que é tia do acusado e que reside com este; que na data dos fatos, por volta das 22h, o acusado estava em casa com a depoente e seu esposo; que a depoente em seguida foi dormir, ficando o acusado na sala na companhia de seu esposo; que após ter ido dormir, não sabe informar se o acusado teria permanecido na residência (Evento 1, inquérito 17, dos autos da ação penal).

A testemunha Odirlei Fernandes, também ouvido apenas na delegacia de polícia, esclareceu que é esposo da Sra. Nercy; que na data dos fatos, por volta das 22h, sua esposa foi dormir, enquanto o depoente ficou na sala com o acusado assistindo televisão; que por volta da meia-noite, o acusado saiu da residência, não informando onde estava indo; que por volta das 00h15min, o acusado retornou à residência, sem nada mencionar; que alguns minutos depois, os policiais militares chegaram procurando o acusado (Evento 1, inquérito 18, dos autos da ação penal).

O acusado, na etapa extrajudicial, optou por exercer seu direito constitucional ao silêncio (Evento 1, inquérito 22, dos autos da ação penal).

Em juízo, a seu turno, o acusado não foi localizado para intimação acerca da audiência instrutória, motivo pelo qual teve sua revelia decretada (Evento 87, termo de audiência 1, dos autos da ação penal).

Pois bem.

Diante dos elementos de convicção angariados no curso do feito, entende-se que inarredável a prolação de decreto condenatório em desfavor do réu, porquanto devidamente comprovada a prática de furto qualificado, cuja autoria indiscutivelmente recai sobre o acusado.

Afinal, caminham nesse sentido a prova oral colhida em ambas as etapas processuais, notadamente o relato firme e coerente da testemunha Odair Antônio Cassol, a qual visualizou o acusado dirigindo-se à lateral da residência da vítima na data dos fatos, ouvindo logo em seguida um barulho de vidro se quebrando, bem como presenciando o acusado entregando um objeto a um veículo que parou próximo à residência - em total consonância ao fato narrado na denúncia.

Conferindo solidez ao referido relato, a vítima Nery Cordeiro de Almeida informou que ao chegar na residência após a ocorrência do crime, percebeu que a janela estava quebrada e deu falta de um receptor de televisão, informando, ainda, que a televisão ficava próxima à janela, circunstância esta que explica como o acusado logrou êxito na subtração, mesmo com a janela sendo gradeada.

Outrossim, destaque-se que a vítima salientou que o acusado já havia furtado sua residência em outra oportunidade, bem como a testemunha Odair Antônio Cassol informou que o acusado corriqueiramente comete furtos nas casas de parentes e vizinhos.

É assente o entendimento de que «[...] *Nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados de forma clandestina, a palavra da vítima, quando corroborada pelos demais meios de prova, é suficiente para ensejar a condenação do acusado*». (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.071467-0, de Lages, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 26/02/2013).

Referida conclusão encontra arrimo, ainda, nos depoimentos prestados pelos agentes públicos, os quais informaram as versões apresentadas pela vítima e pela testemunha, permitindo atestar que os relatos foram coerentes desde o atendimento da ocorrência.

Por fim, ressalto que as versões apresentadas por Nercy Cordeiro de Almeida e Odirlei Fernandes não foram confirmadas sob o crivo do contraditório, sendo, ademais, incapazes de afastar a autoria delitiva, porquanto não comprovam que o acusado não cometeu o crime naquela noite.

Em síntese, demonstrou-se nos autos que o acusado dirigiu-se à casa da vítima, localizada no mesmo terreno de sua residência, quebrou o vidro de uma das janelas, de modo a alcançar o receptor da televisão sem a necessidade de adentrar na residência, vindo a subtraí-lo.

Mantém-se, assim, o decreto condenatório.

II - Do pedido de afastamento da qualificadora de destruição de obstáculo à subtração da coisa

Subsidiariamente, a defesa pretende o afastamento da qualificadora de destruição de obstáculo à subtração, sob a tese de necessidade de produção de prova pericial para atestar tal circunstância, a qual foi realizada, in casu, apenas de forma indireta, por meio de fotografias.

Entretanto, à luz do conjunto probatório constante nos autos, entendo que o Juízo *a quo* agiu com acerto ao aplicar a referida qualificadora.

A vítima Nery Cordeiro de Almeida ressaltou que o furto ocorreu mediante a quebra de uma das janelas de sua residência, permitindo, assim, o acesso do acusado ao receptor de televisão localizado próximo à janela.

A testemunha Odair Antônio Cassol, por sua vez, confirmando a presença da referida qualificadora, ressaltou que após visualizar o acusado na lateral da residência subtraída, ouviu o barulho de vidro sendo quebrado.

Para que não restem dúvidas, o laudo pericial produzido em juízo a partir das fotografias do local do crime, constatou que um dos vidros da janela apresentava-se parcialmente quebrado (Evento 12 dos autos da ação penal).

A despeito do alegado pela defesa, ressalta-se que este Tribunal tem se posicionado no sentido de que para o reconhecimento da qualificadora do arrombamento nem sequer se faz necessário o exame pericial, desde que outros elementos de prova, ainda que meramente testemunhais, sejam capazes de demonstrá-la.

Sobre o assunto elucida Fernando Capez:

O STJ tem admitido que a prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador. II. Na hipótese, a condenação pelo crime de furto, qualificado pelo rompimento de obstáculo, se deu com base em outros elementos dos autos que não o laudo pericial elaborado por pessoas tidas como inabilitadas. (Curso de direito penal: parte especial, Vol. II, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 393).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência desta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (CP, ART. 155, § 4º, I). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE SIMPLES. QUALIFICADORA EM RAZÃO DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PROVA TESTEMUNHAL SEGURA QUE DEMONSTROU O ARROMBAMENTO. QUALIFICADORA MANTIDA. [...] - **Não obstante a ausência de laudo pericial, havendo prova segura para comprovar o rompimento de obstáculo, é inviável o afastamento da qualificadora prevista no inciso I do § 4º do**

artigo 155 do Código Penal. [...]. (Apelação Criminal n. 0133311-55.2013.8.24.0045, de Palhoça, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 13/06/2019). (Grifo não original).

Assim, como no presente caso a destruição de obstáculo à subtração da coisa encontra arrimo na prova oral colhida no processo, assim como no laudo pericial indireto produzido em juízo, justifica-se a incidência do § 4º, inciso I, do art. 155 do Código Penal.

III - Da necessidade de migração, ex officio, do repouso noturno à primeira fase dosimétrica

Inobstante a defesa não formule pleitos relacionados à dosimetria da pena ou à majorante de repouso noturno, necessário retificar o cálculo dosimétrico realizado sentencialmente, de modo a migrar o repouso noturno à terceira etapa de cálculo, de ofício.

Este Relator, na esteira da jurisprudência dominante desta Corte de Justiça e dos Tribunais Superiores, vinha entendendo pela compatibilidade da causa de aumento do repouso noturno com a forma qualificada do delito, por se tratarem de circunstâncias objetivas, cuja coexistência se afigura perfeitamente possível.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, quando do julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.888.756, 1.890.981 e 1.891.007, representativos do Tema 1.087, publicado em 27/06/2022, modificou sua jurisprudência, concluindo que a figura do furto qualificado é incompatível com a majorante referente ao repouso noturno. Em contrapartida, entendeu-se que se a prática do crime no período noturno trazer maior gravidade concreta ao delito, caberá ao julgador, no exercício de sua discricionariedade, considerá-lo como elemento a sopesar a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime, na primeira fase da dosimetria da pena.

Sendo assim, em conformidade com o mais moderno entendimento adotado, diante da incompatibilidade entre a modalidade qualificada do furto e a majorante do repouso noturno, deve-se excluir o recrudescimento oriundo do reconhecimento da referida causa de aumento, da terceira etapa dosimétrica.

Registra-se, todavia, que não obstante a exclusão da referida majorante, possível a sua migração, *ex officio*, para a primeira fase do cômputo dosimétrico, lá valorada a título da circunstância judicial referente às circunstâncias delitivas - desde que não acarrete *reformatio in pejus*, isto é, desde que sua incidência não conduza a pena a um patamar superior àquele previamente adotado.

Em conclusão, afasto a majorante do repouso noturno, migrando-a à primeira fase dosimétrica, motivo pelo qual necessária a readequação do *quantum* de pena aplicado.

Na primeira fase, ausentes circunstâncias valoradas negativamente na sentença, exaspero a pena-base em 1/6 (um sexto) em razão da migração do repouso noturno, totalizando 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 11 (onze) dias-multa.

Na etapa intermediária, ausentes atenuantes e presente a agravante genérica da reincidência,

no patamar de 1/6 (um sexto), fixo a pena em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa.

No ponto, esclarece-se que a pena de multa, conforme o mais moderno entendimento sufragado por este Sodalício, também deve sofrer alterações na etapa intermediária da dosimetria, conforme também aplicado sentencialmente, em atenção ao chamado critério trifásico, abandonando-se o critério bifásico anteriormente esposado, de forma a uniformizar a jurisprudência.

Na terceira etapa do cálculo, inexistentes causas de diminuição e aumento de pena, a reprimenda torna-se definitiva em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa.

Em que pese a alteração sofrida no *quantum* de pena, não há falar em modificação de regime prisional, sendo a modalidade semiaberta adequada à reincidência do réu e à presença de circunstância judicial negativa (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

De igual modo, incabível a substituição de pena por restritivas de direitos, porquanto não presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

IV - Da gratuidade da justiça

Quanto ao pedido de justiça gratuita formulado pela defesa em razões recursais, tem-se que não merece conhecimento, pois a apreciação da matéria em questão incumbe ao juízo de primeiro grau, não tendo sido analisada pelo Juízo a quo a aventada hipossuficiência da parte, impedindo o conhecimento da matéria neste grau recursal.

Colhe-se da jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO (CP, ART. 171, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS (JUSTIÇA GRATUITA). COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO. [...]. - O Juízo de primeiro grau é o competente para conhecer do pedido de isenção das custas processuais. [...]. (TJSC - Apelação Criminal n. 0002236-32.2014.8.24.0052, de Porto União, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 31/01/2019).

Assim, não se conhece do pleito recursal nesse específico ponto.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento, e, de ofício, excluir da terceira fase do cálculo dosimétrico, a causa de aumento do repouso noturno (art. 155, § 1º, do Código Penal), migrando-a à primeira fase como circunstância judicial negativa, readequando a reprimenda do acusado para 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa, mantidas as demais disposições constantes da sentença, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **PAULO ROBERTO SARTORATO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2549150v33** e do código CRC **c6e94a86**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): PAULO ROBERTO SARTORATO

Data e Hora: 25/8/2022, às 19:37:11

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5013560-55.2022.8.24.0018/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

AGRAVANTE: CARLOS ROBSON PEDROSO (AGRAVANTE)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, PARA FINS DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO CORRESPONDENTE A 1/6 PARA PROGRESSÃO DE REGIME. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ARGUMENTO DE QUE O APENADO FAZ JUS AO PATAMAR MAIS BRANDO, PORQUANTO AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) TERIAM AFASTADO A HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. INSUBSISTÊNCIA. NATUREZA EQUIPARADA À HEDIONDA DO CRIME QUE DECORRE DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. INCLUSIVE, RESSALVA PREVISTA NO §5º, DO ART. 112, DA LEP, QUE TAMBÉM APONTA PARA A HEDIONDEZ DA FIGURA DO “CAPUT”, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. PRECEDENTES. DECISÃO QUE NÃO MERECE REFORMA.

TODAVIA, DE OFÍCIO, DETERMINA-SE A RETIFICAÇÃO NO RELATÓRIO DA SITUAÇÃO PROCESSUAL EXECUTÓRIA ACOSTADO AO SEEU, PARA READEQUAR A FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) PARA 2/5 (DOIS QUINTOS), NO TOCANTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, EIS QUE REINCIDENTE GENÉRICO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“O crime de tráfico de drogas é, por força de previsão constitucional e legal, equiparado a hediondo, e o requisito objetivo para a progressão de regime referente a delito dessa natureza, quando se tratar de condenado primário ou não reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados sem resultado morte, é de 40% da pena, nos termos do art. 112, caput, V, da Lei de Execução Penal. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 5004564-41.2021.8.24.0006, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 09-11-2021).

ACÓRDÃO

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, 19 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Agravo de Execução Penal interposto pelo apenado Carlos Robson Pedroso, inconformado com a decisão exarada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Chapecó que, nos autos do PEC n. 0001071-41.2018.8.24.0235, indeferiu pedido de afastamento da equiparação da hediondez do tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06), para fins de progressão de regime.

Em suas razões, sustentou a defesa, em síntese, que tendo em vista o advento da Lei n. 13.964/2019, que revogou o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, o tráfico de drogas não mais constou expressamente no rol de delitos equiparados hediondos, não havendo mais nenhum outro dispositivo de lei que o trate como hediondo.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar a decisão, para que seja deferida a aplicação retroativa da lei posterior mais benéfica ao apenado, com o consequente afastamento da hediondez por equiparação do crime de tráfico de drogas, condicionando-se a progressão de regime ao cumprimento de 1/6 da pena (evento n. 1).

O Órgão Ministerial pugnou pelo conhecimento e não acolhimento do recurso (evento n. 11).

O Juízo de origem manteve a decisão (evento n. 5).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Sra. Procurador Dr. Genivaldo da Silva, a qual opinou pelo conhecimento e pelo provimento parcial do presente recurso, no sentido de modificar para 40% (quarenta por cento) o percentual a ser incidido sobre a pena a ser cumprida pelo agravante quanto ao delito considerado hediondo ou equiparado (tráfico de drogas), para fins de progressão de regime. (evento n. 10 dos autos segundo grau).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de Recurso de Agravo de Execução Penal interposto pelo apenado Carlos Robson Pedroso, inconformado com a decisão exarada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Chapecó que, nos autos do PEC n. 0001071-41.2018.8.24.0235, indeferiu pedido de afastamento da equiparação da hediondez do tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06), para fins de progressão de regime.

1 - Da admissibilidade

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

2 - Do mérito

A defesa pugna pelo afastamento da hediondez do ilícito, sob o argumento de que a Lei n. 13.964/2019 revogou o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, que, segundo sustenta, equiparava o crime em discussão a hediondo. Argumenta, assim, que, inexistindo previsão legal que elenque o ilícito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 nessa categoria, deve ser afastada a equiparação, com o cálculo da progressão de regime prisional considerando a fração prevista para os delitos comuns, qual seja 1/6 (um sexto).

De pronto, razão não lhe assiste. Explico.

Inicialmente, extrai-se dos autos que o apenado foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada somada em 13 (treze) anos, 10 (dez) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, e do crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06. (seq. n. 10.1 - SEEU),

Após analisar o pedido de progressão de regime e aplicação do percentual de 1/6 (um sexto) para fins de progressão de regime, em razão do afastamento da equiparação da hediondez do tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), o Juízo da Execução indeferiu o pleito. (seq. n.54.1 do SEEU).

Pois bem.

Sabe-se que a progressão de regime da pena privativa de liberdade permite a transferência do reeducando para um regime menos gravoso, a fim de que possa atestar o seu senso de responsabilidade e aptidão à vida em liberdade, porquanto a finalidade da Lei de Execução Penal é a ressocialização.

Sobre referido benefício, o art. 112 da Lei de Execução Penal (com redação anterior à Lei n. 13.964/2019), dispunha que:

“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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1o A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2o Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.»

Consoante a Lei 8.072/1990, também anterior à Lei n. 13.964/2019, no caso de condenados por crimes hediondos ou equiparados, previa patamares mais rigorosos para a concessão da progressão de regime, conforme art. 2º, § 2º, o qual dispunha que: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos 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”.

Todavia, sobreveio a nova redação dada pela Lei n. 13.964/2019, a chamada Lei do Pacote Anticrime, especificamente, quanto à alteração do art. 112 da Lei n. 7.270/44, a qual revogou as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, ao dispor acerca do prazo para progressão de regime em crimes hediondos ou assim considerados, que assim determina:

“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)

VIII - 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.”

Acerca do assunto, impende referendar que, não obstante a defesa alegue que a novel legislação afastou a hediondez do crime de tráfico de drogas e, em decorrência disso, deveria ser fixada a fração para progressão de regime relativa a crimes comuns, o argumento não prospera.

Destaca-se que apenas no caso do tráfico de drogas no qual incide a causa de diminuição de pena, por se tratar de agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), é que se tem afastado a equiparação a hediondo, conforme já decidido pelo STF (HC 118.533/MS, j, 23-6-2016) e pelo STJ (AgRg no HC 455.227/SP, 13-11-2018).

Inclusive, a matéria objeto da presente insurgência já foi recentemente enfrentada - e rejeitada - por esta Corte, em 9.11.2021, no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 5004564-41.2021.8.24.0006, cujo relator foi o eminente Desembargador Sérgio Rizelo.

Da ementa do acórdão, extrai-se:

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERE RETIFICAÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO DA PROGRESSÃO DE REGIME. RECURSO DO APENADO. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT). HEDIONDEZ EQUIPARADA (CF, ART. 5º, XLIII; LEI 8.072/90, ART. 2º, CAPUT). PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. PRIMARIEDADE. 40% DA PENA (LEI 8.072/90, ART. 112, CAPUT, V). O crime de tráfico de drogas é, por força de previsão constitucional e legal, equiparado a hediondo, e o requisito objetivo para a progressão de regime referente a delito dessa natureza, quando se tratar de condenado primário ou não reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados sem resultado morte, é de 40% da pena, nos termos do art. 112, caput, V, da Lei de Execução Penal. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Do corpo do acórdão colhe-se a seguinte fundamentação, a qual adoto em complemento à razão de decidir:

“A afirmação de que a Lei 13.964/19 afastou a hediondez equiparada do crime de tráfico de drogas e que, assim, a progressão para este delito seria na mesma porcentagem dos crimes comuns é evidentemente equivocada.

Aliás, se assim tivesse ocorrido, seria o caso de arguir ao Órgão Especial deste Tribunal a inconstitucionalidade da norma, uma vez que o crime de tráfico de drogas é equiparado aos hediondos por força do disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição da República: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

A Lei 8.072/90 estabelece, em seu intocado art. 2º, caput, que “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de” “anistia, graça e indulto” (inciso I) e “fiança” (inciso II).

O crime de tráfico de drogas é, inegavelmente, equiparado a hediondo.

Guilherme de Souza Nucci ensina:

Figuras equiparadas aos delitos hediondos: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo somente não são considerados hediondos - embora sejam igualmente graves e repugnantes - porque o constituinte, ao elaborar o art. 5.º, XLIII, CF, optou por mencioná-los expressamente como delitos insuscetíveis de fiança, graça e anistia, abrindo ao legislador ordinário a possibilidade de fixar uma lista de crimes hediondos, que teriam o mesmo tratamento. Assim, essas três modalidades de infrações penais são, na essência, tão ou mais hediondas que os crimes descritos no rol do art. 1.º da Lei 8.072/90 (Leis penais e processuais penais comentadas. v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 534).

Em 23.1.20, entrou em vigor a Lei 13.964/19, que expressamente revogou o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (art. 19) e fixou novos percentuais para a progressão de regime na Lei de Execução Penal, a qual passou a centralizar a matéria. A exigência de maiores percentuais para a progressão quando a condenação decorrer da prática de

crime hediondo ou equiparado, no entanto, persiste, e o art. 112, caput, I e V, da Lei de Execução Penal traz exatamente a situação do Agravante: “16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça” mais “40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário”.

Assim, com relação à pena do crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, o requisito objetivo da progressão de regime é, conforme reconhecido na decisão resistida, de 40%, na linha do que orienta o Superior Tribunal de Justiça: No caso, como a situação atual do ora agravado (sentenciado pelo delito de tráfico de drogas, tendo sido reconhecida sua reincidência devido a condenações definitivas anteriores pela prática de crimes comuns) não se ajusta expressamente a nenhuma das hipóteses da nova redação do referido art. 112, não há como aplicar de forma extensiva e prejudicial ao ora o percentual de 60%. Ante a omissão legislativa e o uso da analogia in bonam partem, é aplicável o percentual de 40%, previsto no inciso V (AgRg no HC 653.114, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28.9.21).

Com esses fundamentos, verificada que a condenação fiscalizada corresponde ao crime de tráfico de drogas, reconhecida a reincidência genérica, inviável a aplicação da fração 1/5, ou 20% da pena, para progressão de regime no atual cenário da Lei n. 13.964/2019.”

Por conseguinte, **de ofício, determina-se a retificação no relatório de situação processual executória disponibilizado no SEEU, sequência n. 10.1, para que conste a fração correspondente a 40% (quarenta por cento), para o crime de tráfico de drogas, eis que reincidente genérico.**

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2409810v7** e do código CRC **fe141c43**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

Data e Hora: 20/7/2022, às 16:11:25

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5022173-64.2022.8.24.0018/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO RIZELO

AGRAVANTE: TAMIRES ROBERTA GOMES (AGRAVANTE)

ADVOGADO: THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS (DPE)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERE PRISÃO DOMICILIAR. RECURSO DA ACUSADA.

RECOLHIMENTO DOMICILIAR. FILHO MENOR (LEP, ART. 117, III). IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA. VULNERABILIDADE SOCIAL. ESTUDO SOCIAL. CRIME VIOLENTO.

Em se tratando de condenação definitiva, a maternidade de crianças e adolescentes não constitui direito subjetivo e automático à concessão da prisão domiciliar, sendo esta inviável quando a apenada cumpre pena por crime de tentativa de latrocínio, no qual a vítima foi alvejada por cinco disparos de arma de fogo, e o estudo social realizado demonstra que os menores de idade estão amparados pela avó e pela tia maternas, não estando demonstrada a imprescindibilidade da reeducanda aos cuidados deles, situação distinta da natural dificuldade trazida pelo cárcere, de modo que não se constata ferimento à dignidade ou quadro de vulnerabilidade.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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 outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de execução penal intentado por Tamires Roberta Gomes, não conformada com o teor da decisão do Sequencial 55 do PEP 8000105-69.2022.8.24.0018 (SEEU),

por meio da qual o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó indeferiu pedido de colocação em prisão domiciliar.

Sustenta a Agravante que “a manutenção no cárcere de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, constitui medida excepcionalíssima”, com base nos “estândares internacionais e nacionais de direitos humanos das mulheres, crianças e pessoas com deficiência”, e que, à luz disso, “a essas categorias de mulheres independe de prova da indispensabilidade dos cuidados maternos ou, ainda, de comprovação das condições inadequadas da prisão”.

Traz à lume o HC 143.641, no qual o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem “para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas [...] que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência”, ainda que mediante imposição de outras medidas cautelares, e adverte que, para dar efetividade ao art. 318-A do Código de Processo Penal e à aludida ordem coletiva, “o Conselho Nacional de Justiça, [...] por meio da Resolução nº 369/2021, [...] estabeleceu procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência”.

Pondera não ignorar que se está diante de execução de pena definitiva, na qual a prisão domiciliar é aferida de acordo com o art. 117 da Lei de Execução Penal, enquanto o “artigo 318 do CPP [...] prevê a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar”, mas ressalta que “a existência e semelhança dos dois dispositivos que visam proteger mães de crianças pequenas e gestantes permite uma interpretação teleológica à luz do constitucionalismo fraterno, no sentido de que há a possibilidade de se estender a aplicação do dispositivo do art. 318 do CPP também à fase de aplicação da pena”, conforme “entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no PExt no RHC 113.084”.

Afirma que é mãe de três crianças e uma adolescente, que “não praticou crime com violência ou grave ameaça contra suas descendentes” e que “não teve o poder familiar suspenso ou destituído”.

Sublinha que “somente foi realizado estudo social em Chapecó/SC, junto a Almir”, seu esposo e pai das crianças, “e não na Comarca em que residem as crianças (Campinas/SP), e que as crianças residiram com ela até cerca de 1 mês antes da prisão”, passando a estarem “temporariamente longe da genitora, em razão da episódica vulnerabilidade econômica e social vivenciada pelo núcleo familiar materno e paterno, medida que foi adotada contra a vontade da mãe, mas pensando no bem-estar das filhas naquele momento”.

Sob tais argumentos, requer “seja reformada a decisão, para o fim de conceder a prisão domiciliar” ou, “subsidiariamente, [...] seja realizado estudo social na Comarca em que residem as crianças (Campinas/SP), para verificar atual situação em que se encontram as infantes, se seus direitos estão plenamente resguardados, os impactos da ausência materna em seu desenvolvimento e a imprescindibilidade da presença da genitora” (eproc1G, Evento 1).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões recursais pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (eproc1G, Evento 12).

O Doutor Juiz de Direito manteve a decisão resistida (eproc1G, Evento 14).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo desprovemento do agravo (eproc2G, Evento 7).

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

A Agravante Tamires Roberta Gomes foi condenada, na Ação Penal 0012949-75.2008.8.26.0099, à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, c/c o 14, II, ambos do Código Penal, ocorrido em 14.8.08 (SEEU, Sequencial 1, doc1.9 e 1.24).

Com a solidificação da condenação, foi presa em 7.10.21 para dar início ao cumprimento da pena (SEEU, Sequencial 1, doc1.40) e, no dia 23.5.22, requereu sua colocação em prisão domiciliar, a fim de que pudesse cuidar das filhas menores de idade (SEEU, Sequencial 18).

O Magistrado de Primeiro Grau determinou a realização de estudo social (SEEU, Sequencial 25), no qual a Assistente Social, em entrevista com o genitor das crianças e esposo da Agravante, assentou:

Apreende-se dos autos, que Tamires foi recolhida no Presídio Feminino de Chapecó em 07/10/2021. Em 23/05/2022, ingressou com pedido de prisão domiciliar, no qual alega ser mãe de quatro crianças e que necessitam dos cuidados maternos.

O principal contato realizado, para fins de compreender a história familiar e a atual organização cotidiana das crianças, foi realizado com o esposo de Tamires, senhor Almir.

A partir do conjunto dos relatos orais obtidos, constatamos que Tamires à época da prisão residia com o esposo Almir, não tinha vínculo empregatício formal. As crianças não estavam sob seus cuidados, pois no mês de agosto/2021, as três filhas menores haviam sido encaminhadas à Campinas/SP para permanecer sob os cuidados da avó materna, senhora Maria Luci Gomes.

Tamires tem quatro filhas, sendo que a filha mais velha, T. reside com o genitor Marcelo Monteiro faz aproximadamente dois anos e Almir desconhece endereço. As outras três filhas, nascidas do relacionamento com Almir, se encontram em Campinas/SP. As meninas V. e P. estão sob os cuidados da avó materna Maria Luci Gomes e L. está sob a responsabilidade da tia maternal Talita Gomes.

Almir informou que o cunhado, em agosto de 2021 se deslocou de Campinas/SP a Chapecó/SC para buscar as três crianças. Na época enfrentavam dificuldades econômicas e não conseguiam atender as necessidades básicas de sustento das crianças. Ele estava afastado do trabalho em razão de problemas de saúde e não conseguia acessar o auxílio doença. Tamires não concordava com sua decisão, mas não tiveram outra opção. A decisão gerou conflitos entre o casal.

No mês seguinte a mudança das crianças, a esposa foi presa. De setembro de 2021 até a presente data, ele

conseguiu ir até Campinas/SP uma vez para visitar as filhas, quando ficou aproximadamente 40 dias naquela cidade. Não possui condições econômicas para viajar e permanece em Chapecó/SC para ficar próximo a esposa, que não possui nenhum outro familiar nesta localidade.

Almir auxilia na manutenção das filhas, repassando o valor de R\$ 400,00 mensais, recurso do auxílio emergencial. Mantém contato através de WhatsApp toda semana. Nunca se afastou das filhas, assim como a genitora. As filhas realizam chamadas de vídeo com Tamires todos os meses.

Considera que as filhas estão bem sob os cuidados da família materna. L. e V. frequentam a escola e P. vai à creche. A proposta é Tamires deixar a prisão, mudarem para Campinas/SP e reassumirem os cuidados com as crianças. Ele entende que será o melhor para as filhas, pois apesar de estarem bem, estão longe dos pais.

Almir, no momento, se encontra afastado do trabalho e conta com a renda do auxílio doença para suprir suas necessidades básicas. Ele apresenta um diagnóstico de problemas cardíacos (crescimento dos ventrículos). Não acessaram auxílio reclusão, pois Tamires não tinha emprego formal. Ela vendia doces nos semáforos.

O esposo de Tamires reside no porão alugado pelo valor de R\$ 530,00 mensais. A moradia é de alvenaria, antiga, mas com condições de habitabilidade. O local é composto de: quarto, sala, cozinha e banheiro. A mobília fornecida pela proprietária do imóvel, são poucos móveis. O imóvel fica próximo de alguns equipamentos sociais (escola/unidade de saúde).

Não foi mantido contato com as crianças, em razão de residirem em outra cidade. Sobre o contato com vizinhos, vale salientar que o local de moradia do genitor é recente e os vizinhos não conhecem as crianças.

Os menores possuem avó materna, que cuida de duas das netas. A tia materna é responsável pelo cuidado de outra das filhas da apenada. Os familiares maternos desempenham a função de cuidado com as crianças, pelo relato do pai. Segundo Almir, a esposa não conta com outros parentes na cidade ou na região.

[...]

O genitor informou que as crianças P., V. e L. estão com direitos sociais básicos - como alimentação, habitação, saúde e educação - garantidos sob os cuidados da família materna (avó e tia materna), mas não podemos desconsiderar a importância da mãe no desenvolvimento dos filhos. A menina T. está sob os cuidados do pai faz aproximadamente dois anos.

[...]

Pontuamos, que os pais entregaram as crianças sob os cuidados da família materna em razão de dificuldades para atender as necessidades básicas das três filhas e não por desleixo ou irresponsabilidades. Sobre as condições reais de cuidado das menores, apenas uma avaliação na localidade de residência das crianças poderá aferir. O endereço da avó materna das crianças é descrito no próximo item (SEEU, Sequencial 42).

Após parecer Ministerial pelo indeferimento do pedido (SEEU, Sequencial 47) e manifestação da Agravante (SEEU, Sequencial 51), sobreveio a decisão resistida (SEEU, Sequencial 55).

O art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O art. 82, § 1º, da Lei de Execução Penal determina que “A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”, e seu art. 83, § 2º, que “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”. Além disso, o art. 89, *caput*, positiva que, “Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

Sabe-se, no entanto, que essa é uma realidade distante dos estabelecimentos prisionais brasileiros, tanto que o sistema penitenciário nacional é considerado, pela Corte Suprema, um “estado de coisas inconstitucional”:

CUSTODIADO - INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - SISTEMA PENITENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA - VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - VERBAS - CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.9.15).

O art. 318 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/11, prevê que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for” (*caput*) “gestante” (inciso IV) ou “mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompleto” (inciso V).

Também em razão da “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (ECA, art. 6º) e da Convenção sobre os Direitos da Criança (promulgada no Brasil pelo Decreto 99.710/90), foi editado o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.769/18), que incluiu no Código de Processo Penal o art. 318-A, mais assertivo, cujo teor indica que “A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência *será substituída* por prisão domiciliar, desde que” (*caput*) “não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa” (inciso I) e nem “crime contra seu filho ou dependente” (inciso II).

O art. 2º da Resolução 210 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda estabelece que “Deve ser priorizada a manutenção da criança com a mãe, fora do cárcere, em liberdade ou em prisão domiciliar, com base os princípios norteadores dos direitos a criança, bem como na legislação pertinente”.

O Supremo Tribunal Federal, em 20.12.18, concedeu ordem em *habeas corpus* coletivo nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I - Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II - Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III - Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV - Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII - Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII - “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX - Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X - Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do

Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X - Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI - Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII - Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII - Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV - Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV - Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima (HC 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Respeitado o posicionamento diverso, entende-se que os arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal e as diretrizes do HC 143.641 não se aplicam aos casos de pena privativa de liberdade executada em decorrência de condenação definitiva.

Não se olvida que há precedentes nas Cortes Superiores apontando a aplicabilidade dos comandos legais e do precedente à execução penal. Cita-se da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

Penal e processual penal. Habeas corpus. Prisão humanitária. Preventiva convertida em domiciliar. Imprescindibilidade da paciente aos cuidados do companheiro e do filho. Embora o art. 318 do CPP estabeleça hipótese de substituição apenas para os casos de prisão preventiva, esta Corte vem admitindo a aplicação da referida norma aos condenados em cumprimento de execução penal. Precedentes. Habeas corpus coletivo julgado pela Segunda Turma (HC 143.641/SP). Ordem concedida (HC 203.249 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 4.10.21).

Na mesma linha, do Superior Tribunal de Justiça:

1 - A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A

do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às réis em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2020) [...] (RHC n. 145.931/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe de 16/3/2022.). 2 - Apesar da literalidade da lei (art. 117, III, da LEP) abarcar somente a hipótese de regime aberto para a concessão da prisão domiciliar, o objetivo da norma (interpretação finalística da norma, que vai além da literal, segundo a Hermenêutica Jurídica), é de se atender o melhor interesse da criança, sendo cabível, portanto, a prisão domiciliar em regimes diversos do aberto, desde que seja feita a ponderação do risco com a conduta e a personalidade da presa (AgRg no HC n. 736.726, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.8.22).

E:

4. Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). 5. Sobre o tema, o Colegiado da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas naquele writ, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional. Foram ressalvadas, todavia, as hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça; delitos praticados contra descendentes e as situações excepcionais devidamente fundamentadas. 6. Como a ora agravada possui 2 (dois) filhos menores de 12 anos e os crimes a ela imputados (tráfico de drogas e associação para o tráfico) não envolveram violência ou grave ameaça, é legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, lhe conceder prisão domiciliar, com espeque nos arts. 318, V e 318-A, II, do Código de Processo Penal, ainda que em sede de execução definitiva da pena. 7. Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias, não se podendo descurar que a prisão domiciliar é instituto previsto tanto no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, para substituir a prisão preventiva de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; quanto no art. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais, que se refere à execução provisória ou definitiva da pena, para condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. Uma interpretação teleológica da Lei n. 13.257/2016, em conjunto com as disposições da Lei de Execução Penal, e à luz do constitucionalismo fraterno, previsto no art. 3º, bem como no preâmbulo, da Constituição Federal, revela ser possível se inferir que as inovações trazidas pelo novo regramento podem ser aplicadas também à fase de execução da pena, conforme já afirmado pela Quinta Turma. 8. Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na Constituição Federal, em especial no seu art. 3º, bem como no seu preâmbulo; c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos Direitos Humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal

feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017. 9. Agravo regimental não provido (AgRg no PExt no RHC 113.084, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26.5.20).

Há, contudo, posicionamento dissonante nas próprias Cortes Superiores, a começar pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

PRISÃO DOMICILIAR - INADEQUAÇÃO. O cumprimento de sanção em regime domiciliar pressupõe situação excepcional - artigo 117 da Lei nº 7.210/1984. PRISÃO DOMICILIAR - CONDENAÇÃO - PRECLUSÃO MAIOR. O disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal é restrito a prisão preventiva, não alcançando título condenatório precluso na via recursal (RHC 181.891, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.5.20).

E:

1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 143.641/SP, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda relacionadas naquele feito. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, sendo certa a inaplicabilidade do referido entendimento aos casos de cumprimento de pena definitiva (HC 179.914 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.4.20).

Da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO DEDUZIDO POR PAI QUE ALEGA QUE A MÃE NÃO POSSUI CONDIÇÕES DE CUIDAR DOS FILHOS MENORES. A CORTE DE ORIGEM RECONHECEU QUE NÃO ESTAVA DEMONSTRADA A IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS PATERNOS. JULGADO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consta dos autos que paciente foi condenado à pena de 25 (vinte e cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, por infração ao artigo arts. 157, § 3º, inciso II, do Código Penal e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (latrocínio e corrupção de menores), estando cumprindo pena no regime fechado. 2. “Indefere-se o pleito de prisão domiciliar ao pai de menor de 12 anos quando não há prova de que o filho depende exclusivamente de seus cuidados” (AgRg no RHC 157.573/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 24/2/2022). 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 733.009, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 3.5.22).

Da Sexta Turma:

Na espécie, não procede a pretensão formulada no presente recurso, pois, consoante a jurisprudência desta Corte, embora a mãe seja indispensável à criação de seus filhos, o benefício previsto no art. 117 da LEP não possui aplicação automática, sendo necessário que a apenada comprove ser a única responsável pelos cuidados do filho menor ou deficiente físico ou mental, o que não ocorreu no caso, como ressaltado pelas instâncias ordinárias (AgRg no HC 737.926, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 17.5.22).

Assim, está claro, não há estabilidade jurisprudencial quanto à aplicação dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal às condenações definitivas.

Como adiantado, entende-se que, nessa hipótese, em razão do princípio da especialidade, deve ser observado o disposto no art. 117 da Lei de Execução Penal, segundo o qual “somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de” (*caput*) “condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental” (inciso III).

É certo, porém, que, “embora o art. 117 da Lei n. 7.210/1984 (LEP) estabeleça como requisito o cumprimento da pena no modo aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade” (STJ, AgRg no HC 491.411, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 4.6.19).

Aliás, analisando a questão pelo prisma da idade dos filhos, a Lei de Execução Penal, que permite a prisão domiciliar para quem tiver “filho menor”, é mais abrangente que os arts. 318 e 318-A, que autorizam o direito em favor de quem tem filhos até 12 anos de idade.

A diferença entre as hipóteses reside, principalmente, na necessidade de comprovação da imprescindibilidade da mãe aos cuidados do filho menor de idade.

Na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “O afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade da sua presença para prestar cuidados ao filho, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, inserido pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016)” (HC 701.194, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 15.2.22).

Por outro lado, analisada a questão sob o viés do art. 117 da Lei de Execução Penal, orienta o Tribunal da Cidadania:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. FILHOS MENORES E FASE FINAL DE GESTAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS OU ESTADO DE SAÚDE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Analisando os pedidos de prisão domiciliar no curso de execuções definitivas, a jurisprudência desta Corte assentou o posicionamento segundo o qual “a melhor exegese do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da

prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha” (HC n. 366.517/DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016). 2. A concessão de prisão domiciliar não possui efeito automático decorrente da existência de filhos menores de idade, visto que é necessária uma análise do caso concreto, a fim de definir se a situação da apenada autoriza a concessão da referida benesse. 3. No caso, não foi comprovada a imprescindibilidade da agravante no cuidado dos filhos ou que os cuidados necessários das crianças não pudessem ser supridos por outras pessoas. Além disso, tampouco ficaram evidenciados o risco à saúde da agravante ou a negligência de eventual cuidado médico no estabelecimento prisional, sendo imprescindível, para infirmar as conclusões das instâncias ordinárias, o revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento que não se coaduna com a estreita via de cognição do habeas corpus (AgRg no HC 675.667, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 5.10.21).

Distinguindo as duas situações:

1. A Lei n. 13.257/2016 teve reflexos na redação do art. 318 do CPP, com vistas a garantir o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância” (art. 14, § 1º). 2. O Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar “de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda”, excetuadas algumas situações excepcionais, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. 3. Situação diversa é o deferimento de prisão domiciliar durante a execução. Nos termos do art. 117, caput e inciso II, da LEP, a providência é admitida em hipóteses taxativas, mas a melhor exegese, extraída da evolução e do aperfeiçoamento das instituições na proteção aos direitos e às garantias fundamentais, permite inferir a viabilidade do recolhimento em residência em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado ou semiaberto, desde que a realidade concreta assim o recomende. 4. O regime domiciliar durante a execução penal não é efeito automático da mera existência de filhos menores. A providência é casuística, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, somente cabível quando haja evidente conflito entre direitos e garantias fundamentais, a impor ao intérprete da norma penal a necessária ponderação. 5. Sem indicação ou comprovação mínima de situação de vulnerabilidade dos filhos menores e da imprescindibilidade da presença materna para sua integral proteção, não é possível conceder à agravante o regime fechado em domicílio (AgRg no HC 517.011, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 8.10.19).

Na Resolução 369/21 do Conselho Nacional de Justiça, também mencionada pela Agravante, que “Estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de *habeas corpus* concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF”, é clara a distinção da aplicabilidade de seus termos a depender da provisoriedade ou solidez da segregação.

Os arts. 4º e 5º tratam inegavelmente da prisão cautelar:

Art. 4º Incumbe à autoridade judicial, na análise do caso concreto e em cumprimento às ordens coletivas de habeas corpus concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641 e 165.704:

[...]

§ 1º Na audiência de custódia, caso a prisão em flagrante tenha sido regular, e se entender necessária e adequada a segregação cautelar da pessoa que se encontre nas hipóteses previstas no art. 1º desta Resolução, o juiz poderá determinar sua prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, nos casos em que haja estrita necessidade.

§ 2º Eventual imposição de prisão domiciliar ou de medida cautelar diversa da prisão deverá ser fundamentada nos termos do art. 315 do Código de Processo Penal, cabendo ainda examinar sua compatibilidade com os cuidados necessários ao filho ou dependente.

[...]

§ 6º A decretação da prisão preventiva de pessoa que se encontre nas hipóteses previstas no art. 1º desta Resolução deve ser considerada apenas nos casos previstos no rol taxativo decidido pelo STF nos Habeas Corpus no 143.641 e 165.704:

I - crimes praticados mediante violência ou grave ameaça;

II - crimes praticados contra seus descendentes;

III - suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão;

IV - situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas, considerando:

a) a absoluta excepcionalidade do encarceramento de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, em favor dos quais as ordens de habeas corpus foram concedidas;

b) a presunção legal de indispensabilidade dos cuidados maternos;

c) a presunção de que a separação de mães, pais ou responsáveis, de seus filhos ou dependentes afronta o melhor interesse dessas pessoas, titulares de direito à especial proteção; e

d) a desnecessidade de comprovação de que o ambiente carcerário é inadequado para gestantes, lactantes e seus filhos. § 7º Na hipótese excepcional de manutenção da privação de liberdade, o acompanhamento das mulheres mães e gestantes obedecerá aos princípios e diretrizes previstos na Resolução CNJ no 252/2018.

Art. 5º Até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, a autoridade judicial poderá se valer das providências previstas no art. 4º para reavaliar a necessidade de manutenção da medida privativa de liberdade, ou designar audiência, em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos acerbados requisitos do art. 318 do CPP.

Por sua vez, o art. 6º assenta que “Incumbe à autoridade judicial responsável pela execução penal analisar, em caráter emergencial, a possibilidade de concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos casos elencados na Recomendação CNJ no 62/2020”.

Assim, a regra aplicável ao caso é a da Lei de Execução Penal, e ainda que admitida a prisão domiciliar a presas que se encontrem em regime distinto do aberto, a aplicação do seu art. 117, III, não é automática.

É justo que assim seja, pois, diferentemente do que ocorre na prisão cautelar, quando há em favor da acusada a garantia constitucional da presunção da inocência e assim pode a substituição da prisão preventiva por domiciliar ser facilitada e até mesmo estimulada, não se pode admitir que

o fato de possuir filho menor de idade ou com deficiência (ou genitores com deficiência) conceda à mulher condenada, que por meio de devido processo legal teve a aludida presunção derruída por provas em contrário, um salvo-conduto que lhe confira direito subjetivo à prisão domiciliar. Adotada essa tese, qualquer apenada nessa situação deveria ser submetida somente à prisão domiciliar, mesmo que tivesse praticado crime grave ou que outras pessoas pudessem cuidar do descendente ou ascendente.

Mudando o que há para ser mudado, Norberto Avena esclarece:

Condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental: Nesse caso, o benefício é concedido em prol da criança ou da pessoa portadora de deficiência que necessitam de amparo do pai ou da mãe. Observe-se que a prisão domiciliar não pode, nessa hipótese, constituir-se em privilégio ou em fraude à lei. Daí que, para que seja concedida, faz-se necessária a comprovação da efetiva necessidade de cuidados a serem prestados pela mãe segregada aos filhos, não bastando a juntada de certidão de nascimento comprovando a filiação (Execução penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 201).

A propósito, colhe-se do laborioso voto-vista do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz no RHC 145.931:

Cinge-se a controvérsia a definir se é possível, durante a execução penal, em hipótese de condenação transitada em julgado nos regimes fechado e semiaberto, conceder a prisão domiciliar à mulher somente porque é mãe de filhos até 12 anos.

Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), vê-se a seguinte orientação: Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O Poder Judiciário não se coaduna com o aforismo in claris cessat interpretatio. O art. 117 da LEP, só por ser aparentemente claro (o conceito é subjetivo), não é isento de interpretação.

A hermenêutica jurídica, permeada de sutilezas, é direcionada por diversos princípios e regras que regem o ordenamento jurídico, entre os quais, em destaque na seara da execução penal, o princípio da humanidade, que impõe tratamento digno a todos os que se submetem ao poder estatal de executar sanções criminais impostas em processos penais.

Sob diversa angulação, não se pode esquecer que o Estado deve prover também aos direitos da coletividade e, nesse mister, tem o poder-dever de aplicar a pena a quem causou lesão a bens juridicamente relevantes. A segurança pública também está positivada na Constituição Federal como direito social de todos. Os brasileiros e os estrangeiros que transitam em solo pátrio têm direito à segurança e vinculam-se, por sua vez, às responsabilidades que dela decorrem.

Assim, na interpretação do art. 117 da LEP, é preciso equilíbrio na ponderação de interesses contrapostos, igualmente importantes e em colisão, pois há uma necessidade lógica, em toda análise de valores divergentes, de pautar as decisões judiciais pelo princípio da proporcionalidade.

A prisão domiciliar às mulheres, em caráter provisório, foi inicialmente determinada no Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, julgado em 20/02/2018, pelo Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, a Lei 13.769/2018,

alterou a legislação processual penal para acrescentar ao Código de Processo Penal os arts. 318-A e 318-B. Estabeleceu-se como regra geral, o direito ao recolhimento cautelar em domicílio, em substituição à prisão preventiva, salvo em situações excepcionais, a todas as mulheres que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos sob sua responsabilidade.

Durante o julgamento do writ, afirmou-se a necessidade de especial atenção à saúde reprodutiva das mulheres e às crianças. Pontuou-se que tais presas estavam sob situação degradante, pois não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto ou de berçários e creches para seus filhos. O benefício foi estendido às mães de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação.

Durante o processo de conhecimento, imperam os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e a regra da excepcionalidade e da provisoriedade da prisão preventiva. Nesse momento inicial da persecução penal, sopesadas as implicações da maternidade, papel social que, ainda hoje é atribuído às mulheres, parece totalmente adequado fazer preponderar a balança dos interesses em favor da proteção integral à primeira infância.

Com efeito, recém-nascidos, gestantes, lactantes e mães de crianças seriam submetidas às agruras do cárcere ou ao rompimento traumático e abrupto do vínculo materno, em fase da persecução penal na qual ainda há mera suspeita da prática de um crime e não se sabe se o Estado irá demonstrar a culpabilidade da acusada. Por isso, é razoável o raciocínio de que a cuidadora primária de sua prole aguarde o deslinde da ação em prisão domiciliar (ou submetida a cautelares do art. 319 do CPP), se caracterizado o periculum libertatis.

Esta Corte admitiu o benefício durante a execução provisória da pena (admitida pela Súmula n. 716 do STF), quando a segregação ainda tem a natureza de prisão cautelar e, portanto, persiste o direito fundamental à presunção de inocência, conforme previsão do artigo 5º, LVII da Constituição e do artigo 8º, § 2º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

[...]

Voltando à análise sobre a diferença entre uma prisão domiciliar implantada durante o processo e a que se postula na fase da execução penal, releva destacar que, apesar de existir norma constitucional programática de proteção integral (art. 227 da CF) à infância, a qual estabelece metas a serem alcançadas em relação aos direitos fundamentais das crianças, há de se também considerar, quando se trata de mãe (ou até pai) já com condenação criminal definitiva, o dever do Estado e o direito de todos em ver preservada a segurança pública.

De fato, na fase da execução da pena, não se analisa mais a necessidade e a suficiência de cautelares que interessam aos meios e aos fins do processo. Não existe situação de rompimento provisório de vínculos, em relação a sujeitos não declarados culpados. A ré é submetida a sanções necessárias, proporcionais e suficientes à reprovação e prevenção da conduta por ela praticada e se cumpre pena em forma de privação da liberdade provavelmente é porque a conduta a que respondeu criminalmente foi muito grave.

Se a mulher ofendeu bem jurídico tutelado pela norma penal, há interesse da vítima, do Estado e da coletividade na sua punição. A privação da liberdade, nesse contexto, não constitui desrespeito à honra nem atenta contra a dignidade da pessoa humana, desde que, por óbvio, a execução penal se dê em ambiente de preservação dos direitos não atingidos pela condenação e com respeito à dignidade da pessoa encarcerada. É castigo antigo, criticável e, na maioria das vezes, falho, mas que deriva da existência do Estado e, inclusive, limita seu arbítrio.

[...]

Com a devida vênia dos que pensam o contrário - mas reconhecendo a sensibilidade da questão -, ser mãe de filhos menores 12 anos não pode eximir, de forma automática e impositiva, parcela significativa da população de cumprir a sanção criminal nos moldes legais (em estabelecimentos próprios).

[...]

São plenamente compreensíveis os discursos emotivos, as considerações éticas e o processo lógico-dedutivo, a fim de, a partir de um ideal de proteção integral da criança, justificar a prisão domiciliar. É até mesmo difícil e, por vezes, constrangedor, argumentar de forma contrária ao desencarceramento das mães, pois, de fato, o papel outorgado às mulheres em nossa sociedade é o de, mesmo quando assim não desejam, serem as primeiras e principais guardiãs da prole, a qual merece total proteção.

Todavia, a partir da mesma meta assentada no art. 227 da CF, quando analisamos a situação real, a partir das experiências sensíveis do cotidiano, e invertemos a lógica da dedução para a da indução, encontramos problemas com o discurso justificante.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, os seus direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse é um horizonte a ser buscado, meta que existe no mundo do dever-ser.

Todavia, a presença da condenada em confinamento domiciliar não assegura, por si só e sempre, os melhores interesses da prole. Basta ver o estado de abandono moral e material a que muitas crianças são submetidas neste país, por diversos motivos, alguns compreensíveis, outros não, entre os quais a deliberada falta de amor e de cuidado de seus pais. Em situações não raras, o papel materno é melhor desempenhado por uma avó, uma tia, uma irmã mais velha ou algum outro parente, mais capacitado e mais amoroso no trato daqueles pequenos desassistidos.

[...]

Sem me alongar mais sobre essa sensível problemática, penso, então, que a prisão domiciliar durante a execução definitiva é excepcional, assim como a aplicação do art. 117 da LEP aos apenados dos regimes fechado e semiaberto. A privação de liberdade, em regra, tem de ser cumprida em estabelecimento adequado, consoante a previsão do Código Penal. É um remédio amargo que, não se pode negar, pode trazer consequências para a convivência familiar.

Somente quando, em contato com a realidade concreta, o Juiz das Execuções verificar que a mulher é imprescindível ao esperado desenvolvimento educacional, ético e de saúde da criança e não ostentar perfil de acentuada periculosidade - por exemplo, não ter cometido crime com resultado morte, com violência ou grave ameaça contra pessoa, ser primária e não integrar organização criminosa - se terá como possível e desejável priorizar o melhor interesse da prole e deferir a medida humanitária.

[...]

A análise da situação concreta e de suas peculiaridades deve ser pontual. Permissa venia, não se pode adotar, para interpretação extensiva e lógicossistemática do art. 117 da LEP, o mesmo raciocínio que lastreou a concessão do HC n. 143.641/SP.

O Juiz das Execuções, no conflito entre a necessária proteção integral às crianças e o não menos importante direito à segurança pública de todos, deverá observar o princípio da proporcionalidade, subdividido pela doutrina alemã em adequação (verificação se a medida empregada representa o meio certo para produzir o resultado visado), necessidade (inexistência de meio menos gravoso para a consecução do fim almejado) e proporcionalidade em sentido estrito. Quando a esse último subprincípio, a lição do Ministro Luís Roberto Barroso nos ensina que a “razoabilidade deve embutir [...] a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260).

O recolhimento em casa assegura a convivência familiar e, em regra, é adequado aos melhores interesses das crianças, em especial as de tenra idade, que estão na primeiríssima infância (até os três anos de idade), isso em contexto no qual a mãe é a cuidadora primária e ostenta condições de prestar a devida assistência à prole.

Presume-se que a mãe é a pessoa mais indicada para cuidar dos filhos porque a maternidade, há tempos, ocasionou, historicamente, a interferência do Estado e da sociedade no corpo da mulher e na sua vida, mercê de uma cultura patriarcal que marcou e marca a existência humana. A experiência de reprodução, mediada por relações de poder, nem sempre é voluntária e amparada.

É possível identificar, na atualidade, mudança nesse contexto social, mas ainda é sobre a mulher, muitas vezes sem suporte algum, que recaem as maiores responsabilidades com a prole, o que limita suas potencialidades. Somam-se a isto os aspectos deficitários do encarceramento, que dificultam o exercício da maternidade e o cuidado com os filhos em ambientes adaptados para tanto. A realidade, tanto dos direitos reprodutivos quanto do encarceramento, é desigual para homens e mulheres.

Nesse contexto, e agora analisando o subprincípio da necessidade, tem-se que o art. 112, § 3º, da LEP, incluído pela Lei nº 13.769/2018, buscou dar efetividade aos direitos da maternidade e da infância, garantidos pela Constituição Federal. A norma em apreço prevê, independente da prática de crime comum ou hediondo, requisitos mais brandos para a progressão de regime no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência [...].

[...]

O art. 117 da LEP contempla essa modalidade de segregação aos que se encontram em regime aberto, mas “a melhor exegese, extraída da evolução e do aperfeiçoamento das instituições na proteção aos direitos e às garantias fundamentais, permite inferir a viabilidade da medida em qualquer momento do cumprimento da pena, desde que a realidade concreta assim o recomende” (HC 612.311/PR, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6º T., DJe 19/10/2020).

Além disso, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, será de rigor a concessão do benefício quando não houver estabelecimento prisional próprio, com estrutura apropriada à maternidade.

Assim, a proposta no julgamento deste habeas corpus é a de que a prisão domiciliar durante a execução seja adotada de maneira excepcional, quando o julgador verificar a necessidade da intervenção humanitária, em situação na qual a mãe é imprescindível aos cuidados dos filhos de até 12 anos e não seja irrazoável, em juízo de proporcionalidade, o sacrifício do direito à segurança pública.

Logo, há de se ter como incabível a automática concessão do benefício, nos mesmos moldes do HC n. 143.641/SP, sem percuciente análise de periculosidade (natureza e circunstâncias do crime, primariedade etc.) da sentenciada e de suas condições pessoais, para atender os melhores interesses da prole.

No caso concreto, o Ministro Schietti concordou com a concessão da prisão domiciliar, ponderando as seguintes particularidades:

A insurgente, por outro ângulo, é primária e mãe de crianças nascidas em 24/12/2015 e 14/2/2020. De acordo com a defesa, a presença materna é indispensável aos cuidados das crianças, pois a paciente é a cuidadora primária da prole e amamenta o filho menor.

Ainda, há indicação de falta de estabelecimento adequado para cumprimento da pena próximo às crianças, a fim de viabilizar visitas e a convivência com a mãe. A condenada reside no Município de Divisa Alegre/MG e

o presídio com capacidade para presas do sexo feminino mais próximo fica localizado a 230 km de distância. Nesse contexto, é de rigor a concessão da ordem, considerados:

- a) o perfil da paciente, que é primária e não praticou crimes com violência ou grave ameaça contra pessoas;*
- b) a tenra idade das crianças, que estão na primeira infância;*
- c) a ineficiência do Estado em disponibilizar vaga para cumprimento da pena em local próximo aos seus filhos.*

No caso, conforme detalhado, não está minimamente demonstrada qualquer vulnerabilidade que justifique que o Estado abra mão da execução da pena em cárcere e confira liberdade à Agravante Tamires Roberta Gomes.

A filha mais velha dela está com o pai (que não é o atual companheiro da Agravante) desde muito antes da prisão de Tamires Roberta Gomes, e as filhas mais novas, segundo o pai delas, estão bem cuidadas pela família materna.

Assim, ausente prova da imprescindibilidade da presença da Agravante, sobressai o direito-dever do Estado em punir aqueles que transgridiram a norma penal, conforme orienta esta Corte de Justiça:

- EMBORA A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS RESTRINJA, NA LITERALIDADE DA REDAÇÃO DE SEU ART. 117, O BENEFÍCIO DO RECOLHIMENTO EM RESIDÊNCIA PARTICULAR A PRESOS EM REGIME ABERTO, É CERTO QUE, POR CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL ASSENTE HÁ ALGUM TEMPO, ENTENDE-SE POSSÍVEL A EXTENSÃO DA BENESSE A INDIVÍDUOS RECOLHIDOS NOS REGIMES FECHADO OU SEMIABERTO, FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS DO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL, QUANDO DEVIDAMENTE DEMONSTRADA A EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. CUIDA-SE DA DENOMINADA PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. - NA HIPÓTESE DOS AUTOS, NÃO HOUE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO APENADO PARA OS CUIDADOS DA ESPOSA. TEOR DO LAUDO DE ESTUDO SOCIAL QUE NÃO APRESENTA RAZÕES SUFICIENTES PARA A ADOÇÃO DE MEDIDA TÃO EXCEPCIONAL, DEVENDO SER PRIVILEGIADOS OS FINS DA EXECUÇÃO PENAL. A TODA EVIDÊNCIA, O FATO DE A AUSÊNCIA DO APENADO TER AFETADO A DINÂMICA FAMILIAR, COMO CONSTOU NO LAUDO, É INERENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS. APESAR DA INEGÁVEL SITUAÇÃO MARCADA POR FRAGILIDADE, A SITUAÇÃO DA ESPOSA (QUE TEM CASA PRÓPRIA E É AUXILIADA POR DOIS FILHOS ADULTOS) É REGULAR, HAVENDO INCLUSIVE DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ACOMPANHAMENTO PELO SERVIÇO SOCIAL MUNICIPAL (Rec. de Ag. 5019798-21.2021.8.24.0020, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 11.1.22).

E:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ALEGADA IMPRESCINDIBILIDADE DA APENADA PARA OS CUIDADOS DO FILHO MENOR DE 9 (NOVE) ANOS. FALECIMENTO DA AVÓ MATERNA RESPONSÁVEL PELOS CUIDADOS DA CRIANÇA. INVIABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR DE PLANO. AGRAVANTE

QUE ENCONTRA-SE CUMPRINDO PENA NO REGIME SEMIABERTO. REQUISITOS DO ART. 117, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NÃO PREENCHIDOS. ADEMAIS, IMPRESCINDIBILIDADE DA APENADA NO DOMICÍLIO FAMILIAR NÃO COMPROVADA. ARGUMENTOS LEVANTADOS PELA DEFESA QUE CARECEM DE PROVA NOS AUTOS. AVÓ QUE ESTAVA INTERNADA ANTES DO ÓBITO. CIRCUNSTÂNCIA INDICATIVA DA PRESENÇA DE OUTRA PESSOA RESPONSÁVEL POR CONFERIR ASSISTÊNCIA AO INFANTE. BENEFÍCIO ALMEJADO QUE NÃO É MEDIDA AUTOMÁTICA DIANTE DA EXISTÊNCIA DE FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS. REEDUCANDA CONDENADA A UMA PENA SUPERIOR A 26 (VINTE E SEIS) ANOS DE RECLUSÃO. NASCIMENTO DA CRIANÇA EM ÉPOCA NA QUAL A APENADA ACHAVA-SE RECOLHIDA EM ESTABELECIMENTO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA A RESPEITO DO VÍNCULO AFETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR NESTE MOMENTO. ESPECIFICIDADES DO CASO, TODAVIA, QUE RECOMENDAM A REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL PARA MELHOR AVALIAR A CONJUNTURA FAMILIAR E SERVIR DE RESPALDO PARA ANÁLISE CRITERIOSA DA SITUAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA A REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL (Ap. Crim. 5026890-11.2021.8.24.0033, Rel^a. Des^a. Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, j. 16.12.21).

Por fim, pedindo vênias por todo o arrazoado até aqui, que foi necessário para reafirmar o entendimento que se sustenta, confessa-se que bastavam poucas linhas para o desprovimento do presente recurso, uma vez que a tese defensiva parte de uma premissa equivocada.

Diz a Agravante que “não praticou crime com violência ou grave ameaça contra suas descendentes” (eproc1G, Evento 1, doc1, fl. 10).

No entanto, para confortar o arrazoado nos precedentes e atos normativos que menciona, ela faz a junção de duas hipóteses que são elencadas separadamente no HC 143.641, no AgRg no PExt no RHC 113.084 e na Resolução 369/21.

Na Ação Constitucional coletiva o Supremo Tribunal Federal elencou como óbices “os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício”.

O Superior Tribunal de Justiça, no HC 731.648, mencionado nas razões recursais, consignou que “Por razões humanitárias e para proteção integral da criança, é cabível a concessão de prisão domiciliar a genitoras de menores de até 12 anos incompletos, nos termos do art. 318, V, do CPP, desde que (a) não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, (b) que não tenha sido praticado contra os próprios filhos e (c) não esteja presente situação excepcional que contraindique a medida (AgRg no PExt no RHC n. 113.084/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/6/2020)” (AgRg no HC 731.648, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 7.6.22).

O Conselho Nacional de Justiça repete, em sua Resolução, que “A decretação da prisão preventiva de pessoa que se encontre nas hipóteses previstas no art. 1º desta Resolução deve ser considerada apenas nos casos previstos no rol taxativo decidido pelo STF nos *Habeas Corpus* no

143.641 e 165.704”, entre elas, “crimes praticados mediante violência ou grave ameaça” (art. 6º, I) e “crimes praticados contra seus descendentes” (art. 6º, II).

Portanto, o óbice à prisão domiciliar não consiste em crime violento praticado contra descendente, mas em delito violento praticado contra qualquer pessoa e também em qualquer crime praticado contra descendente.

A Agravante Tamires Roberta Gomes, conforme mencionado, foi condenada pela prática de tentativa de latrocínio, na qual a Vítima foi alvejada por cinco disparos de arma de fogo (SEEU, Sequencial 1, doc1.2).

A pretensão da Agravante, portanto, é natimorta.

As Regras de Bangkok “das nações unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”, em sua Regra 64, estabelece:

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

Assim, sob este fundamento, não caberia o afastamento da pena privativa de liberdade para as mulheres condenadas por crime violento, como também entende o Supremo Tribunal Federal.

Com relação à Recomendação 62/20 do Conselho Nacional de Justiça, a pretensão da Agravante esbarra na vedação contida no art. 5º-A:

Art. 5-A. As medidas previstas nos artigos 4º e 5º não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher. (Incluído pela Recomendação nº 78, de 15.9.2020).

Quanto ao pedido subsidiário, para que seja realizado estudo social em Campinas/SP, onde residem as filhas da Agravante, conforme bem ponderou o Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes, “o estudo realizado com o pai das crianças se mostra completo, sendo informado por ele que as filhas estão em boas condições, tendo a própria recorrente as deixado sob os cuidados de seus parentes, segundo alega, em razão de vulnerabilidade financeira, não havendo necessidade de se realizar estudo social na comarca onde os infantes residem” (eproc2G, Evento 7, doc1, fl. 4).

De fato, o genitor comentou que “mantém contato através de WhatsApp toda semana e nunca

se afastou das filhas, assim como a genitora”, que “realizam chamadas de vídeo com Tamires todos os meses”. Diante disso, não há porque duvidar da informação por ele passada de que “as crianças P., V. e L. estão com direitos sociais básicos - como alimentação, habitação, saúde e educação - garantidos sob os cuidados da família materna (avó e tia materna)” (SEEU, Sequencial 42).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **SÉRGIO RIZELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2766852v26** e do código CRC **ad61d996**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SÉRGIO RIZELO

Data e Hora: 11/10/2022, às 12:29:16

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000655-88.2022.8.24.0027/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO RIZELO

APELANTE: ALINE RODRIGUES (RÉU)

ADVOGADO: RAFAEL BECKER DA SILVA (OAB SC058597)

APELANTE: PAULO VITOR BAUCELLI (RÉU)

ADVOGADO: LEONARDO WIRTH (OAB SC055043)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÕES CRIMINAIS. FURTOS QUALIFICADOS PELO CONCURSO DE AGENTES (CP, ART. 155, § 4º, IV). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DOS ACUSADOS.

1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DOS AGENTES. EXPOSIÇÃO DOS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REQUISITOS ATENDIDOS (CPP, ART. 41). 2. FURTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE. PALAVRAS DA VÍTIMA E DOS INFORMANTES. CONFISSÃO DO ACUSADO. 3. CONTINUIDADE DELITIVA. DISTINÇÃO DA MANEIRA DE EXECUÇÃO DOS DELITOS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. 4. REMUNERAÇÃO DE DEFENSOR NOMEADO. ATUAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO (RESOLUÇÃO 5/19-CM/TJSC).

1. Não é inepta a denúncia que descreve as circunstâncias e as condutas proibidas praticadas pelos agentes, inclusive delimitando suas atribuições nos crimes, possibilitando-lhes o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Se a vítima relata que foi subtraída uma bolsa que continham diversos cartões no interior do seu veículo e que, após um tempo, começou a receber informações de que os cartões estavam sendo utilizados em um comércio local; se o irmão do acusado confirmou que foi convidado pelo denunciado para fazer compras em determinado estabelecimento, sob o argumento de que subtraía uma bolsa que continham diversos cartões, tendo o informante mencionado que, após as aquisições, eles queimaram a bolsa e os pertences que haviam sido subtraídos anteriormente; se o proprietário do comércio confirmou que três agentes estiveram no local e passaram a fazer compras em diversos cartões, tendo a denunciada efetuado uma dessas transações; se o acusado confessou que utilizou os cartões que pertenciam à ofendida; se, a partir das imagens de câmeras de videomonitoramento, os acusados foram flagrados próximos ao local da subtração da bolsa da ofendida, inclusive em horário compatível com a prática delitiva, e ainda foram filmados efetuando as transações no comércio utilizando a mesma vestimenta; estão comprovadas a autoria e a materialidade dos furtos, sendo inviável decretar as absolvições dos agentes por insuficiência de prova.

3. Não é viável o reconhecimento da continuidade delitiva quando, em que pese sejam crimes da mesma espécie e praticados em idênticas condições de tempo e lugar, inexistente semelhança na maneira de suas execuções, sendo os denunciados reincidentes específicos em tais práticas.

4. O defensor nomeado que atua em Segunda Instância, em favor de acusado em ação penal, faz jus à remuneração arbitrada conforme o item 10.4 da tabela anexa à Resolução 5/19-CM/TJSC.

RECURSOS CONHECIDOS, UM DESPROVIDO E O OUTRO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

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 dos recursos, desprover o interposto por Aline Rodrigues e prover parcialmente o manejado por Paulo Vitor Baucelli para fixar honorários recursais ao seu Excelentíssimo Defensor nomeado, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Na Comarca de Ibirama, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Paulo Vitor Baucelli e Aline Rodrigues, imputando-lhes a prática dos crimes previstos nos arts. 155, § 4º, IV, e 155, § 4º, II e IV, nos seguintes termos:

No dia 24 de janeiro de 2021, por volta das 13h00min., no estacionamento do Posto de Saúde situado na Rua Alwin Duwe, Bairro Centro, no Município de Ibirama/SC, os denunciados Paulo Vitor Baucelli e Aline Rodrigues, em comunhão de esforços e de vontades, direcionados a um objetivo comum, um aderindo subjetivamente à conduta do outro - cientes desta condição -, e, portanto, mediante concurso de 2 (duas) pessoas, no intuito de se apoderarem do patrimônio alheio, de forma livre, consciente e voluntária, subtraíram para si ou para outrem, do interior do veículo automotor Lifan x 60, cor branca, placa não informada, coisas alheias móveis, consistentes em 1 (uma) bolsa, marca Schutz, cartões de crédito, e um estojo com 3 (três) brincos, tipo piercings, de propriedade da vítima Michelle Riane Krause Hilmers Bittencourt, avaliados em R\$ 630,00 (seiscentos e trinta reais).

Após a consumação do delito acima descrito e não satisfeitos com posse ilícita dos bens, os denunciados Paulo Vitor Baucelli e Aline Rodrigues, juntamente com Jonathan Lucas Baucelli, em comunhão de esforços e de vontades, direcionados a um objetivo comum, um aderindo subjetivamente à conduta do outro - cientes desta condição -, e, portanto, mediante concurso de mais de 2 (duas) pessoas, no intuito de se apoderarem do patrimônio alheio, de forma livre, consciente e voluntária, no mesmo dia 24 de janeiro de 2022, na posse do cartão bancário com chip por aproximação subtraído, da Unicred, dirigiram-se até a mercearia situada na entrada da Serra São Miguel, em frente à empresa PréFabricar, no Município de Ibirama/SC, local em que, entre as 13h50min. e as 14h02min., mediante fraude - consistente na utilização da função por aproximação do mencionado cartão, utilizando-o como se fossem titulares do cartão -, subtraíram, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, consistente em moeda corrente nacional, em 4 (quatro) oportunidades distintas, por meio das quais adquiriram produtos diversos no valor de R\$ 170,00 (cento e setenta reais), utilizando como pagamento o mencionado cartão bancário da vítima Michelle Riane Krause Hilmers Bittencourt (Evento 1).

Concluída a instrução, a Doutora Juíza de Direito Manoelle Brasil Soldati Bortolon julgou parcialmente procedente a exordial acusatória e condenou, pelo cometimento do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, por duas vezes:

a) Aline Rodrigues à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 22 dias-multa; e

b) Paulo Vitor Baucelli à pena de 4 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 23 dias-multa (Evento 155).

Insatisfeitos, Aline Rodrigues e Paulo Vitor Baucelli deflagraram recursos de apelação.

Em suas razões, Paulo Vitor Baucelli argui a ausência de individualização das condutas na exordial acusatória e a proclamação da sua absolvição em decorrência da insuficiência de prova.

Subsidiariamente, busca o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de furto e a fixação de honorários advocatícios recursais (Evento 12).

Aline Rodrigues busca a decretação da sua absolvição, diante da alegada ausência de comprovação da autoria (Evento 14).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu contrarrazões recursais pelo conhecimento dos apelos, pelo desprovimento do interposto por Aline Rodrigues e pelo parcial provimento do manejado por Paulo Vitor Baucelli, para fixar honorários recursais ao seu Excelentíssimo Defensor nomeado (Evento 17).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pela Excelentíssima Procuradora de Justiça Rosemary Machado Silva, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento dos apelos (Evento 20).

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

1. Como matéria preliminar, o Apelante Paulo Vitor Baucelli aduz a respeito da inépcia da exordial acusatória, por descrição genérica dos fatos.

Sem razão, porém.

Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal:

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A íntegra da incoativa consta no relatório deste voto e, como de sua leitura se pode perceber, há clara menção a todos os requisitos exigidos pela norma, sobretudo a qualificação dos Denunciados, as condutas por eles perpetradas, com todos os seus pormenores, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas.

Atendidos aos requisitos mencionados e possibilitado ao Recorrente o exercício da ampla defesa, inexistente inépcia da exordial, a qual “só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do Código de Processo Penal” (STJ, HC 129.216, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18.12.14).

Deve-se atentar, ademais, que, nos crimes com pluralidade de agentes, a narrativa meticulosa da participação de cada um é tarefa tormentosa e, algumas vezes, impraticável, sobretudo quando se trata da atuação de todos em um contexto único.

Por isso admite-se que o Órgão Acusador descreva de modo geral a conduta delitiva, sem a exigência de precisar os detalhes da atuação de cada um dos envolvidos, desde que anuncie eventuais excepcionalidades e não atribua, genericamente, diversas práticas a todos indistintamente. O importante é que os fatos sejam narrados de forma clara, possibilitando o amplo exercício do direito de defesa, como se verifica no caso *sub judice*.

Guilherme de Souza Nucci aclara:

Denúncia genérica no concurso de pessoas: tem-se admitido ofereça o promotor uma denúncia genérica, em relação aos co-autores e partícipes, quando não se conseguir, por absoluta impossibilidade, identificar claramente a conduta de cada um no cometimento da infração penal (Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 154).

Júlio Fabbrini Mirabete ensina:

Nos casos de crimes de autoria coletiva ou conjunta, em especial nos delitos praticados em sociedade, pode conter narração genérica dos fatos, sem especificação pormenorizada da conduta de cada agente, que não prejudique o direito de defesa, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 41 do CPP (Código de processo penal interpretado. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 191-192).

É a mesma a lição do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. AÇÃO PENAL. DELITO SOCIETÁRIO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. SUFICIENTE DESCRIÇÃO DO FATO TIDO COMO CRIMINOSO. PODER DE GESTÃO NA PESSOA JURÍDICA. INDÍCIO MÍNIMO DE AUTORIA. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...] 2. Não há abuso de acusação na denúncia que, ao tratar de crimes de autoria coletiva, deixa, por absoluta impossibilidade, de esgotar as minúcias do suposto cometimento do crime. 3. Há diferença entre denúncia genérica e geral. Enquanto naquela se aponta fato incerto e imprecisamente descrito, na última há acusação da prática de fato específico atribuído a diversas

peessoas, ligadas por circunstâncias comuns, mas sem a indicação minudente da responsabilidade interna e individual dos imputados (HC 118.891, Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º.9.15).

Em decisões proferidas por suas duas Turmas, o Superior Tribunal de Justiça confirma ser prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado nos casos de crimes de autoria comum: “No concurso de agentes, a denúncia deve apontar individualizadamente a conduta de cada coautor ou partícipe, salvo se todos tiverem participado igualmente da ação criminosa ou se suas condutas tiverem sido difusas, não sendo possível distinguir a atuação de cada um” (STJ, APn 823, Rel^a. Min^a Nancy Andrighi, j. 16.8.17).

Também:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OPERAÇÃO ANJOS CAÍDOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES DE AUTORIA COLETIVA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. [...] 2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, defronta-se o órgão acusatório, no momento de oferecer a denúncia, com uma pluralidade de acusados envolvidos na prática delituosa. Nessa situação, a narrativa minudente de cada uma das condutas atribuídas aos vários agentes é tarefa bastante dificultosa, muitas vezes impraticável, sobretudo diante de organizações numerosas, hipótese aventada nos autos. 3. Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, excepcionalmente, em crimes de autoria coletiva, possa o titular da ação penal descrever os fatos de forma geral, tendo em vista a incapacidade de se mensurar, com precisão, em detalhes, o modo de participação de cada um dos acusados na empreitada criminosa. Portanto, será regular a peça acusatória quando, a despeito de não delinear as condutas individuais dos corréus, anunciar o liame entre a atuação do denunciado e a prática delituosa, demonstrando a plausibilidade da imputação e garantindo o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes. 4. Na espécie, narrou o titular da ação penal pública, com arrimo nos dados coletados durante o inquérito policial, notadamente as interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, o fornecimento de drogas e armas pelo recorrente à organização criminosa, elucidando sua posição de liderança sobre o grupo. Além disso, com o objetivo de atestar a materialidade dos crimes de tráfico, associação para o tráfico e organização criminosa, descreveu a apreensão de drogas com diversos envolvidos na organização. 5. Narrou a peça acusatória, portanto, os fatos tidos por delituosos, com as circunstâncias até então conhecidas, de modo a permitir o desembaraçado exercício do direito de defesa. Delineou a inicial o teor das conversas telefônicas, bastantes a evidenciar a existência de grupo voltado à comercialização de substâncias entorpecentes e armas. Há nos autos elementos conducentes à ocorrência dos crimes narrados na incoativa, tudo a recomendar remessa do feito à amplitude própria da instrução criminal, momento oportuno ao exame da procedência da acusação, mediante cotejo de provas. Precedentes. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento (RHC 68.848, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 27.9.16).

Não bastasse, “a alegação de inépcia da denúncia fica enfraquecida diante da superveniência da sentença, uma vez que o juízo condenatório denota a aptidão da inicial acusatória para inaugurar a ação penal, implementando-se a ampla defesa e o contraditório durante a instrução processual, que culmina na condenação lastreada no arcabouço probatório dos autos” (STJ, AgRg nos Edcl no HC 500.594, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 6.6.19); e é certo que os Denunciados

deduziram resistência larga e eficiente nos autos, o que evidencia que nenhum vício apresenta a exordial acusatória.

Não há nulidade, pois, a ser decretada.

2. No mérito, os Recorrentes Aline Rodrigues e Paulo Vitor Baucelli almejam as decretações das suas absolvições em decorrência da suposta insuficiência de provas de suas participações nos fatos especificados na denúncia.

A materialidade do delito de furto, em decorrência do uso do cartão de crédito que foi furtado anteriormente da Vítima, encontra-se comprovada a partir dos comprovantes de compras que foram colacionados ao Inquérito Policial (Evento 1, doc4, p. 9, dos autos 5000494-78.2022.8.24.0027).

A autoria dos delitos e a materialidade do crime de furto da bolsa da Ofendida está demonstrada a partir das provas colhidas oralmente.

A Vítima Michelle Riane Krause Hilmers Bittencourt narrou em Juízo:

na época foi um dos primeiros dias de trabalho, logo no início da tarde, quando estava muito quente, razão pela qual deixou o vidro do carro meio aberto, aproximadamente dois dedos. Esclareceu que sua bolsa era com alça mais comprida e fina, o que, durante o trabalho, notou que estavam passando seu cartão de crédito no PIX, quando foi ao carro verificar o que estava acontecendo e deu falta da sua bolsa. Informou que seu carro estava estacionado no final da rua, ao lado do posto de saúde, no Centro, perto do parque, sendo que na época tinha uma Lifan x50, da cor branca. Falou que sua bolsa era pequena, razão pela qual carregava poucas coisas consigo, sendo que havia uma carteira pequena, onde tinha três cartões de banco (crédito e débito), sua carteira da Unimed, umas joias que só deu falta depois de um tempo, óculos de sol, a chave do seu consultório, mas não tinha dinheiro em espécie. Explicou que saiu do posto até o carro para ver sua bolsa, porque o cartão que estava sendo usado estava na sua bolsa. Disse que o cartão foi utilizado em um bar na Serra São Miguel, o que foi utilizado três vezes no PIX, quando percebeu e ligou ao banco, sendo que no início os valores eram baixos, poucos reais, e na terceira vez foi em torno de R\$ 70,00. Declarou que o local em que deixou o carro tinha câmeras, e a polícia requisitou essas imagens, o que foi disponibilizado pela Prefeitura, na lateral e frente do posto, onde circulam as pessoas, o que visualizou algumas imagens. Afirmou que não reconheceu as pessoas, mas a polícia identificou quem poderia ser no horário das pessoas que estariam próximas ao seu carro, porque não havia câmeras no local em que deixou o veículo e a moto dos acusados foi em direção ao seu carro, sendo que não há continuação naquela via. Falou que não conhece as pessoas, nem pelo nome. Assinalou que nenhum dos bens foi devolvido, e todos os cartões teve que bloquear e pedir outro, o que o cartão utilizado era da Unicred. Disse que seu veículo não teve dano, apenas percebeu que havia um galho de árvore dentro do seu carro. Negou que tenha ido ao estabelecimento em que seu cartão foi utilizado. À Defesa, esclareceu que sua bolsa era da marca Schutz, a qual é cara e bem conhecida no meio das mulheres. Falou que as imagens das câmeras não eram bem nítidas (conforme transcrição da sentença resistida, Evento 155).

O Informante André Machado, corroborando o que declarou na fase administrativa (Evento 1, doc4, p. 28), mencionou em Juízo:

é comerciante e tem uma lanchonete, mercearia, chamada de «Lanchonete da Serra», localizada na Serra São Miguel. Disse que conhece o Jonathan Lucas Baucelli e os acusados, por conta do comércio, já que eles vêm comprar mercadorias. Afirmou que se recorda de ter ido na delegacia por conta de uma eventual compra que eles realizaram. Relatou que os réus e o Jonathan entraram no seu estabelecimento, fizeram algumas compras e então saíram. Posteriormente, voltaram, provavelmente para comprar mais algumas coisas, o que compraram algo a mais. Informou que foram comprados uma quantidade que já era de costume para eles, em média, 50, 40, 90 e até mais de 100 reais. Contudo, desta vez estavam os três que compraram e deu o problema. Mencionou que foi comprado salgadinhos, sorvete, linguiça para assar (congelada) e coisas deste tipo. Esclareceu que foi feita uma compra pequena, e no total foram duas ou três compras, com um total de R\$ 150,00 ou R\$ 200,00. Declarou que na primeira vez os três chegaram juntos. Explicou que eles estavam com dois ou três cartões, sendo que eles passaram normalmente, mas teve um cartão que eles foram passar no débito, mas ele não aceitava, e apenas funcionou no crédito. Já um outro cartão que eles tinham em mãos passou uma vez, mas depois parou, o que ficou pedindo uma senha, sendo que um dos cartões a senha foi certa e os demais não. Explicou que os cartões foram utilizados por aproximação. Falou que não chegou a visualizar características do cartão, sendo que o único cartão que tiveram que inserir e precisava de senha também não conseguiu visualizar, uma vez que o próprio cliente manuseia o cartão. Afirmou que depois da compra os réus e o Jonathan saíram, caminhando-se para a rua, o que acredita que foram para casa, mas não acompanhou para onde eles foram. Disse que acredita que os três moram perto do seu estabelecimento, mas não sabe exatamente. Mencionou que os três iam aproximadamente 1 vez por semana no seu estabelecimento, mas nem sempre juntos. À Defesa, confirmou que eram dois masculinos e uma feminina, o que uma vez a moça passou o cartão e a outra foi o rapaz mais alto (Conforme transcrição da sentença resistida, Evento 155).

O Informante Jonathan Lucas Baucelli, irmão do Apelante Paulo Vitor Baucelli, fez constar no termo de declaração preliminar:

estava na sua casa quando seu irmão, Paulo Vitor Baucelli, chegou e o convidou para ir ao mercado para comprar algumas [coisas] pois ele tinha acabado de furtar uma bolsa no centro de Ibirama e que tinha um cartão de banco que funcionava por aproximação. Que foram até o bar da Dona Ondina e realizaram algumas compras fazendo o pagamento por aproximação com o cartão furtado (quatro tentativas). Na quinta tentativa, na hora de passar o cartão o mesmo estava bloqueado. Depois de saírem do bar eles queimaram todos os objetos furtados, inclusive a bolsa (Evento 1, doc4, do Inquérito Policial).

Entretanto, perante a Autoridade Policial, Jonathan Lucas Baucelli exerceu o direito ao silêncio (Evento 1, doc2, do Inquérito Policial).

O Recorrente Paulo Vitor Baucelli, na etapa pré-processual, utilizou o seu direito constitucional de permanecer em silêncio (Evento 1, doc1, do Inquérito Policial). Em Juízo, assentou:

questionado se são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, respondeu afirmativamente. Declarou que passou o cartão, mas negou que retiraram o cartão da bolsa da vítima, no carro dela. Informou que pegou o cartão na trilha ecológica do Gertrud, ao lado de onde estava estacionado o carro, o que encontrou o cartão no chão, onde tinha estacionado a moto, e ao passá-lo, deu certo. Disse que tem tatuagem, no braço e na mão, um

diamante e um homem no seu punho, já na perna tem uma tatuagem de folha de maconha. Afirmou que era companheiro da ré Aline (conforme transcrição da sentença resistida, Evento 155).

A Apelante Aline Rodrigues exerceu o direito ao silêncio na etapa administrativa (Evento 1, doc3, do Inquérito Policial), todavia asseverou durante o interrogatório judicial:

o acusado a levou ao posto de saúde para que fizesse o teste da covid, mas como estava muito cheio, decidiram voltar. Asseverou que em nenhum momento viu bolsa alguma, nem estava com nenhuma bolsa. Confirmou que esteve no estabelecimento do André, mas porque o Jonathan e o acusado lhe convidaram para fazer compras, sendo que estava com o seu esposo e o Jonathan parou no local com a moto. Disse que em nenhum momento visualizou eles passando o cartão, sendo que ficou esperando enquanto eles realizaram a compra e então foram embora. Falou que acredita que o Jonathan passou o cartão, sendo este seu cunhado e, questionada do porquê ele iria pagar suas contas, falou não saber, o que não viu cartão nenhum porque ficou na porta do estabelecimento. Questionada se o réu Paulo não lhe contou onde tinha achado o cartão, falou que não. Afirmou que não sabia de nenhuma bolsa ou cartão, sendo que pagavam as compras em dinheiro. Esclareceu que o Jonathan já estava no André, enquanto estava com o Paulo no posto de saúde e disse para irem na mercearia, o que acredita que ele já sabia que o Jonathan estava lá, mas não sabe confirmar. Declarou que o Paulo falou para irem fazer umas compras, não comentando nada do cartão, nem como iriam pagar, o que foi junto. Explicou que compraram linguicinha, chocolate, salgadinhos e sorvete, mas não compraram nenhuma bebida alcoólica. Disse que no dia estava com uma calça jeans, uma blusinha verde e sua bolsa que tinha os documentos, a qual era rosa, mais comprida. Já o Paulo estava de bermuda e tênis, não se lembrando da blusa. Contou que o Paulo tem na perna uma tatuagem (folha de maconha) e no braço também tem tatuagem. Afirmou que tem duas filhas, as quais tem 4 e 9 anos. Falou que já teve uma condenação de furto em 2018, em Lontras, de dinheiro, junto com o Paulo. Mencionou que na mercearia foi comprado linguicinha, sorvete, salgadinho e chocolates, o que chegou a entrar no estabelecimento e ficou na porta, esperando. Afirmou que quando chegou no local o Jonathan já se encontrava. Esclareceu que foram no posto de saúde do Centro de Ibirama, próximo ao pavilhão, no “elefante branco”, e a sua moto ficou parada atrás do posto, onde fica o estacionamento dos funcionários, ocasião em que foi até o posto enquanto o acusado esperou. Falou que havia vários carros próximo, vários brancos, não se lembrando de nenhum da cor vermelha, mas outros da cor prata. À Defesa, informou que quando foi ao posto fazer o teste da covid, o Paulo ficou na moto esperando e, ao voltar, não visualizou nenhuma bolsa ou algo diferente que possa chamar sua atenção. Falou que não conhece a bolsa de marca Schutz. Explicou que mora a aproximadamente 1 ou 2 km do mercado do André, o que iam 2 vezes por semana ao local para fazer compras. Falou que o Jonathan morava na Serra São Miguel com o tio dele (Evento 136).

A Ofendida Michelle Riane Krause Hilmers Bittencourt revelou que percebeu que havia sido furtada quando passou a receber mensagens dando conta de diversas compras utilizando o seu cartão de crédito; no mesmo instante foi ao seu veículo e percebeu que a bolsa que continha os cartões não estava mais no automotor.

O irmão do Recorrente, o Informante Jonathan Lucas Baucelli, foi enfático em informar, na fase administrativa, que foi convidado por Paulo Vitor Baucelli para comprar alguns mantimentos no mercado, e que ele alegou que tinha acabado de furtar uma bolsa no centro de Ibirama, que continha cartão de banco que funcionava por aproximação. Ainda, mencionou que fizeram 4 compras com o cartão furtado e que após isso queimaram todos os objetos subtraídos.

Não se deve duvidar do que foi deduzido pelo Informante Jonathan Lucas Baucelli, já que no dito termo consta sua assinatura.

A respeito das compras realizadas, André Machado, proprietário da mercearia em que os cartões da Vítima foram utilizados, esclareceu que naquele dia os Apelantes e o Informante Jonathan Lucas Baucelli entraram no estabelecimento e fizeram algumas compras; posteriormente retornaram para comprar mais mantimentos, estando na posse de dois ou três cartões, quando a Recorrente Aline Rodrigues passou uma vez o cartão e o indivíduo mais alto também usou o cartão.

O Apelante Paulo Vitor Baucelli confessou que usou o cartão da Vítima, negando, entretanto, o furto da bolsa dela, pois teria encontrado o cartão de crédito usado para realizar as compras no chão.

Nesse sentido, é incontroverso que o Recorrente fez uso dos cartões que foram subtraídos da Vítima; dessa maneira, caberia a ele o ônus da comprovação de que realmente não foi o autor do furto da bolsa dela, porém, deixou de comprovar isso.

Como foi esclarecido por Jonathan Lucas Baucelli, seu irmão Paulo Vitor Baucelli foi o responsável pela prática do furto da bolsa da Ofendida, tendo queimado os objetos dela assim que efetuou as compras na mercearia pertencente a André Machado.

Ademais, em que pese Aline Rodrigues tenha destacado, em Juízo, que não visualizou a compra efetuada por meio do cartão surrupiado da Vítima, já que estaria a todo momento na porta do estabelecimento, a narrativa de André Machado contrapôs o afirmado por ela, pois ele informou, na etapa judicial, que a Apelada usou o cartão da Ofendida. É possível perceber que a Recorrente adentrou no estabelecimento comercial, conforme o comprovam as imagens que foram captadas no interior do estabelecimento (Evento 1, doc4, p. 11, do Inquérito Policial).

Não bastasse, os Apelantes foram flagrados nos arredores do local em que aconteceu o furto da bolsa da Ofendida, conforme diligências de Policiais Cíveis (Evento 1, doc4, p. 23 e 24). Inclusive, ambos trajavam a mesma vestimenta quando utilizaram os cartões anteriormente subtraídos da Vítima (Evento 1, doc4, p. 15, do Inquérito Policial).

Dessa forma, as provas colacionadas ao processo inviabilizam as decretações das absolvições dos Recorrentes, pois está amplamente demonstrada a participação deles nos furtos.

3. O Apelante Paulo Vitor Baucelli busca a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de furtos.

Para que o instituto previsto no art. 71 do Código Penal seja reconhecido é necessária a pluralidade de condutas delituosas; que os crimes sejam da mesma espécie; e que exista identidade de circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, a ponto de se poder concluir que os subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Em que pese sejam crimes da mesma espécie, haja pluralidade de condutas criminosas e exista igualdade de tempo e lugar, não está presente no caso concreto a identidade na maneira de execução dos delitos.

Isso porque o primeiro furto foi cometido ainda no veículo da Vítima, eis que os Recorrentes surrupiaram a bolsa da Ofendida, que estava no interior do automotor. Após isso, os Apelantes se dirigiram a uma mercearia e, de posse dos cartões subtraídos da Vítima, passaram a realizar compras no estabelecimento, sendo essa última prática delitiva totalmente diferente daquela, de modo que deve ser mantido o concurso material de crimes.

Outrossim, conforme remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a continuidade delitiva” “não é reconhecida aos criminosos habituais ou reincidentes” (AgRg no REsp 1.982.480, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 24.5.22).

In casu, Paulo Vitor Baucelli e Aline Rodrigues são reincidentes específicos, conforme comprovam as certidões de antecedentes criminais colacionadas aos autos (Evento 1, doc2).

Assim, não é viável o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de furto.

4. Por fim, pela atuação perante esta Instância, é cabível a fixação de remuneração ao Defensor nomeado para atuar em prol dos interesses do Apelante Paulo Vitor Baucelli, Excelentíssimo Doutor Leonardo Wirth, no valor de R\$ 409,11, nos termos do item 10.4 da tabela anexa à Resolução 5/19-CM/TJSC.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos, desprover o interposto por Aline Rodrigues e prover parcialmente o manejado por Paulo Vitor Baucelli para fixar honorários recursais ao seu Excelentíssimo Defensor nomeado.

Documento eletrônico assinado por **SÉRGIO RIZELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2988307v16** e do código CRC **4bb87d9c**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SÉRGIO RIZELO

Data e Hora: 13/12/2022, às 16:16:34

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5007272-50.2022.8.24.0064/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

AGRAVANTE: VALBER DA SILVA MATOS (AGRAVANTE)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO APENADO. DECISÃO QUE RECONHECEU O COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. ART. 52 DA LEP. PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA DO ARQUIVAMENTO DO RESPECTIVO TERMO CIRCUNSTANCIADO NA SEARA PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA, AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA SÃO INDEPENDENTES, DE MODO QUE A SOLUÇÃO CONFERIDA NO CAMPO CRIMINAL NÃO INTERFERE NA APURAÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE, EXCETUANDO-SE OS CASOS EM QUE SE RECONHECE A INEXISTÊNCIA DO FATO OU DE NEGATIVA DE AUTORIA. E O CASO DOS AUTOS NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DESSAS HIPÓTESES, POIS O ARQUIVAMENTO DO RESPECTIVO TERMO CIRCUNSTANCIADO SE DEU POR FORÇA DO RECONHECIMENTO DA *“AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA À CORRESPONDENTE PERSECUÇÃO PENAL”*.

- AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE INCOMPATIBILIDADE LÓGICA ENTRE AS SOLUÇÕES JURÍDICAS HAVIDAS EM UMA E OUTRA SEARA, POIS O FUNDAMENTO QUE JUSTIFICOU O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO, QUAL SEJA, A IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO PENAL, JAMAIS PODERIA SER TRANSPOSTO À SEARA DA EXECUÇÃO PENAL.

- A TODA EVIDÊNCIA, O EXAME DE RELEVÂNCIA DO MESMO FATO (QUAL SEJA, PORTAR DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL), QUANDO INSERIDO NO ÂMBITO PRISIONAL, RECEBE CONTORNOS ABSOLUTAMENTE DIFERENCIADOS. NÃO SÓ A RELAÇÃO JURÍDICA QUE O INDIVÍDUO DESENVOLVE COM O ESTADO É DIVERSA, COMO A OFENSIVIDADE DA CONDUTA, A PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO E O GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO ASSUMEM EXPRESSÃO COMPLETAMENTE DISTINTA. QUANDO SUBMETIDO A UMA EXECUÇÃO PENAL, O APENADO, POR CERTO, ESTÁ SUJEITO A UM REGIME DISCIPLINAR EXTRAORDINÁRIO, QUE SOBRETUDO BUSCA ASSEGURAR A ORDEM DENTRO DA INSTITUIÇÃO PRISIONAL, MAS TAMBÉM SERVE À CONSTRUÇÃO DE UM AMBIENTE PRÓPRIO AO ALCANCE DO OBJETIVO DE REINTEGRAÇÃO DO INDIVÍDUO À SOCIEDADE. OBVIAMENTE, PORTAR DROGAS NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, AINDA QUE PARA CONSUMO PRÓPRIO, É IMPENSÁVEL SOB ESSA ÓTICA.

- EM SUMA, A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL, SOMADA À IMPOSSIBILIDADE DE SE AFIRMAR QUE A POSSE DE DROGAS NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL (AINDA QUE PARA CONSUMO) SEJA UM FATO INSIGNIFICANTE, PERMITEM O SANCIONAMENTO COMO INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE CONDUTA ENQUADRADA NA PREVISÃO D ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006 QUE NÃO DEU ENSEJO À PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 05 de julho de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo apenado VALBER DA SILVA MATOS em face de decisão do mov. seq. 214 proferida nos autos da execução penal n.º 0001784-84.2019.8.24.0007, que homologou o PAD instaurado pela Portaria n.º 214/2021 e reconheceu a prática de falta grave pelo recorrente, consistente em cometimento de novo crime, decretou a regressão definitiva de regime ao fechado, a perda de 1/3 dos dias remidos e a alteração da data-base para 30-11-2021.

Por seu recurso, sustenta o apenado, em síntese, que a absolvição sumária no processo criminal e o arquivamento fundado na ausência de tipicidade da conduta obstam o reconhecimento da falta disciplinar prevista no artigo 52 da LEP. Com base nisso, postula o afastamento da falta grave reconhecida. Subsidiariamente, alega que *“considerando o histórico carcerário do recorrente, que sempre manteve bom comportamento, jamais teve sequer uma advertência e considerando as circunstâncias da falta cometida, suposta posse de pequena quantidade de droga para consumo, não restam dúvidas que a aplicação de punição em seu patamar máximo, mostra-se inadequada e desproporcional”*. Requer, assim, *“a revisão do quantum referente a perda dos dias remidos, porquanto o MM juízo a quo determinou a perda de 1/3 dos dias remidos, ignorando os critérios estabelecidos no artigo 57 da LEP, determinando-se a perda de 1/6 dos dias remidos”* (evento 1 dos autos recursais de primeiro grau).

Fortam ofertadas as contrarrazões (evento 15 dos autos recursais do primeiro grau). E o Juízo *a quo* manteve a decisão recorrida (evento 5 dos mesmos autos).

Distribuído o recurso nesta Corte, vieram os autos a este gabinete conclusos para julgamento,

após a prolação de parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido do conhecimento e provimento (evento 8 destes autos).

VOTO

Como relatado, por seu recurso, pretende o apenado a reforma da decisão que reconheceu a prática da falta grave prevista no art. 52 da LEP e, por consequência, aplicou as sanções cabíveis (regressão de regime, alteração de data-base e perda de dias remidos).

Adianto que o recurso deve ser conhecido e desprovido.

O apenado VALBER DA SILVA MATOS cumpre pena privativa de liberdade de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, pelo cometimento do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. V, da Lei n.º 11.343/2006, qual seja, tráfico de entorpecentes interestadual (condenação oriunda dos autos da ação penal n.º 0000956-88.2019.8.24.0007).

Enquanto cumpria pena em regime semiaberto, foi-lhe imputada pela Autoridade Administrativa Prisional a prática de fato previsto como crime doloso, porque, no dia 30-11-2021, durante revista estrutural no Alojamento D2, foi encontrado, dentro do seu colchão, um papelote de fumo de corda e um papelote de substância análoga à maconha, com aproximadamente 9g, conforme B.O n.º 00005-2021.0005876 e laudo pericial n.º 2021.02.132264.21.001-72 (seq. 177.1).

Foi instaurado o PAD n.º 214/2021, que está acostado no mov. seq. 177.1 dos autos do PEC, para apuração da suposta posse de substância com características semelhantes à maconha no interior das dependências da Colônia Penal Agrícola de Palhoça.

Durante o processamento do PAD, foram regularmente observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, tendo sido ouvidos os Policiais Penais envolvidos nos fatos e, posteriormente, o reeducando. Foi apresentada defesa escrita. Houve juntada do laudo pericial referente ao exame realizado sobre a substância apreendida. Por fim, o Conselho Disciplinar opinou pelo reconhecimento da infração disciplinar, o que foi corroborado pelo Diretor da Unidade Prisional.

Na seara judicial, foi realizada audiência de justificação, oportunidade em que foram novamente ouvidos o Policial Penal Wesley Clayton Rodrigues Leal e o reeducando Valber da Silva Matos (mov. seq. 203.1). Em seguida, o Ministério Público e a defesa apresentaram alegações finais escritas (mov. seq. 208 e 212).

Em paralelo, o fato ensejou a instauração do Termo Circunstanciado n.º 5018056-80.2021.8.24.0045 pela prática do crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, no bojo do qual o Ministério Público deixou de apresentar denúncia, requerendo o arquivamento “*pela ausência de justa causa à correspondente persecução penal*”. No dia 3-12-2021, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça acolheu a manifestação e determinou o arquivamento do feito.

Por meio do presente recurso, o apenado traz a conhecimento desta Câmara Criminal a tese de que, nesse contexto jurídico processual, de arquivamento do feito na seara penal, não seria possível o reconhecimento da infração administrativa disciplinar.

O debate é interessante, porém, razão não assiste ao agravante.

Como relatado, a punição disciplinar aplicada ao agravante teve por base a prática de fato previsto como crime doloso, qual seja, o previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, em razão de ter ele sido flagrado em revista com substância entorpecente conhecida como maconha no interior do estabelecimento prisional.

Não há dúvidas (nem se discute) que a conduta de possuir entorpecentes para consumo próprio (ainda) tem natureza de crime (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006) e que o cometimento de fato previsto como crime doloso, no âmbito da execução penal, configura falta disciplinar de natureza grave (art. 52 da LEP).

Tem-se, portanto, fato que se caracteriza, ao mesmo tempo, como infração disciplinar de natureza grave e como crime, o que, por consequência, enseja a reação estatal em, pelo menos, duas esferas jurídicas distintas - a administrativo-judicial da Execução Penal e a Penal.

E diferentemente do que ocorre na grande maioria dos casos que vêm às pautas de julgamento desta Câmara de Direito Criminal, não se está discutindo a necessidade (ou desnecessidade) de sentença condenatória com trânsito em julgado para o reconhecimento da infração disciplinar, e sim a existência (ou inexistência) de vinculação da esfera administrativa em caso de conclusão diversa e favorável ao apenado na esfera penal.

E mais especificamente - questiona-se a repercussão na esfera administrativo-judicial de apuração da falta disciplinar de natureza grave no âmbito da Execução Penal do arquivamento do respectivo termo circunstanciado na esfera penal.

Em verdade, o debate jurídico proposto não é novo e a solução para o questionamento se depreende de orientação há muito sedimentada na jurisprudência e doutrina pátrias sobre a matéria, no sentido *da independência entre as esferas penal e administrativa*.

Como se sabe, são independentes as searas penal e administrativa, estando a Administração vinculada apenas à decisão do Juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. E o caso dos autos não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses, pois o arquivamento do Termo Circunstanciado n.º 5018056-80.2021.8.24.0045 se deu por força do reconhecimento da “ausência de justa causa à correspondente persecução penal”.

Colaciono recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça reforçando esse entendimento:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA FALTA GRAVE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que as esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime.

2. No presente caso, pela leitura do acórdão recorrido, há a independência das esferas administrativa e penal, uma vez que a sentença absolutória proferida no âmbito criminal não reconheceu a inexistência material do fato ou a negativa da autoria, devendo ser mantido o reconhecimento da falta grave.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgInt no AREsp n. 2.018.238/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.)

Aliás, é oportuno ressaltar que a noção de **independência entre as esferas administrativa e penal** está expressa no próprio art. 52 da LEP em dois pontos - inicialmente, quando o dispositivo prevê como falta grave o cometimento de “FATO” definido como crime, e não a prática DE CRIME (do que se depreende que é prescindível pronunciamento judicial de qualquer natureza reconhecendo que o indivíduo cometeu um crime); e, em seguida, quando a norma preleciona que o reconhecimento da infração disciplinar dar-se-á “*sem prejuízo da sanção penal*” (isto é, independentemente da sorte do sujeito no âmbito penal).

Para além disso, convém destacar também que a noção de independência entre as searas administrativa e penal foi reforçada por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Tema de Repercussão Geral n.º 758. Naquela ocasião, a Corte Suprema, invocando a todo momento a premissa da independência entre as esferas, assentou que o reconhecimento da infração de caráter administrativo prescinde de qualquer provimento judicial. E, nessa esteira, dispensou o trânsito em julgado da condenação criminal para o reconhecimento da falta grave.

Assim sendo, e considerando que o arquivamento do Termo Circunstanciado, no caso, se deu por fundamento diverso da constatação da inexistência do fato e da negativa de autoria, é certo que o resultado na esfera penal, na hipótese em concreto, não tem reflexos ou repercussão na esfera administrativo-prisional.

É bem verdade que se identificam na jurisprudência casos em que a independência entre as esferas administrativa e judicial sancionatórias é relativizada em ainda maior extensão para se evitar dissintonias entre as instâncias ou incompatibilidade lógica entre as soluções aplicadas em uma e outra seara. Como exemplo, tem-se o seguinte julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER ACOLHIDO.

1. *Embora não se possa negar a independência entre as esferas - segundo a qual, em tese, admite-se repercussão da absolvição penal nas demais instâncias apenas nos casos de inexistência material ou de*

negativa de autoria -, não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa. Precedente.

2. Em hipóteses como a dos autos, em que o único fato que motivou a penalidade administrativa resultou em absolvição no âmbito criminal, ainda que por ausência de provas, a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias.

3. Recurso provido a fim de determinar o cancelamento da falta grave apurada no procedimento administrativo disciplinar e de todos os efeitos dela decorrentes.

(RHC n. 33.827/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe de 12/12/2014.) - Grifei

O caso em análise, contudo, tampouco se enquadraria nessa hipótese, pois o fundamento que justificou o pedido de arquivamento pelo Ministério Público do Termo Circunstanciado n.º 5018056-80.2021.8.24.0045, qual seja, a irrelevância da conduta sob o ponto de vista do Direito Penal, jamais poderia ser transposto à seara da execução penal.

Em sua manifestação exarada nos autos do referido Termo Circunstanciado, o titular da ação penal, afirmando que o consumo pessoal de drogas é “*sob a ótica criminal, atípico*” e que “*os fatos noticiados não mais se mostram relevantes do ponto de vista do Direito Penal*”, concluiu pela “*ausência de justa causa à correspondente persecução penal*”.

A toda evidência, o exame de relevância do mesmo fato (qual seja, portar drogas para consumo pessoal), quando inserido no âmbito prisional, recebe contornos absolutamente diferenciados. Não só a relação jurídica que o indivíduo desenvolve com o Estado é diversa, como a ofensividade da conduta, a periculosidade social da ação e o grau de reprovabilidade do comportamento assumem expressão completamente distinta.

Quando submetido a uma execução penal, o apenado, por certo, está sujeito a um regime disciplinar extraordinário, que sobretudo busca assegurar a ordem dentro da instituição prisional, mas também serve à construção de um ambiente próprio ao alcance do objetivo de reintegração do indivíduo à sociedade. Obviamente, portar drogas no interior do estabelecimento prisional, ainda que para consumo próprio, é impensável sob essa ótica.

Se, na seara penal, o fato em análise não justificou o exercício do poder punitivo estatal para a imposição de sanção penal, pois considerado, nesse âmbito, insignificante, na seara da execução penal, em sendo inviável a mesma afirmação de irrelevância, é certo que a resposta sancionatória administrativa revelou-se imprescindível.

Para além disso, é certo que a solução dada ao caso no âmbito do Termo Circunstanciado é orientada por postulados próprios da seara PUNITIVA PENAL, que perdem sentido no âmbito DISCIPLINAR DA EXECUÇÃO PENAL, quais sejam o da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado.

Considerando, portanto, a independência entre as esferas administrativa e penal e,

ademais, a ausência de incompatibilidade lógica entre as soluções jurídicas dadas ao caso em uma e outra seara, concluo que o arquivamento do respectivo termo circunstanciado na esfera penal, na hipótese dos autos, efetivamente não tem repercussão na esfera administrativo-judicial de apuração da falta disciplinar de natureza grave no âmbito da Execução Penal.

Por tudo isso, a decisão recorrida deve ser confirmada.

Por fim, no que tange à decretação de perda dos dias remidos, entendo que a fundamentação empregada pelo Juízo do primeiro grau no ato vergastado se mostrou idônea a justificar a fixação do patamar máximo previsto no art. 127 da LEP. Com efeito, a infração disciplinar prevista no art. 52 da LEP, por tratar da recidiva criminosa quando o indivíduo já se encontra cumprindo pena por condenação pretérita, é, por si, bastante grave. Na hipótese, ainda, o novo fato criminoso, de portar drogas, foi praticado no interior do estabelecimento prisional por sujeito que se encontrava cumprindo pena por tráfico de entorpecentes. Nesse contexto específico, a sanção aplicada em seu patamar máximo mostrou-se adequada e proporcional.

Assim, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2429026v44** e do código CRC **870ab613**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

Data e Hora: 5/7/2022, às 21:25:20

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5031555-21.2022.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVANTE)

AGRAVADO: RODRIGO MARTINS (AGRAVADO)

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELO APENADO DAS CONDIÇÕES DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. DECISÃO RECORRIDA QUE DEIXOU DE RECONHECER A PRÁTICA DE FALTA GRAVE. APLICAÇÃO, NO CASO, DA SANÇÃO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. ART. 146-C, LEP. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- O DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES E LIMITES DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO TANTO PODE DAR ENSEJO À CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE (PREVISTA NO ART. 50, INC. VI, C/C ART. 39, INC. V DA LEP, ISSO SE NÃO CARACTERIZADA A PRÓPRIA FUGA, TIPIFICADA NO INC. II DO MESMO DISPOSITIVO), COMO PODE CARACTERIZAR MERO DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO OBRIGATÓRIA (ATRAINDO A INCIDÊNCIA DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 146-C, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEP).

- *IN CASU*, A CONDUITA DO APENADO, EM TESE, PODERIA CONFIGURAR FALTA GRAVE, PORÉM, NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICO-PROCESSUAIS ESPECÍFICAS DO CASO CONCRETO, NÃO JUSTIFICA O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR, MOSTRANDO-SE A REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO CONSEQUÊNCIA (AMPARADA NA LEI, CONFORME ART. 146-C, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEP) ADEQUADA E SUFICIENTE NO CASO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de setembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face da decisão de mov. seq. 114.1 proferida nos autos da execução penal n.º 0007344-11.2019.8.24.0038, que não reconheceu a prática de falta grave pelo agravado, RODRIGO MARTINS, diante da notícia de descumprimento das condições do monitoramento eletrônico.

Por seu recurso, postula o Ministério Público o reconhecimento da prática de falta grave pelo apenado, consistente no descumprimento das condições da prisão domiciliar (artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, inciso V, ambos da Lei de Execução Penal). Sustenta que não há como acolher as justificativas apresentadas, porque, embora o reeducando alegue que estivesse em situação de rua, não comprovou tal circunstância. Com base nisso, em síntese, postula ao final “*o conhecimento e o provimento do presente recurso, para (i) reconhecer a falta grave consistente no descumprimento das condições da prisão domiciliar, nos termos do artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, inciso V, ambos da Lei de Execução Penal, e, conseqüentemente, a regressão do regime prisional, a alteração da data-base (7-10-2021 – seq. 79) e a perda dos dias remidos na fração de 1/3 (33,33%); e (ii) declarar a interrupção no cumprimento da pena durante todo o período em que o apenado permaneceu desviado em prisão domiciliar (13-7-2021 a 7-10-2021)*” (evento 1 dos autos recursais).

Ofertadas as contrarrazões (evento 4 dos autos recursais do primeiro grau), o Juízo *a quo* manteve a decisão recorrida (evento 6 dos mesmos autos).

Distribuído o recurso nesta Corte, vieram os autos a este gabinete conclusos para julgamento, após a prolação de parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido do conhecimento e provimento (evento 8 destes autos).

VOTO

Como relatado, por seu recurso, pretende o Ministério Público a reforma de decisão que deixou de reconhecer a prática de infração disciplinar de natureza grave por parte do apenado RODRIGO MARTINS em razão do descumprimento das condições do monitoramento eletrônico.

Postula o órgão ministerial o reconhecimento da falta grave prevista no artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, inciso V, ambos da Lei de Execução Penal, aplicando-se as penalidades legais dela decorrentes, consistentes na regressão do regime prisional, modificação da data-base e perda dos dias remidos.

Adianto que o recurso deve ser conhecido e desprovido.

Passo à contextualização fático-processual do caso em julgamento, valendo-me de parcial transcrição da decisão recorrida (mov. seq. 114.1 do PEC).

[...] Trata-se de execução penal em face do apenado RODRIGO MARTINS, condenado às penas somadas de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado, pela prática de crimes comuns, reconhecida a reincidência. Atualmente está o apenado no regime semiaberto, com alocação na Penitenciária Industrial de Joinville. [...]

É o necessário relatório. Decido.

Consta dos autos que em 09.07.2021 o apenado obteve antecipação de saída em regime domiciliar, mediante monitoramento eletrônico. Durante o período em que esteve nesta condição, a UME - Unidade de Monitoramento Eletrônico registrou 1 descumprimento em 11.07.2021 consistente em “fim de bateria”, com posterior alteração do status do apenado em 13.07.2021 para “quebra de regras do monitoramento eletrônico”. Em 19.07.2021 este Juízo revogou a antecipação de saída e em 07.10.2021 o apenado foi recapturado.

Judicialmente o apenado relatou que quando foi liberado sob monitoramento eletrônico relatou aos policiais penais da unidade que não tinha para onde ir e que não queria sair sob monitoramento. Disse que a decisão de soltura foi cumprida mesmo assim e que naquele momento informou o endereço de sua irmã, mesmo sabendo que lá não poderia ficar. Relatou também que apenas recordava do telefone de uma amiga, tendo informado este por ocasião da soltura. Disse que após ser liberado acabou permanecendo em situação de rua, não tendo onde recarregar sua tornozeleira eletrônica. Relatou que algum tempo após a tornozeleira desligar por falta de recarga, este a removeu e guardou em sua mochila, que acabou furtada tempos depois (seq. 107). [...]

Como visto:

- em 9-7-2021, a RODRIGO MARTINS foi concedida a “saída antecipada em regime semiaberto em prisão domiciliar, de forma excepcional, mediante monitoramento eletrônico” (mov. seq. 39.1); **importante registrar que o benefício foi concedido por decisão exarada nos autos de incidente instaurado pelo Juízo «para tratar da forma e do local do cumprimento da pena em regime semiaberto na Comarca de Joinville/SC» (0015103-26.2019.8.24.0038);**

- em 11-7-2021, foi registrado o fim da bateria do dispositivo e, em 13-7-2021, foi encerrado o monitoramento “e seu status alterado junto ao Departamento de Administração Prisional para “QUEBRA DE REGRAS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO” (mov. seq. 56.1);

- em 19-7-2021, foi revogado o benefício com determinação de retorno ao regime semiaberto (mov. seq. 59.1);

- por fim, em 7-10-2021, o reeducando foi recapturado (mov. seq. 79), tendo permanecido recolhido no regime semiaberto até recentemente, quando reuniu os requisitos para a progressão de regime prisional ao aberto (em 25-7-2022, conforme decisão de mov. seq. 128).

Passados nove meses da recaptura, ouvido em audiência de justificação (em 5-7-2022, mov. seq. 107), o apenado asseverou que, desde antes do início do cumprimento de sua pena, já vivia em situação de rua, destacando que, ao ser liberado, não tinha onde morar, tampouco um número de celular para dar. Enfatizou que informou toda essa situação por ocasião de sua liberação, não tendo tido alternativa, senão fornecer o número de telefone de uma amiga (único que sabia de cabeça) e o endereço de sua irmã (com quem não pode residir). Acrescentou que foi recapturado em abordagem na rua. Destacou as dificuldades de reinserção civil e social na condição de egresso do sistema prisional.

Em prosseguimento, as partes se manifestaram e o Juízo proferiu a decisão recorrida, lastreada na seguinte fundamentação, calcada na questão humana e social envolvida no caso:

[...] Pois bem. A justificativa apresentada é apta a afastar a falta grave.

Isto porque, além de plausível, toda a informação que existe nos autos acerca do período em que o apenado este sob monitoramento se encaixa com o relato apresentado, haja vista a existência de 1 único descumprimento em 11.07.2021, consistente em “fim de bateria”, com posterior alteração de status em 13.07.2021 para “quebra de regras do monitoramento eletrônico”.

Ademais, inexistente indicativo nos autos de que o apenado tenha tentado furtar-se do cumprimento da pena ou que tenha participado de novos delitos.

Assim, no caso em tela, tem-se que existem dois possíveis caminhos para se seguir. O primeiro é o do reconhecimento da falta grave, conforme postula o Ministério Público. O segundo é o do afastamento da falta imputada em razão das peculiaridades do caso concreto, que é radicalmente distinto de casos em que apenados sob monitoramento voltam ao cárcere em razão de rompimento de tornozeleira para fuga ou quando presos em flagrante por novos crimes.

Como forma de decidir o melhor caminho a ser adotado, é imperioso que se leve em consideração o princípio pro homine, trazido no art. 29, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), a saber: “Artigo 29. Normas de interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:[...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; [...]”.

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes destaca que “por força do princípio interpretativo pro homine cabe enfatizar: quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito)” (<https://www.migalhas.com.br/depeso/42806/direito-dos-direitos-humanos-e-a-regra-interpretativa--pro-homine---segunda-parte>).

Ainda, em notável julgado do Supremo Tribunal Federal, extrai-se a recomendação de que “os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE Validação deste em <https://seeuimplantacao.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJSR4 65GSN 9UAAP SVN3U SEEU - Processo: 0003992-94.2019.8.24.0054 - Assinado digitalmente por JOAO MARCOS BUCH:4742 [27.1] DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO - Decisão em 14/05/ 2021 aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs” (HC 91361, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL02347 -03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120)

Ou seja, a partir de referido princípio, há que se pontuar que o simples fato de ser o apenado pessoa em situação de rua, com notória dificuldade de carregamento do dispositivo de monitoramento, não pode redundar automaticamente em falta grave, haja vista que caso assim fosse, todo aquele que obtém o direito de antecipação de saída, progressão ao regime aberto e/ou livramento condicional e não conseguisse recarregar tornozeleira eletrônica e/ou comprovar endereço em razão de situação de vulnerabilidade, cumpriria integralmente a pena em unidade prisional, o que vai de encontro ao art. 1º da LEP, que aponta que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Assim, nada obstante exista registro de fim de bateria e alteração de status para “quebra de regras do monitoramento eletrônico” em razão da não recarga do dispositivo, facilmente compreensíveis em razão da situação de rua do apenado, imperioso afastar a falta grave imputada ao apenado. [...]

A partir disso, afastou o pleito de reconhecimento de infração disciplinar de natureza grave e requisitou à Penitenciária que cumprisse o requerido pela Defensoria Pública no sentido de se encaminhar o apenado “*para atendimento pelo setor social da unidade, inclusive para elaboração de planejamento/encaminhamento a uma das instituições de acolhimento social (casa de passagem) que mantém convênio com o município, previamente a benefício penal que implique em saída do estabelecimento prisional*” (mov. seq. 114.1).

Insurgiu-se, por fim, o Ministério Público, recorrendo a este Tribunal para que a infração disciplinar fosse reconhecida.

Entendo, porém, considerando as especificidades do contexto fático, jurídico e processual exposto, que a revogação do benefício como consequência do descumprimento das condições de monitoramento foi medida adequada (conforme art. 146-C, parágrafo único, da LEP) e suficiente no caso e que, por conseguinte, não se justifica o reconhecimento de infração disciplinar de natureza grave, merecendo confirmação a decisão recorrida.

Com efeito, não se discute que a inobservância das condições estabelecidas para o monitoramento eletrônico pode constituir falta grave, tipificada nos arts. 50, inciso VI c/c art. 39, inciso V, ambos da Lei de Execução Penal, especialmente quando a hipótese resulta na impossibilidade de continuidade da fiscalização estatal. Nesse sentido é o entendimento consolidado da Corte Superior, replicado pelas Câmaras Criminais deste Tribunal.

Nessa linha, em consulta à jurisprudência pátria, verifica-se com facilidade que, por regra, casos como o **de rompimento do lacre do dispositivo** (HC n. 364.261/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2017, DJe de 15/2/2017), **de bloqueio intencional de sinal** (HC n. 400.495/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/9/2017, DJe de 25/9/2017) ou **de manutenção do equipamento descarregado por relevante período de tempo** (AgRg no HC n. 595.942/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 11/2/2021) ensejam a caracterização de infração disciplinar de natureza grave. Considera-se, portanto, que o apenado descumpriu a ordem de manter o dispositivo em funcionamento a ponto de fazer cessar a monitoração estatal, conduta que se amolda à falta grave e justifica a aplicação das respectivas sanções.

Não se pode ignorar, contudo, que há também outras formas de descumprimento das condições de monitoração, que apresentam menor gravidade e, muitas vezes, nem sequer impossibilitam a continuidade da fiscalização estatal. É o caso, por exemplo, da “**inobservância do perímetro de inclusão declarado para o período noturno**” (REsp n. 1.519.802/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe de 24/11/2016) e **do descarregamento do aparelho por curto período de tempo** (RHC n. 129.485/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 23/9/2020).

Considera-se, em casos de menor gravidade, que há mero descumprimento de condição obrigatória da monitoração eletrônica, hipótese que constitui causa de revogação facultativa do benefício e que autoriza sanções diversas, aplicadas, a critério do Juízo da Execução Penal (ouvidos o Ministério Público e a defesa), entre aquelas previstas no artigo 146-C, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, incluído pela Lei nº 12.258, de 2010, quais sejam, a regressão do regime, a revogação da saída temporária, da prisão domiciliar ou a advertência por escrito. *In verbis*:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - a regressão do regime; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - a revogação da autorização de saída temporária; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VI - a revogação da prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) - Grifei

Em suma, o descumprimento das condições e limites do monitoramento eletrônico tanto pode dar ensejo à configuração de falta grave (prevista no art. 50, inc. VI, c/c art. 39, inc. V da LEP, isso se não caracterizada a própria fuga, tipificada no inc. II do mesmo dispositivo), como pode caracterizar mero descumprimento de condição obrigatória (atraindo a incidência das sanções previstas no art. 146-C, parágrafo único, da LEP).

Assentadas tais premissas teóricas, a rotina de julgamentos desta Câmara Criminal mostrou, ainda, que a subsunção dessa base normativa abstrata à realidade é complexa e envolve de maneira extremamente relevante questões outras de ordem administrativa e social. O enfrentamento recorrente de diferentes casos de descumprimento de condições de monitoramento tem revelado, no meu sentir, a imaturidade do sistema e a insuficiência de muitos dos procedimentos adotados na prática pela Central Penal de Monitoramento, o que tem me feito concluir que não é possível atender à recorrente pretensão ministerial de necessariamente enquadrar qualquer descumprimento como infração de natureza disciplinar de natureza grave, com aplicação concomitante das severas sanções de regressão de regime, alteração de data-base e perda de dias remidos. É preciso verificar com profundidade todas as nuances do caso, não só processuais e jurídicas, mas também administrativas, sociais e humanas.

Retornando ao caso concreto, é certo que a conduta do apenado, isoladamente considerada, em tese, poderia sim configurar falta grave. Porém, reconhecer a infração disciplinar sob a afirmação de que houve quebra do voto de confiança dado pelo Juízo significaria ignorar o fato de que foi o Estado quem o retirou antecipadamente do cárcere (em incidente instaurado de ofício pelo Juízo e acompanhado pelo Ministério Público voltado a tratar da superlotação da unidade prisional e das medidas necessárias à contenção da pandemia), medida adotada sem a mínima verificação sobre a existência de condições desse reeducando cumprir o que lhe seria exigido como contrapartida, ignorando-se a circunstância (previamente existente) desse indivíduo vir de situação de rua. De maneira semelhante, reconhecer a infração disciplinar sob a afirmação de que o fato é relevante ante o período que o apenado ficou sem vigilância (quase três meses) seria igualmente desconhecer que, em verdade, o Estado, apenas quatro dias depois de liberar o monitorando, diante da primeira ocorrência de fim de bateria (obviamente ocorrida menos de dois dias da liberação), encerrou o monitoramento alterando o “*status*” do caso para “*QUEBRA DE REGRAS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO*”.

Ante todo o exposto, cabem os seguintes questionamentos - a que fim serviu essa medida de saída antecipada mediante monitoramento no processo de execução penal imposto a Rodrigo? Que chance tinha esse indivíduo (que não pediu para sair antecipadamente mediante monitoração e que não tinha mínimas condições de assumir as obrigações cujo descumprimento se pretende que se reconheça como infração disciplinar)? Que efeito prático positivo teria reconhecer hoje a infração disciplinar, passados quase onze meses da retomada da execução penal (já tendo havido, inclusive, progressão ao aberto)?

A mim não restam dúvidas de que o acolhimento da pretensão ministerial seria um contrassenso.

Assim sendo, reitero que, no caso, diante do verificado descumprimento das condições de monitoramento eletrônico, a medida de revogação imediata do benefício, com retorno ao regime semiaberto, sem dúvida, foi a solução, com amparo legal, mais adequada e proporcional.

Assim, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2664553v24** e do código CRC **bf36bf1d**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

Data e Hora: 6/9/2022, às 19:24:53

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5006391-45.2021.8.24.0020/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

AGRAVANTE: VALDIR XIMENDES

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MP)

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO APENADO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PLEITO DE REMIÇÃO FICTA (POR TRABALHO). POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO, COM EXTENSÃO DO ALCANCE DA NORMA PREVISTA NO ART. 126, §4º, DA LEP, AOS APENADOS IMPOSSIBILITADOS DE TRABALHAR OU ESTUDAR EM RAZÃO DA PANDEMIA OCACIONADA PELO NOVO CORONAVÍRUS. REVISÃO PELO STJ DO ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE NO IRDR N.º 22 NO JULGAMENTO DO RESP INTERPOSTO NOS MESMOS AUTOS, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPEITIVOS (TEMA N.º 1120). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- TESE FIRMADA NO JULGAMENTO DO TEMA N.º 1120 PELO STJ: NADA OBSTANTE A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA QUE DEVE SER CONFERIDA AO ART. 126, §4º, DA LEP, OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA E DA FRATERNIDADE, AO LADO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE DA NORMA E DA SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA DA PANDEMIA DE COVID-19, IMPÕEM O CÔMPUTO DO PERÍODO DE RESTRIÇÕES SANITÁRIAS COMO DE EFETIVO ESTUDO OU TRABALHO EM FAVOR DOS PRESOS QUE JÁ ESTAVAM TRABALHANDO OU ESTUDANDO E SE VIRAM IMPOSSIBILITADOS DE CONTINUAR SEUS AFAZERES UNICAMENTE EM RAZÃO DO ESTADO PANDÊMICO. CASO CONCRETO QUE SE AMOLDA À HIPÓTESE.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto pelo apenado VALDIR XIMENDES em face de decisão do mov. seq. 37, proferida nos autos da execução penal n.º 0061831.09.2014.8.24.0004 (SEEU), que indeferiu pedido de remição ficta por trabalho, deduzido pela Direção Prisional no mov. seq. 30.2 dos mesmos autos.

A defesa técnica, desempenhada pela Defensoria Pública deste Estado, sustenta o direito ao reconhecimento da remição ficta do apenado que teve as atividades de trabalho suspensas em razão das medidas adotadas para evitar a propagação do Sars-CoV-2. Para tanto, destaca a relevância do instituto jurídico da remição na execução penal, asseverando que, em razão disso, as normas que disciplinam o benefício tem recebido interpretação extensiva pela jurisprudência. A partir disso, invoca a previsão do art. 126, §4º, da LEP, alegando a possibilidade de aplicação analógica ante a inédita situação de pandemia mundial vivenciada. Ao final, postula o conhecimento do presente recurso e seu integral provimento para que seja reformada a decisão recorrida e concedida ao agravante a remição ficta por trabalho (evento 1 dos autos recursais do primeiro grau).

Ofertadas as contrarrazões (evento 9 dos autos recursais do primeiro grau), o Juízo *a quo* manteve a decisão recorrida (evento 11 dos mesmos autos).

Distribuído o recurso nesta Corte, vieram os autos a este gabinete conclusos para julgamento, após a prolação de parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido do conhecimento e desprovimento (evento 16 destes autos).

Em seguida, o recurso foi sobrestado até ulterior decisão do Superior Tribunal de Justiça em observância ao comando exarado pelo Desembargador Volnei Celso Tomazini, à época 2º Vice Presidente deste Tribunal de Justiça, por ocasião do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto contra o acórdão da Seção Criminal que julgou o mérito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 5023868-78.2020.8.24.0000 (evento 18).

O dessobrestamento foi realizado em 22-9-2022 em atenção à publicação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça (em 20-9-2022), que julgou o REsp n.º **1953607**, interposto nos autos do mencionado IRDR, o qual foi submetido pela Corte Superior à sistemática dos recursos repetitivos, sendo indicado como representativo do Tema n.º 1120 (evento 28).

Feita nova remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta opinou “*no sentido do conhecimento e provimento do presente recurso, deferindo-se ao agravante a remição ficta na forma requerida na seq. 30.2 do SEEU, no tocante ao meses de dezembro de 2020 até fevereiro de 2021*” (evento 33 destes autos).

VOTO

O recurso, adianto, deve ser conhecido e provido.

- Do Sobrestamento do Presente Recurso e dos Efeitos dos Julgamentos exarados nos autos do IRDR n.º 5023868-78.2020.8.24.0000 pela Seção Criminal e pelo Superior Tribunal de Justiça

Em razão da divergência de tratamento conferida pelos Desembargadores componentes das Câmaras de Direito Criminal desta Corte aos recursos que veiculavam a matéria da remição ficta desde o julgamento do IRDR - TJSC N.º 22 (que, inclusive, motivou a prolação de uma série de votos divergentes de minha autoria), reputo importante a abertura deste tópico preambular a respeito do sobrestamento dos feitos e dos efeitos das decisões exaradas nos autos do referido incidente.

Com efeito, no meu entender, em suma, o dessobrestamento dos recursos que tinham como objeto o tema da remição ficta ocorreu apenas com a publicação do acórdão de julgamento pela Corte Superior do REsp n.º **1953607**, interposto nos autos do IRDR - TJSC N.º 22 (e não com o julgamento de mérito deste).

Conforme dispõe o art. 982, §5º, do Código de Processo Civil, na sistemática legal do IRDR, **a suspensão dos processos pendentes que tramitam no Estado apenas cessa caso não seja interposto recurso especial ou extraordinário contra a decisão proferida no incidente.**

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

[...] § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Além disso, **tem o recurso extraordinário ou especial interposto contra o julgamento de mérito do incidente efeito suspensivo automático** por expressa previsão do art. 987 do CPC (*ope legis*).

E, no caso do IRDR N.º 22 deste Tribunal, não só houve a interposição de Recurso Especial, como esse foi admitido pela 2ª Vice-Presidência desta Corte com manifestação expressa acerca da continuidade do sobrestamento (ev. 100 dos autos do IRDR), a respeito da qual todos os Desembargadores componentes das Câmaras de Direito Criminal foram comunicados. *In verbis*:

*[...] À vista do exposto, com fulcro nos artigos 987, caput e § 1º, e 1.030, V, segunda parte, do Código de Processo Civil, **admite-se o Recurso Especial e atribui-se efeito suspensivo, determinando-se que permaneçam sobrestados os processos que versem sobre a matéria do presente IRDR até ulterior decisão do Superior Tribunal de Justiça.***

Comunique-se aos eminentes Desembargadores integrantes das Câmaras Criminais e ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP acerca da presente decisão.

Oportuno especificar que, na sequência, tal Recurso Especial interposto nos autos do IRDR (REsp nº 1953607/SC) - que na Corte Superior recebe tramitação diferenciada - teve exame positivo de admissibilidade.

Para além disso, tal Recurso Especial, quando submetido ao crivo da Terceira Seção do STJ, deu lugar à afetação do tema como representativo da controvérsia (Tema n.º 1120/STJ), com ordem de suspensão nacional da tramitação de processos com Recurso Especial e/ou Agravo em Recurso Especial interposto, em tramitação na origem e/ou no STJ.

Assim, não obstante os recursos de agravos pendentes de julgamento no âmbito dos Tribunais Estaduais não tenham sido sobrestados por força da afetação do tema à sistemática dos recursos repetitivos, é certo que, no âmbito do IRDR a suspensão perdurou, seja por força do efeito suspensivo automático (*ope legis*) do recurso especial na sistemática legal do IRDR (art.s 982 e 987 do CPC), seja pela ordem expressa da 2ª Vice-Presidência desta Corte.

Colaciono julgado do STJ que trata dessa questão jurídico-processual e que inclusive se refere a recurso oriundo deste Tribunal de Justiça, no âmbito do qual foi determinada a devolução dos autos a esta Corte com determinação de que se aguardasse o julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão proferido no IRDR n.º 7/TJSC:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTS. 982, § 5º, E 987, §§ 1º E 2º, DO CPC.

RECURSO PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a suspensão dos feitos cessa tão logo julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo TJ/TRF, com a aplicação imediata da tese, ou se é necessário aguardar o julgamento dos recursos excepcionais eventualmente interpostos.

2. No caso dos recursos repetitivos, os arts. 1.039 e 1.040 do CPC condicionam o prosseguimento dos processos pendentes apenas à publicação do acórdão paradigma. Além disso, os acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos não são impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo automático.

3. Por sua vez, a sistemática legal do IRDR é diversa, pois o Código de Ritos estabelece, no art. 982, § 5º, que a suspensão dos processos pendentes, no âmbito do IRDR, apenas cessa caso não seja interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

*4. Além disso, há previsão expressa, nos §§1º e 2º do art. 987 do CPC, de que os recursos extraordinário e especial contra acórdão que julga o incidente em questão têm efeito suspensivo automático (*ope legis*), bem como de que a tese jurídica adotada pelo STJ ou pelo STF será aplicada, no território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.*

5. Apesar de tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos comporem o microsistema de julgamento de

casos repetitivos (art. 928 do CPC), a distinção de tratamento legal entre os dois institutos justifica-se pela recorribilidade diferenciada de ambos. De fato, enquanto, de um lado, o IRDR ainda pode ser combatido por REsp e RE, os quais, quando julgados, uniformizam a questão em todo o território nacional, os recursos repetitivos firmados nas instâncias superiores apenas podem ser objeto de embargos de declaração, quando cabíveis e de recurso extraordinário, contudo, este, sem efeito suspensivo automático.

6. Admitir o prosseguimento dos processos pendentes antes do julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão do IRDR poderia ensejar uma multiplicidade de atos processuais desnecessários, sobretudo recursos. Isso porque, caso se admita a continuação dos processos até então suspensos, os sujeitos inconformados com o posicionamento firmado no julgamento do IRDR terão que interpor recursos a fim de evitar a formação de coisa julgada antes do posicionamento definitivo dos tribunais superiores.

7. Ademais, com a manutenção da suspensão dos processos pendentes até o julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, assegura-se a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, garantindo-se a segurança jurídica e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Impede-se, assim, a existência - e eventual trânsito em julgado - de julgamentos conflitantes, com evidente quebra de isonomia, em caso de provimento do REsp ou RE interposto contra o julgamento do IRDR.

8. Em suma, interposto REsp ou RE contra o acórdão que julgou o IRDR, a suspensão dos processos só cessará com o julgamento dos referidos recursos, não sendo necessário, entretanto, aguardar o trânsito em julgado. O raciocínio, no ponto, é idêntico ao aplicado pela jurisprudência do STF e do STJ ao RE com repercussão geral e aos recursos repetitivos, pois o julgamento do REsp ou RE contra acórdão de IRDR é impugnável apenas por embargos de declaração, os quais, como visto, não impedem a imediata aplicação da tese firmada.

9. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se aguarde o julgamento dos recursos extraordinários interpostos (não o trânsito em julgado, mas apenas o julgamento do REsp e/ou RE) contra o acórdão proferido no IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023.

(REsp **1869867/SC**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 03/05/2021)

Por derradeiro, recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp n.º **1953607** (Tema n.º 1120), tendo fixado a seguinte tese para uniformização do tratamento da matéria em nível nacional:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. REMIÇÃO DA PENA. ART. 126, §4º, DA LEP. TRABALHO E ESTUDO. SUSPENSÃO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REMIÇÃO. PROIBIÇÃO DA REMIÇÃO FICTA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. DERROTABILIDADE DA NORMA JURÍDICA. ART. 3º DA LEP. PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA E DA FRATERNIDADE. DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA. PRECEDENTE DA 6ª TURMA. PERÍODO DE SUSPENSÃO. COMPARECIMENTO EM JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da Constituição da República, diz-nos que a pena deve sempre ser individualizada para cada infrator. Doutrina e jurisprudência explicam que a individualização ocorre em três etapas: (a) legislativa; (b) judicial; e (c) executória.

2. Discorrendo sobre a terceira etapa da individualização da pena, Guilherme Nucci assevera que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Execução Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 18).

3. A remição é o resgate (ou abatimento) de parte da pena pelo sentenciado por meio do trabalho ou do estudo na proporção estabelecida em lei (art. 126 da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal - LEP).

4. Conforme jurisprudência assente nesta Corte Superior, a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados. Entende-se, portanto, que a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a ratio do referido benefício, que é encurtar o tempo de pena mediante a efetiva dedicação do preso a atividades lícitas e favoráveis à sua reinserção social e ao seu progresso educativo.

5. Nada obstante tal entendimento, ele não se aplica à hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19 por várias razões (*distinguishing*). A jurisprudência mencionada foi construída para um estado normal das coisas, não para uma pandemia com a dimensão que se está a observar com o vírus da covid-19. Exemplifique-se a particularidade do caso com as seguintes medidas verificadas: (a) estado de emergência reconhecido por emenda constitucional (EC 123/22); (b) auxílios emergenciais concedidos à população necessitada; (c) trabalho remoto tanto no setor público quanto no setor privado à maioria dos trabalhadores por determinado período; e (d) recolhimento familiar compulsório decretado pelos governantes.

Esse contexto geral demonstra que os instrumentos ordinariamente utilizados não se mostravam suficientes e adequados para a extraordinariedade dos acontecimentos.

6. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a “Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133).

Nessa linha, negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a remir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

7. Nessa senda, o art. 3º da Lei 7.210/84 estabelece que, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Em outros termos, ressalvadas as restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

8. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de remir parte da sua pena tão somente por estarem privados de liberdade. Não se observa nenhum *discrimen* legítimo que autorize negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de remir a pena durante as medidas sanitárias restritivas.

9. Porém, deve-se realizar um exame, caso a caso, diferenciado-se duas situações: (a) de um lado, os presos trabalhadores e estudantes que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico e, sendo o caso, reconhecer-lhes o direito à remição da pena; (b) de outro, aquelas pessoas custodiadas que não trabalhavam nem estudavam, às quais não se deve estender a benesse. Note-se, assim, que não se está a conferir uma espécie de remição ficta pura e simplesmente ante a impossibilidade material de trabalhar ou estudar. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da Covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.

10. Ainda que não sobre idêntica temática, mas também afeto ao campo da execução penal, a Sexta Turma em precedente recente reconheceu como cumprida a obrigação de comparecimento em juízo suspensa em virtude da pandemia, considerando “desproporcional o prolongamento da pena sem a participação do apenado em tal retardamento.”

11. Tese: Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.

12. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.953.607/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022.)

Com a publicação do acórdão paradigma, determinei a cessação do sobrestamento e a imediata inclusão em pauta de julgamento.

- Do Mérito

A questão jurídica debatida trata da possibilidade ou não de concessão de remição ficta, com extensão do alcance da norma prevista no art. 126, §4º, da Lei de Execução Penal, aos apenados impossibilitados de trabalhar ou estudar em razão da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus.

Na ocasião do julgamento majoritário pela Colenda Seção Criminal do mérito do IRDR N.º 22 deste Tribunal, aderi integralmente aos fundamentos exarados no voto vencido da lavra da Eminente Relatora Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho, que propunha a afirmação da tese jurídica de que “*é possível a extensão do alcance da norma prevista no art. 126, § 4º, da Lei de Execução Penal aos apenados que eram beneficiados com a remição por trabalho e/ou estudo externos e tiveram essa benesse interrompida pelas medidas administrativamente adotadas para impedir a propagação da pandemia*”.

Com efeito, não se trata apenas de interpretação mais benéfica ao apenado, mas também de entendimento que preserva a natureza e a finalidade do instituto jurídico da remição, assim como privilegia os fins da execução penal, em especial a ressocialização do indivíduo.

Ao julgar o REsp n.º 1953607 (Tema n.º 1120), o Superior Tribunal de Justiça, pelo voto exarado pelo Relator, o Exmo. Sr. Ministro Ribeiro Dantas, partindo da premissa de que “*o contexto da pandemia da covid-19 nos convida a uma reflexão mais aprofundada sobre o tema*” da remição, reconheceu a necessidade de se superar a jurisprudência até então dominante sobre a matéria debatida, a qual inequivocamente havia sido consolidada «*para um estado normal das coisas*».

Asseveraram, então, que “*a lei (art. 126, §4º, da LEP) é válida, constitucional e deve ser interpretada restritivamente. Todavia, na hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19, ela*

não se revela a solução mais justa para os presos que já trabalhavam ou estudavam. Por isso, verifica-se uma hipótese em que o aplicador da norma, no caso concreto, deve reconhecer a sua derrota ou superação”.

A partir disso, concluíram que “negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a reter sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceria, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei”.

Não deixaram de destacar, ademais, que “o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de reter parte da sua pena tão somente por estarem privados de liberdade. Não se observa nenhum discrimen legítimo que autorize negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de reter a pena durante as medidas sanitárias restritivas”.

Por fim, assentaram que “Deve-se realizar um exame, caso a caso, dos presos trabalhadores e estudantes que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico e, sendo o caso, reconhecer-lhes o direito à remição da pena. Pessoas custodiadas que não trabalhavam nem estudavam não devem ser beneficiadas”.

Enfatizaram que “essa distinção é relevante, pois demonstra que não se está a conferir uma espécie de remição ficta pura e simplesmente”, especificando que “o benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades”.

Por derradeiro, oportuno reiterar a tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, ao dar provimento ao recurso especial e reformar o julgamento da Seção Criminal desta Corte no IRDR n.º 22:

“Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de Covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico”.

O caso dos autos enquadra-se na hipótese, merecendo assim o recurso provimento, como pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça no segundo parecer exarado nos presentes autos.

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2837094v31** e do código CRC **8e64b006**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO**

Data e Hora: 18/10/2022, às 13:47:50

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000221-21.2020.8.24.0011/SC

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5000221-21.2020.8.24.0011/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

APELANTE: ALISSON ANTONIO PARRA (RÉU)

ADVOGADO: DANIEL DEGGAU BASTOS (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA - REJEIÇÃO - MUNIÇÕES QUE SÃO ENCONTRADAS NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO, LOGO APÓS ELE EMPREENDER FUGA AO AGREDIR SUA ANTIGA COMPANHEIRA.

A dúvida que propende à absolvição é aquela inexpugnável; conquistada a certeza da responsabilidade penal diante de farto conjunto probatório - consubstanciado pela descoberta de munições na residência do réu e relatos dos policiais responsáveis pela apreensão dos artefatos -, inviável falar na aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE LESIVIDADE NA CONDUTA - REJEIÇÃO - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA EXISTENTES, POR SI SÓS - SENTENÇA MANTIDA.

Para fins de condenação nos crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2006, é indiferente que o porte/posse se refira a um armamento isolado, uma só munição, ou vários deles. O simples fato do agente possuir qualquer um deles, irregularmente, por caracterizar um crime de mera conduta e de perigo abstrato, já impõe serem atos ofensivos, perigosos socialmente, com alta reprovabilidade e com lesividade que não podem ser desconsiderados, até porque, o objetivo da norma não é a incolumidade pessoal, mas sim a segurança/paz coletiva que, invariavelmente, vê-se atingida com a que se diz “mero” ato de portar/possuir arma/munição sem a devida autorização.

RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, negar

provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 21 de julho de 2022.

Trata-se de apelação criminal interposta por Alisson Antonio Parra, profissão desconhecida, nascido em 01.02.1992, por meio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Edegar Leopoldo Schlosser, atuante na Vara Criminal da Comarca de Brusque/SC, que julgou procedente a denúncia e condenou o apelante ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime semiaberto, além do pagamento de 39 dias-multa, pela prática da conduta tipificada no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Em suas razões recursais, sustenta a necessidade de reforma da sentença. Para tanto, inicialmente pugna pela absolvição, alegando a carência probatória. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da insignificância da conduta.

Em contrarrazões o Ministério Público pugna pela manutenção da sentença.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Carlos Henrique Fernandes, que se manifestou pelo desprovimento do apelo.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Alisson Antonio Parra, profissão desconhecida, nascido em 01.02.1992, por meio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Edegar Leopoldo Schlosser, atuante na Vara Criminal da Comarca de Brusque/SC, que julgou procedente a denúncia e condenou o apelante ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime semiaberto, além do pagamento de 39 dias-multa, pela prática da conduta tipificada no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Segundo narra a denúncia, no dia 09 de março de 2019, por volta das 11h31min, a guarnição militar foi acionada para atender a suposta ocorrência de violência doméstica na residência situada na Rua Pomerânia, s/n, Bairro Pomerânia, Cidade de Guabiruba/SC. Ao chegarem os milicianos no local ora indicado, dialogaram com a suposta vítima Maria Suzana Alecrim, que alegou que seu companheiro Alisson Antônio Parra havia lhe agredido, sendo que após as agressões e o acionamento da Polícia Militar, teria evadido a residência levando consigo uma arma tipo espingarda e drogas. Neste passo, Maria entregou à guarnição o total de 09 (nove) munições de revólver/espingarda calibre 36 pertencentes ao denunciado, as quais foram apreendidas no local para posterior análise e confecção do respectivo laudo pericial.

Recebida a peça acusatória em 21.01.2020, o feito foi regularmente processado e prolatada a sentença ora atacada em 06.05.2022, sobrevindo o presente recurso, pleiteando, em síntese, em suas razões recursais, a necessidade de reforma do *decisum*. Para tanto, inicialmente pugna pela absolvição, alegando a carência probatória. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da insignificância da conduta.

1. Das provas.

In casu, tem-se como provas produzidas durante a persecução penal a comunicação de ocorrência policial, o auto de apreensão, o laudo pericial (todos do Inquérito nº 5007086-94.2019.8.24.0011), além dos relatos colhidos em ambas as etapas da persecução penal.

Nesse viés, o policial militar Airton Vargas asseverou que foram acionadas via COPOM para atendimento a caso de violência doméstica. Ao chegarem no local, o réu já havia se evadido, embrenhando-se na mata. A companheira do acusado mencionou que foi agredida após uma discussão, sendo que, ao acionar a polícia, o réu fugiu pelos fundos da residência, levando consigo uma arma de fogo. Destacou o fato da vítima ter entregue a munição dizendo que era do companheiro e que Alisson estaria vendendo entorpecentes. Segundo lhe consta, eram nove munições intactas que foram apreendidas no local, sendo que não foi apresentado qualquer documento que permitisse a posse daquela munição. Concluiu ratificando seu depoimento prestado na fase policial (mídia do Evento 41). A narrativa é idêntica àquela da fase policial (autos nº 5007086-94.2019.8.24.0011).

Seu colega de farda, Anderson Fiametti, confirmou que foram acionados para atender a ocorrência de violência doméstica, acrescentando que a polícia já tinha informações de que o acusado realizava o tráfico de drogas na região e que era faccionado. Narrou que, no momento em que chegaram no local, o declarante viu o acusado no topo do morro, numa distância de mais ou menos duzentos metros, em uma área de mata. Disse que inclusive tentaram alcançá-lo, fazendo buscas, mas não localizaram o denunciado. Esclareceu também que a esposa do apelante informou que fora agredida pelo acusado e quando chamou a polícia ele se evadiu, levando consigo uma arma de fogo e drogas. Ato contínuo a ofendida entregou as munições intactas que pertenciam ao acusado (mídia do Evento 41). A narrativa é idêntica àquela da fase policial (autos nº 5007086-94.2019.8.24.0011).

Em juízo, o acusado declarou que não é verdadeira a imputação que lhe é feita na denúncia. Disse que Maria era sua esposa e que conviveu com ela no período de agosto de 2018 até janeiro de 2019, sendo que na data dos fatos já não estavam mais juntos. Questionado sobre os motivos da vítima ter acionado o COPOM para comunicar as agressões e violência doméstica que estava sofrendo naquela data, limitou-se em responder que não sabe, “pois não estava lá”. Também disse que não é verdade tenha fugido para o mato ou que tivesse sido visto pelo policial no momento em que teriam atendido a ocorrência. Prosseguiu negando que a munição apreendida fosse sua e também afirmou não saber a quem pertence. Finalizou afirmando que não pertence a nenhuma facção criminosa (mídia do Evento 41).

2. Do apelo.

Em seu apelo, inicialmente a defesa busca a absolvição, alegando que não existem provas suficientes acerca da autoria.

O apelo, porém, não merece provimento no ponto. Isso porque, apesar da negativa do acusado, é certo que restou devidamente demonstrada a propriedade das munições.

Nesse viés, note-se que ambos os policiais militares foram claros ao consignarem - tanto na fase de inquérito quanto em juízo - que foram acionados para atender ocorrência de violência doméstica, sendo que, ao chegarem ao local, avistaram o réu se embrenhando em uma mata, de modo que não lograram alcançá-lo. Logo em seguida, a ex-companheira do réu, além de lhes confidenciar acerca da briga, também disse que o denunciado estava armado, entregando aos agentes públicos munições lá deixadas por ele.

Como se sabe, “não há motivos para colocar em xeque a credibilidade das palavras dos policiais, quando verificada harmonia com os demais elementos de prova contidos nos autos, e não existam fatos concretos que indiquem a intenção os agentes públicos em prejudicar o acusado” (nesse sentido: TJSC, Apelação Criminal n. 0010702-74.2019.8.24.0008, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, j. em 10.12.2020; Apelação Criminal n. 0011435-47.2019.8.24.0038, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. em 10.09.2020; Apelação Criminal n. 0004322-21.2019.8.24.0045, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 03.03.2020).

Ou seja, os depoimentos dos agentes públicos possuem presunção de veracidade relativa ou *juris tantum* e, quando firmes, harmônicos entre si e convincentes - exatamente como no caso dos autos - mostram-se como meios eficazes para embasar a condenação criminal.

O que se tem, portanto, é que foram encontradas, na residência do réu, munições que lhe pertenciam, sendo que a simples negativa genérica apresentada não é capaz de implicar em absolvição. De igual forma, não merece acolhida a versão quase fantasiosa de que a antiga companheira do réu teria qualquer intenção de prejudicá-lo, já que não se mostra crível que a feminina, além de inventar uma suposta agressão, iria adquirir munições intactas apenas para lhe causar mal.

Dessarte, não há como se acolher o pleito de absolvição.

Quanto à tese de insignificância, melhor sorte não assiste à defesa.

Anote-se, conforme há muito apontado pelos Tribunais Superiores, que “a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional do legislador” (STF, HC nº 102.087/MG, rel. p. o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.08.2012. Do STJ: HC 356.554/RS, rel. Ministro Antonio Saldanha Plaheiro, j. em 23.05.2017; AgRg nos EDcl no HC nº 354.810/PB, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 17.10.2017).

Rememore-se que o delito aqui discutido é, em sua essência, de mera conduta e de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto

jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, já afetadas, por si só, com a posse/porte de armamento e/ou seus acessórios afora das prescrições trazidas no ordenamento respectivo.

Nesse ponto, vale consignar que, na esteira do entendimento consolidado pelos Tribunais pátrios, os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação, de modo que as condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico. Por isso que, nos delitos como aquele ora analisado, basta a simples posse/porte de arma de fogo, municada ou não, ou até mesmo de munição isolada, para consumação (STF, AgRg no RO em HC n. 123.553/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07.10.2014; RHC n° 146.081-AgR, rel. Min. Rosa Weber, dje de 20.11.2017; RHC n° 202.161-AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 28.06.2021; RHC n° 158.087-AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.09.2018. Do STJ: HC n. 317.768/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo [Des. Convocado do TJPE], j. em 23.06.2015; AgRg no AREsp n. 1.098.040/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 15.08.2017).

Por oportuno, com substrato nessa específica compreensão, tem-se que “é pacífico, no âmbito desta Corte Superior, como bem ressaltado pela Terceira Seção, nos autos do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o entendimento de que, para a configuração do tipo penal de porte ilegal de arma de fogo, é irrelevante o fato de a arma estar desmunicada, visto se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto jurídico imediato é a segurança jurídica” (AgRg no AREsp 367860/MG, rel. Min. Rogério Schietti, j. 11.11.2014).

De modo igual, em decisão recente, a Sexta Turma do STJ entendeu que não é possível reconhecer o princípio da insignificância em crimes do Estatuto do Desarmamento, pois “a conduta de possuir 1 (uma) munição de arma de fogo calibre .45 amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, sendo desnecessário indagar acerca da periculosidade concreta dessa conduta, pois se trata de crime de mera conduta e de perigo abstrato” (STJ: AgRg no REsp 1856535/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 17.02.2021).

Não se olvida aqui a presença de julgados no sentido de que é possível reconhecer o princípio da insignificância quando encontradas quantidades ínfimas de munições. Nesse viés, citem-se, por exemplo: STF, RHC n° 143.449, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26.09.2017, onde foi apreendido um único projétil; e STJ, AgInt no REsp n° 1.704.234/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnios, j. em 08.02.2018, onde foram apreendidos 3 cartuchos de munição; REsp n° 1.710.320/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 03.05.2018, envolvendo a apreensão de 2 projéteis.

Por outro lado, o próprio STJ já decidiu que “não obstante, vale lembrar, no ponto, que esta Corte acompanhou a nova diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que passou a admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese da posse de pequena quantidade de munição,

desacompanhada de armamento hábil a deflagrá-la. Saliente-se, contudo, que, para que exista, de fato, a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, deve-se examinar o caso concreto, afastando-se o critério meramente matemático. Isso porque é evidente que a aplicação ou não do princípio da bagatela está diretamente relacionada às circunstâncias do flagrante, sendo imperioso o vislumbre imediato da ausência de lesividade da conduta, o que não ocorre, por exemplo, quando a apreensão está atrelada à prática de outros delitos, ou mesmo quando há o acompanhamento das munições por arma de fogo, apta a preencher a tipicidade material do delito” (STJ: AgRg no AREsp 1772063/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 16.03.2021, DJe 19.03.2021).

No caso em questão, portanto, inaplicável o princípio da bagatela. Isso porque, não bastasse ter sido o réu preso com 9 (nove) munições intactas - o que não se mostra insignificante, vide ACr nº 0000724-08.2019.8.240062, rel. Des. Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, j. em 10.02.2022; ACr nº 0009263-03.2016.8.24.0018, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 10.03.2022; ACr nº 0000693-36.2016.8.24.0080, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, j. em 17.03.2022 - deve-se ter em mente que toda ação ocorreu após a ex-companheiro do apelante procurar a polícia por ter sido por ele agredida, de modo que não há se falar em ausência de lesividade na conduta.

Então, pode ser um armamento isolado, uma só munição, ou vários deles. Isso é indiferente. O simples fato do agente possuir qualquer um deles, irregularmente, por caracterizar um crime de mera conduta e de perigo abstrato, já impõe serem atos ofensivos, perigosos socialmente, com alta reprovabilidade e com lesividade que não podem ser desconsiderados, até porque, conforme já exposto, o objetivo da norma não é a incolumidade pessoal, mas sim a segurança/paz coletiva que, invariavelmente, vê-se atingida com a que se diz “mero” ato de portar/possuir arma ou munição sem a devida autorização.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Documento eletrônico assinado por **LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2449678v22** e do código CRC **fb03aaa**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

Data e Hora: 22/7/2022, às 11:37:18

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5029049-77.2019.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SIDNEY ELOY DALABRIDA

APELANTE: RHUAN VIEIRA (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (ART. 33, *CAPUT*, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

DOSIMETRIA. REQUERIDA A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA NO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. QUANTIDADE E NATUREZA DO ESTUPEFACIENTE COLETADO (CRACK) QUE JUSTIFICA O EMPREGO DO *QUANTUM* DE MINORAÇÃO EM 1/6 (UM SEXTO). APELANTE, ADEMAIS, BASTANTE BENEFICIADO COM A CONCESSÃO DA BENESSE. INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. PENA IRRETOCÁVEL.

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 [...]” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1682761/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 18/8/2020, DJe de 24/8/2020).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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, 08 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Na comarca de Joinville/SC, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de Bruno César da Silva, Marcelo Porfírio de Jesus e Rhuan Vieira, imputando-lhes a prática dos delitos capitulados nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, pois, segundo consta na inicial:

Ao menos desde o início de novembro de 2019, os **denunciados** associaram-se de forma estável e permanente para fins de comercialização da substância entorpecente vulgarmente conhecida como crack, capaz de causar dependência física e psíquica conforme Portaria n. 344/98 ANV/MS.

Na associação estabelecida, o denunciado **Rhuan** era responsável por adquirir e guardar o entorpecente na sua residência localizada na rua Coronel Vieira, 786, bairro Iririú, nesta cidade, assim como por fracioná-lo e fornecê-lo aos denunciados **Marcelo** e **Bruno César** para que efetuassem a comercialização.

Já os denunciados **Marcelo** e **Bruno César** eram responsáveis na associação pela venda do entorpecente diretamente aos adquirentes nas proximidades da Rodoviária de Joinville, localizada na rua Paraíba, bairro Anita Garibaldi, sendo o lucro auferido com a atividade ilícita dividido entre o grupo.

Assim como em outras oportunidades, no dia 4 de dezembro de 2019, o denunciado **Rhuan** guardava em sua residência, sem autorização, destinados à entrega aos denunciados **Marcelo** e **Bruno César** para que efetuassem a venda e posterior divisão de lucros entre o grupo, 98,9g (noventa e oito gramas e nove decigramas) de crack, substância capaz de causar dependência física e/ou psíquica conforme a Portaria 344/98 da ANV/MS, sendo que parte dela, 21,4g (vinte e um gramas e quarenta e um decigramas), já se encontrava fracionada em 150 (cinte e cinquenta) porções prontas para venda.

Conforme a associação estabelecida, por volta das 17h55min do mesmo dia, os denunciados **Marcelo** e **Bruno César** deslocaram-se à residência do denunciado **Rhuan** e receberam dele as 150 (cento e cinquenta) porções de crack já fracionadas para promoverem a sua venda nas proximidades da Rodoviária de Joinville.

Logo após deixarem a residência, os denunciados **Marcelo** e **Bruno César** foram abordados por policiais militares da ROCAM quando transportavam, em comum acordo, na motocicleta MEX-1537, conduzida pelo denunciado **Marcelo**, as 150 (cento e cinquenta) porções de crack recebidas do denunciado **Rhuan**. Na ocasião, foram apreendidos na posse do denunciado **Bruno César** 1 o entorpecente e um aparelho celular da marca Samsung, utilizado no desempenho da atividade criminosa.

Na sequência, os policiais militares ingressaram na residência do denunciado **Rhuan** e apreenderam, guardadas por ele para fins de preparo e fornecimento aos denunciados **Marcelo** e **Bruno César** para que efetuassem a venda e posterior divisão de lucro entre o grupo, o restante do entorpecente, 77,5g (setenta e sete gramas e cinco decigramas).

Ainda no imóvel, foram apreendidos cinco munições intactas calibre .38, três balanças de precisão utilizadas para pesagem dos entorpecentes; dois aparelhos celulares, um da marca Apple e outro da marca Motorola, utilizados pelo denunciado **Rhuan** no desempenho da atividade criminosa; e a quantia de R\$3.316,00 (três mil, trezentos e dezesseis reais), provenientes do comércio de entorpecente exercido pelos **denunciados** em associação (Evento 1, DENUNCIA1, autos originários - grifos no original).

Foi determinada a cisão do feito em relação aos acusados Bruno César da Silva e Marcelo Porfírio de Jesus (Evento 209, TERMOAUD1, autos originários).

Finalizada a instrução, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, para: a) condenar Rhuan Vieira ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; e b) absolvê-lo quanto ao delito tipificado no art. 35, *caput*, da Lei 11.343/06, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Evento 214, SENT1, autos originários).

Inconformada com a prestação jurisdicional, a defesa interpõe apelação criminal, mediante a qual postula a aplicação da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 2/3 (dois terços), com a consequente fixação do regime inicial aberto e a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos (Evento 10, RAZAPELA1).

Apresentadas as contrarrazões (Evento 14, CONTRAZAP1), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Protásio Campos Neto, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (Evento 18, PROMOÇÃO1).

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conhece-se do apelo.

1 A defesa pretende que a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas seja aplicada no seu grau máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), com a consequente fixação do regime inicial aberto e a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Em abono à pretensão, sustenta que “*o agente é primário, não possui antecedentes, não existem provas de que integre organização criminosa, bem como não se pode afirmar que se dedicava a atividades criminosas, uma vez que não há qualquer comprovação contundente para apontar que Rhuan Vieira era um traficante contumaz ou fazia do comércio espúrio seu meio de vida*”. Alega, ainda, que a quantidade de estupefaciente apreendido não se mostra expressiva (Evento 10, RAZAPELA1, autos originários, p.6).

O pleito não merece prosperar.

Destaca-se que tanto a materialidade como a autoria delitivas foram devidamente comprovadas por meio do auto de prisão em flagrante (Evento 1, P_FLAGRANTE1, p. 4, autos 5026345-91.2019.8.24.0038), boletim de ocorrência (Evento 1, P_FLAGRANTE1, p. 5-15, autos 5026345-91.2019.8.24.0038), termo de exibição e apreensão (Evento 1, P_FLAGRANTE1, p. 18, autos 5026345-91.2019.8.24.0038), auto de constatação (Evento 1, P_FLAGRANTE1, p. 20, autos 5026345-91.2019.8.24.0038), dos laudos periciais (Evento 22, LAUDO1 e Evento 23, LAUDO1, autos 5026345-91.2019.8.24.0038) e da prova oral coligida, da qual se destaca a confissão do acusado (Evento 208, VÍDEO1, autos originários).

In casu, o Magistrado *a quo* minorou a pena, na terceira fase do cálculo dosimétrico, no patamar de 1/6 (um sexto), de forma bem fundamentada, veja-se (Evento 214, SENT1, autos originários):

Conforme é cediço, para fazer jus à causa especial de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, o agente deve preencher, cumulativamente, três requisitos, a saber: a) ser primário; b) possuir bons antecedentes; e c) não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

No caso dos autos, o réu é primário e ostenta bons antecedentes (p. 4 do doc. 7), não havendo provas concretas

de que exercesse atividade criminosa de forma habitual, reiterada e organizada, ou de que estava ligado a uma organização criminosa.

Os policiais militares nada sabiam acerca da traficância de Rhuan antes da data dos fatos; um deles apenas afirmou que o réu integrava facção criminosa, no entanto, o fato foi negado pelo próprio réu e nenhum elemento probatório nesse sentido foi juntado aos autos. Vale registrar que o policial militar Aurimar afirmou que já abordou o réu Rhuan em outra ocasião, no entanto, por fato relativo à questão de trânsito e não criminal.

No laudo pericial realizado no celular da parte ré não foram encontradas mensagens do comércio espúrio.

Ante o cenário apresentado, verifica-se que a parte ré preenche os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.

O legislador não esclarece quais critérios devem ser examinados pelo magistrado na escolha entre a menor ou maior fração para a concessão do aludido benefício. A doutrina e a jurisprudência recomendam que os fatores “natureza, quantidade e variedade” da droga sejam utilizados na terceira fase da dosimetria como critério modulador da causa especial de diminuição de pena conferida aos traficantes que foram beneficiados com a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, sobretudo porque não foram especificados parâmetros para a dosagem do benefício, que varia de 1/6 a 2/3.

A respeito, lecionam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

A grande questão é sobre o quantum a diminuir, dentro do parâmetro fixado pelo legislador (1/6 a 2/3). Como já dissemos, para obter a causa de diminuição de pena, os requisitos devem estar todos preenchidos cumulativamente. Ou se preenchem todos os requisitos ou não se preenche nenhum. Ou o sujeito é primário ou não é, ou tem bons antecedentes ou não tem, ou participa de atividades criminosas ou não participa, ou integra organização criminosa ou não integra. Não há meio-termo. Assim, como não é possível fazermos gradações utilizando os parâmetros indicados pelo próprio legislador (primariedade, bons antecedentes, não participar de atividades criminosas e não integrar organização criminosa), pois tais conceitos não admitem meio-termo, entendemos que o intérprete deve se valer de outros elementos do caso concreto para avaliar o quantum da causa de diminuição. Do contrário, sempre que tivesse direito ao benefício, a causa de diminuição seria inexoravelmente aplicada no máximo (2/3). Assim, entendemos que o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art. 42, notadamente a natureza e a quantidade da droga. Essa vem sendo a posição dos Tribunais Superiores (Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. São Paulo: Método, 2018).

No caso dos autos, além da quantidade expressiva de entorpecente apreendido (98,9g), a sua natureza também deve ser levada em conta na fixação do patamar de diminuição, porque considerada muitíssimo prejudicial à saúde de quem a utiliza (cocaína e crack).

Assim, porque preenchidos os requisitos legais deve ser concedida a causa especial de redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à parte ré, na fração de 1/6, diante da quantidade e natureza da droga comercializada (Lei 11.343/06, art. 42).

Como se sabe, ainda que a concessão da benesse seja direito subjetivo do réu, não se pode subtrair do Magistrado a possibilidade de adequar o *quantum* de redução às peculiaridades concretas do caso, encontrando-se tal operação na esfera da discricionariedade judicial motivada do julgador.

A propósito: “No tocante à figura tráfico privilegiado, embora o magistrado se encontre adstrito aos critérios previstos para enquadrar o acusado na forma mais benéfica do crime, a fração de redução encontra-se inserida dentro de um juízo de discricionariedade, cuja valoração deve, de forma

fundamentada, estar atrelada aos elementos concretos inseridos nos autos que demonstrem a maior reprovabilidade da conduta praticada” (STJ, AgRg no HC 445.294/SC, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 18/9/2018, DJe 26/9/2018).

Na presente hipótese, como visto, o Sentenciante agiu dentro do critério da discricionariedade que é inerente à individualização da pena, firme nas diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/06, estabelecendo a fração que mais se ajusta ao caso concreto, pautada na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido, não sendo possível identificar qualquer excesso de arbitrariedade.

Com efeito, importa consignar que *“a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos”* (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1682761/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 18/8/2020, DJe de 24/8/2020).

Ademais, saliente-se que Rhuan fora bastante beneficiado com a concessão da benesse, diante da existência de indicativos de que se dedicava às atividades criminosas, ao passo que, embora os policiais militares tenham afirmado não existir denúncias pretéritas envolvendo o nome do acusado, na sua posse foram apreendidos 1 (um) cartucho .38, 5 (cinco) munições intactas calibre .38, 3 (três) balanças de precisão, além da quantia de R\$ 3.316,00 (três mil, trezentos e dezesseis reais), conforme termo de exibição e apreensão acostado ao feito (Evento 1, P_FLAGRANTE1, autos 5026345-91.2019.8.24.0038, p. 18).

Nesse contexto, denota-se que a fração adotada é adequada e proporcional, mormente em razão da quantidade - 167 (cento e sessenta) pedras de crack, totalizando 98,9g (noventa e oito gramas e nove decigramas) - e da natureza da droga apreendida, que se revela especialmente nociva e de elevado poder deletério, capaz de alcançar um grande número de usuários, não merecendo, assim, qualquer modificação.

Rememora-se que, *“quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa”* (STJ, AgRg no HC n. 568.569/MS, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020).

Sobre o tema, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL PRIVILEGIADO. REDUTOR. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. MODULAÇÃO. FIXAÇÃO EM 1/6 (UM SEXTO). RAZOABILIDADE OBSERVADA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDA (17, 100KG DE MACONHA). FUNDAMENTO IDÔNEO. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Quanto à terceira fase da dosimetria da pena, é cediço que o órgão julgador, ao aquilatar o patamar de redução das sanções atinentes ao tráfico privilegiado, deve sopesar - além das circunstâncias ordinárias

previstas no art. 59, caput, do CP e dos critérios objetivos da primariedade, dos bons antecedentes, da não dedicação ou integração às atividades criminosas -, a luz da discricionariedade motivada e com esteio nas peculiaridades do caso concreto, notadamente os fatores da quantidade, da natureza e/ou da diversidade do material estupefaciente apreendido em poder do agente.

2. Na espécie, o Apenado foi flagranteado, em tráfico interestadual, na posse de expressivos 17,100 Kg (dezesete quilos e cem gramas) de maconha, delineamento apto a justificar, pelos prismas da necessidade e adequação, razoável e imperativa utilização da fração mínima de 1/6 (um sexto), reconhecida pelas instâncias ordinárias, consoante inteligência do art. 33, § 4.º, conjugada à dicção do prevalente art. 42, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

3. Agravo regimental conhecido e desprovido (AgRg no AREsp 1281254/TO, rela. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 13/8/2019, DJe de 27/8/2019 - grifou-se).

A jurisprudência desta Corte não destoa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA PROCEDENTE. RECURSOS DEFENSIVOS. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. NÃO OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. ALEGAÇÃO DE QUE OS POLICIAIS MILITARES ADENTRARAM NA RESIDÊNCIA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA VERIFICADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO FACE A AUSÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE CONFIGURADAS. RÉUS APREENDIDOS EM POSSE DE DIVERSIDADE DE DROGAS, CONSISTENTE EM CRACK E COCAÍNA. DESTINAÇÃO MERCANTIL DO ENTORPECENTE EVIDENCIADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMEARAM A PRISÃO DOS RÉUS. IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. EQUIVALÊNCIA QUE NÃO SE APLICA EM RECIDIVA ESPECÍFICA, AGRAVANTE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E MANTÉM O REGIME INICIAL FECHADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA EM FAVOR DE UM DOS RÉUS NA FRAÇÃO MÍNIMA. CASO EM CONCRETO QUE RECOMENDA REFERIDO QUANTUM. ENTORPECENTES APREENDIDOS (COCAÍNA E CRACK). ALTAMENTE NOCIVOS. ACUSADOS CONDENADOS A PENA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS, O QUE INVIABILIZA, AINDA, A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSAIS. ANÁLISE QUE COMPETE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSOS NÃO PROVIDOS (TJSC, Apelação Criminal n. 0000924-09.2019.8.24.0064, de São José, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 12/11/2020 - grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE APÓS DISPENSAR UMA CAPA DE ÓCULOS CONTENDO DIVERSAS PORÇÕES DE CRACK E COCAÍNA. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DOS AGENTES ESTATAIS. CRIME DE MERA CONDUTA CONFIGURADO COM A PRÁTICA DE QUALQUER DAS AÇÕES DESCRITAS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRETENDIDA ELEVAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA QUE AUTORIZA A REDUÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO), CONSOANTE O ENTENDIMENTO DO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. CRITÉRIO DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS ATENDIDO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM RELAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. DETERMINAÇÃO EM OBSERVÂNCIA À RECENTE ORIENTAÇÃO DO STF (HC N. 126292/SP), RATIFICADA NO JULGAMENTO DO DIA 05/10/2016 PELO PLENÁRIO DA MESMA CORTE, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, JULGANDO O MÉRITO DO ARE 964246, REPRESENTATIVO DO TEMA 925. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0022352-96.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. em 29/10/2019 - grifou-se).

Portanto, a sentença condenatória permanece incólume no ponto.

Mantida inalterada a pena aplicada, devem ser preservados o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da sanção corporal, nos moldes do que preceituam os arts. 33, § 2º, “b”, e 44, I, ambos do Código Penal.

2 Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **SIDNEY ELOY DALABRIDA, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2938392v18** e do código CRC **96ea7aed**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SIDNEY ELOY DALABRIDA

Data e Hora: 13/12/2022, às 16:24:12

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000889-68.2018.8.24.0069/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELADO: ANTONIO SERGIO DA ROSA (RÉU)

ADVOGADO: FRANK URBAN (OAB RS061412)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO COM FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO OU VALOR DE SEGURO (ART. 171, § 2º, V, DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA HIPÓTESE DE DELITO CONSUMADO - ACOLHIMENTO - DELITO EM COMENTO QUE SE CONSUMA COM A EFETIVA OCULTAÇÃO/DESTRUIÇÃO DOLOSA DO BEM - RECEBIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA QUE CONSISTE EM MERO EXAURIMENTO.

Conforme posição do Superior Tribunal de Justiça, “o crime previsto no artigo 171, § 2º, inciso V, do Código Penal é de natureza formal, de modo que independe, para sua consumação, do resultado naturalístico consistente na obtenção da vantagem indevida, estando consumado com a ocultação, destruição ou lesão do objeto material com o fim de haver indenização ou valor de seguro, sendo o recebimento, mero exaurimento da conduta delitativa a ser valorada na dosimetria penal” (STJ, AgRg no AREsp nº 780.326/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 28.03.2017).

RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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, dar provimento ao recurso, a fim de reconhecer a prática de crime consumado e fixar a pena em 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Stefan Moreno Schoenawa, atuante na 2ª Vara da Comarca de Sombrio, que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Antonio Sérgio da Rosa, motorista, nascido em 29.02.1960, representado por meio de defensor constituído, à pena de 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, bem como 7 (sete) dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 171, § 2º, V, c/c artigo 14, II, do Código Penal.

Em suas razões recursais, o Ministério Público roga pela condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 171, § 2º, V, do CP, consumado, na forma da denúncia, pois trata-se de crime formal, ou seja, independe da efetiva obtenção de vantagem ilícita, que constituiria mero exaurimento do crime, bastando, portanto, tão somente a prática da conduta prevista no tipo para configurar o delito em sua forma consumada, inexistindo tentativa no caso concreto (**evento 77, APELAÇÃO1**).

Em contrarrazões, a defesa arrazoa pela manutenção da sentença, arguindo que o delito constitui crime formal, ocorrendo a tentativa caso não obtida a vantagem ilícita esperada (**evento 98, PET1**).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hélio José Fiamoncini, que se manifestou pelo conhecimento e provimento da insurgência ministerial (**evento 9, PROMOÇÃO1**).

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Stefan Moreno Schoenawa, atuante na 2ª Vara da Comarca de Sombrio, que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Antonio Sérgio da Rosa, motorista, nascido em 29.02.1960, representado por meio de defensor constituído, à pena de 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, bem como 7 (sete) dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 171, § 2º, V, c/c artigo 14, II, do Código Penal.

Segundo narra a peça acusatória (**evento 6, PET38**):

FATO 1 – Comunicação falsa de crime

No dia 7 de março de 2018, por volta das 17h40min, nas dependências da Delegacia de Polícia de Sombrio, com endereço na Rua Telegrafista Adolfo Coelho, n. 789, no Centro, nesta Cidade e Comarca de Sombrio, o denunciado ANTONIO SÉRGIO DA ROSA provocou a ação da Autoridade Policial, comunicando-lhe falsamente a ocorrência dos crimes de cárcere privado e roubo do caminhão Volvo/VM 260 6x2R, placa MFR-1963, de propriedade do denunciado, fatos que sabia não terem ocorrido

FATO 2 – Estelionato, na modalidade fraude para recebimento de valor de seguro

No dia 6 de março de 2018, em horário e local a serem devidamente apurado na instrução processual, nesta comarca, o denunciado ANTONIO SÉRGIO DA ROSA, como intuito de obter para si vantagem ilícita em prejuízo da Associação de Proteção aos Transportadores de Criciúma e Região - APROTEC, induziu e manteve a vítima Fábio Raupp Valim, presidente da referida associação, em erro, mediante fraude.

Na ocasião, o denunciado ocultou coisa própria, mais precisamente o veículo Volvo/VM 260 6x2R, placa MFR-1963, separado-o do respectivo rastreador veicular, para simular o crime de roubo e cárcere privado, tudo no intuito de haver indenização ou valor de seguro, já que tal veículo era objeto de contrato de seguro firmado pelo denunciado coma associação APROTEC.

No dia seguinte, o denunciado ANTONIO SÉRGIO DA ROSA registrou a ocorrência na Delegacia de Polícia (BO n. 00212-2018-0001044) e acionou a referida associação com o objetivo de receber a indenização.

Recebida a denúncia em 13.09.2018 (**evento 10, DEC40**), o feito foi regularmente processado e prolatada a sentença ora atacada em 01.03.2022 (**evento 72, SENT1**). Em razões recursais, o Ministério Público roga pela condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 171, § 2º, V, do CP, consumado, na forma da denúncia, pois trata-se de crime formal, ou seja, independe da efetiva obtenção de vantagem ilícita, que constituiria mero exaurimento do crime, bastando, portanto, tão somente a prática da conduta prevista no tipo para configurar o delito em sua forma consumada, inexistindo tentativa no caso concreto (**evento 77, APELAÇÃO1**).

1. Do apelo.

Preliminarmente, importante destacar, ainda que não se trate do pleito do apelo, que a autoria e a materialidade ficaram demonstradas através do boletim de ocorrência, relatório de investigação policial, além dos relatos colhidos em ambas as etapas da persecução penal.

Quanto ao mérito, a acusação busca a reforma da sentença, com o reconhecimento da prática delitativa em sua modalidade consumada. Em suma, assevera que o crime em análise se trata de delito formal, independentemente da obtenção de vantagem ilícita para consumação.

Acerca do delito em comento, Cleber Masson (Direito Penal, Parte Especial: arts. 121 a 212, 13ª ed., p. 555) leciona que, ao contrário de outras espécies de estelionato, a fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro é formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Ou seja, é consumado com a prática da conduta típica - destruir, ocultar, autolesionar e/ou agravar -, ainda que o agente não alcance a vantagem econômica. Segundo o autor, tal raciocínio é facilmente atingido ao se analisar o tipo penal, que expressamente consigna a expressão “*com o intuito de*”. Em idêntico sentido é a doutrina de Rogério Sanches Cunha (Manual de Direito Penal, Parte Especial, 10ª ed., p. 386).

Aliás, o próprio STJ já encampou tal entendimento, tendo consignado que “o crime previsto no artigo 171, § 2º, inciso V, do Código Penal é de natureza formal, de modo que independe, para sua consumação, do resultado naturalístico consistente na obtenção da vantagem indevida, estando consumado com a ocultação, destruição ou lesão do objeto material com o fim de haver indenização ou valor de seguro, sendo o recebimento, mero exaurimento da conduta delitiva a ser valorada na dosimetria penal” (STJ, AgRg no AREsp nº 780.326/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 28.03.2017).

Volvendo a atenção para o caso em tela, é inegável que o acusado efetivamente ocultou o bem segurado, no intuito de obter vantagem indevida. Isso é facilmente percebido por meio dos relatos dos policiais civis responsáveis pela investigação - Glauter e José Antônio - e da testemunha Fávio Raupp Valim. E, confirmando tais assertivas, tem-se o relatório de investigação e imagens nele acostadas, onde é possível ver o réu em postos de gasolina em horários que, segundo afirmado, deveria estar na posse do caminhão, indicando que estava carregando o rastreador do caminhão na ocasião, a fim de ludibriar e lograr a vantagem indevida.

Logo, é certo que o réu efetivamente consumou o delito - leia-se ocultou o bem segurado -, não havendo se falar em tentativa, razão pela qual o recurso deve ser provido.

Assim, passando à dosimetria da pena, nas primeira e segunda etapas não há qualquer alteração, permanecendo a reprimenda no mínimo legal - 1 ano de reclusão e 10 dez dias-multa.

Passando à última fase, e excluída a minorante da tentativa, tem-se uma pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão e 10 dias-multa.

O regime continua sendo o aberto, permanecendo hígidas as demais cominações da sentença, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso, a fim de reconhecer a prática de crime consumado e fixar a pena em 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Documento eletrônico assinado por **LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2984847v24** e do código CRC **eebf8eae**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

Data e Hora: 15/12/2022, às 19:18:31

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5036279-85.2022.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (IMPETRANTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: NEILO LUIZ DO VALE ROCHA (PACIENTE DO H.C)

IMPETRADO: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE LEBON REGIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A, § 14). PROCESSO QUE SE ENCONTRA EM FASE AVANÇADA. ANPP QUE VISA IMPEDIR O INÍCIO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. PERSECUÇÃO PENAL JÁ ENCERRADA NO PRESENTE CASO. SENTENÇA CONDENATÓRIA JÁ PROLATADA E CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL. PREJUDICADA A FINALIDADE DO INSTITUTO NO ATUAL MOMENTO PROCESSUAL. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA DO STF E DESTA CORTE. INSTITUTO INAPLICÁVEL. ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

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 agosto de 2022.

RELATÓRIO

Os advogados Jorge Henrique Schaefer Martins, Jorge Henrique Goulart Schaefer Martins, Francisco Emmanuel Campos Ferreira e Brenda Lisa Delfino Teodoro impetraram *habeas corpus* em

favor de Neilo Luiz do Vale Rocha, contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da comarca de Lebon Régis, que indeferiu pedido de encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 28-A, §14, do CPP.

Aduziu, em síntese, duas teses, a saber:

1) a natureza híbrida do Acordo de Não Persecução Penal, como instituto processual que também comporta características materiais, o que ensejaria a aplicação retroativa do benefício aos casos anteriores à Lei n. 13.964/2019, conforme precedentes da 2ª Turma do STF;

2) a existência de constrangimento ilegal decorrente do indeferimento do pedido de remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto o oferecimento do ANPP constitui deliberalidade do Ministério Público, não cabendo ao Juiz de primeiro grau indeferir a aplicação do § 14 do art. 28-A do CPP, após o órgão ministerial deixar de oferecer o acordo.

Dito isso, requereu seja determinada a remessa dos autos à PGJ, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP (doc. 2).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Hélio José Fiamoncini, que se manifestou pelo conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (doc. 8).

Em nova manifestação, a defesa informou a inclusão do HC n. 185.913/DF em pauta de julgamento pelo Supremo Tribunal de Justiça e requereu o sobrestamento do feito até 10-8-2022, uma vez que o julgamento do referido *habeas corpus* uniformizará a questão acerca da retroatividade do ANPP.

O pedido de sobrestamento foi indeferido.

É o relatório.

VOTO

A ação de *habeas corpus* preenche os requisitos legais e, portanto, merece conhecimento.

No mérito, a ordem deve ser denegada.

Isso porque, da simples leitura do art. 28-A do Código de Processo Penal, nota-se que a proposição do acordo de não persecução penal ocorre durante a fase *investigatória*, uma vez que o Ministério Público, após a elaboração do relatório do inquérito e preenchidos os requisitos elencados no dispositivo, poderá propor o referido acordo a fim de *evitar o início da instrução processual criminal*.

Pois bem, no caso em apreço, diante do vasto transcurso do feito, com o recebimento da denúncia, a sentença condenatória publicada e a confirmação da condenação por esta Corte, não caberia sequer o retorno dos autos ao primeiro grau para o oferecimento do ANPP, quanto menos, após a negativa ministerial, remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Afinal, se a disciplina atual tem a finalidade de que o beneficiado pelo acordo nem ao menos seja submetido ao processo judicial, seria ilógico anular todo o feito depois de encerrada a persecução penal, para analisar a possibilidade de *sequer ter-se iniciado a ação*.

Com efeito, a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 288/2019 – primeira versão do “Pacote Anticrime”, aprovado posteriormente com algumas alterações na forma da Lei n. 13.964/2019 – explica, nos seguintes termos, os objetivos do acordo de não persecução penal (grifou-se):

*O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). **O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.***

Outrossim, também são essas as considerações constantes na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamentava o instituto antes da publicação da Lei n. 13.964/2019.

Na referida resolução está expresso que o intuito principal do acordo de não persecução penal é dar *celeridade* à solução de casos criminais menos graves, com a conseqüente *economia de recursos* financeiros e humanos do Poder Judiciário e do Ministério Público, para que possam *concentrar seus esforços no processamento e julgamento das questões mais críticas em matéria penal*.

Logo, estaria completamente distante da finalidade precípua do instituto a anulação de todo o trâmite processual, após o recebimento da denúncia e, sobretudo, quando já encerrada a persecução penal e proferida uma sentença condenatória.

Aliás, sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. 1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL. DIRECIONADO AO INVESTIGADO. 2. ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RETROATIVIDADE LIMITADA. PROCESSOS SEM DENÚNCIA RECEBIDA. 3. INSTITUTO QUE VISA OBSTAR A PERSECUÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO JÁ OCORRIDA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. APLICAÇÃO DESCABIDA. 4. PROJETO DE LEI QUE PREVIA INSTITUTO PARA A FASE PROCESSUAL. NÃO APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL. ESPECIFICIDADE DE CADA INSTITUTO A DEPENDER DO MOMENTO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. COERÊNCIA E ALCANCE DA NORMA. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério

*Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, **não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do tempus regit actum, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica.***

2. Em observância ao isolamento dos atos processuais, sem perder de vista o benefício trazido pela norma, a possibilidade do acordo deve ser avaliada em todos os processos **em que ainda não foi apresentada denúncia**, conforme enunciado n. 20 da Comissão Especial denominada GNCCRIM, 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**”.

3. “Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela” (AgRg no REsp 1860770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes.

4. O Projeto de Lei 882/2019 também previa a figura do “Acordo de Não Continuidade da Ação Penal” - não aprovado pelo Congresso Nacional -, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual. Nessa linha de inteligência, não tendo ocorrido a implementação integrada dos institutos, ou mesmo a indicação de regra de transição, cabe ao Judiciário firmar compreensão teleológica e sistemática, que melhor reflita a coerência e o alcance da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal. Assim, **é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia.**

5. É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96; HC 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, “DJ” 25.4.97; HC 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, “DJ” 25.4.97 e HC 75.518-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 02.05.2003).

- Recentemente, a Suprema Corte de Justiça Nacional, no HC nº 191.464-SC, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/09/2020) - que invocou os precedentes do HC nº 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894-RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação.

6. **Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, com a condenação do acusados.**

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na PET no AREsp 1664039/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020, grifou-se)

Da mesma forma, pronunciou-se a Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE.

ARMAZENAMENTO E COMERCIALIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA (LEI 7.802/89, ART. 15). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS DEFESAS. 1. PRELIMINARES [...] **1.4 SUSPENSÃO DO PROCESSO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). DESCABIMENTO. FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. BENEFÍCIO QUE PODE SER OFERTADO ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.** [...] (TJSC, *Apelação Criminal n. 0000282-32.2015.8.24.0143, de Rio do Campo, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 06-08-2020, grifou-se*).

Também este Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO (ARTS. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 12.971/2014, E 306, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). SENTENÇA CONDENATÓRIA. **PRELIMINAR ARGUIDA PELO PROCURADOR DE JUSTIÇA PARA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA A FIM DE OPORTUNIZAR AO PARQUET DE PRIMEIRO GRAU QUE ANALISE A POSSIBILIDADE DE PROPOR APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP, INSERIDO NO ORDENAMENTO LEGAL PELO PACOTE ANTICRIME. ENTENDIMENTO DESTA CÂMARA CRIMINAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE DO NOVEL INSTITUTO SOMENTE EM PROCESSOS AINDA NÃO SENTENCIADOS, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS.** [...] (TJSC, *Apelação Criminal n. 0000832-32.2016.8.24.0033, de Itajaí, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 16-07-2020, grifou-se*).

Na mesma toada, foi a tese firmada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE, NO PONTO, DA LEI 13.964/2019. INVIABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A RETROATIVIDADE SOMENTE ATINGE CASOS ANTERIORES À ENTRADA EM VIGOR DE REFERIDA LEI QUANDO AINDA NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA.

1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

2. **A jurisprudência da Primeira Turma deste STF fixou a tese de que '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 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.11.2020).

3. No caso, a denúncia foi recebida em 25.9.2012 (evento 2, fl 108), momento muito anterior à entrada em vigor da Lei 13.964/2019. Inclusive, quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, já havia sentença condenatória (evento 6, fls. 19/48) confirmada pelo Tribunal Regional (evento 8, fls 13/15). Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte, inadmissível a pretensão veiculada nesta sede processual.

4. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 190855 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 11-05-2021 PUBLIC 12-05-2021, grifou-se).

Assim, não é o caso de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça para análise da possibilidade de oferta de acordo, porquanto prejudicada a finalidade precípua do instituto no atual estágio da marcha processual.

Ante o exposto, voto no sentido de denegar a ordem.

Documento eletrônico assinado por **ANTONIO ZOLDAN DA VEIGA, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2517272v12** e do código CRC **5c6c3526**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ANTONIO ZOLDAN DA VEIGA

Data e Hora: 4/8/2022, às 13:42:17

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5034246-08.2022.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVANTE)

AGRAVADO: FERNANDO VIEIRA (AGRAVADO)

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03. APLICAÇÃO DE LEI POSTERIOR BENÉFICA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DECRETOS 9.785/19 E 9.847/19. SITUAÇÃO NÃO ABRANGIDA PELA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A posse ou porte de arma de fogo - independentemente do calibre ser de uso permitido ou restrito - configura o crime previsto no art. 16, IV da lei de armas quando a numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação do artefato estiver raspado, suprimido ou adulterado.

ACÓRDÃO

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, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de outubro de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, contra decisão (seq. 32.1 dos autos de execução) exarada nos autos n. 0005876-85.2014.8.24.0038, por meio da qual o Juízo da 3.ª Vara da Comarca de Joinville desclassificou a conduta atribuída ao apenado Fernando Vieira, originalmente prevista no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03 para aquela descrita no art. 14, *caput*, da mesma lei de armas.

Em suas razões, postula a reforma da decisão pois, não obstante o calibre 9mm outrora considerado de uso restrito, tenha passado a ser de uso permitido, o artefato apreendido com o agravado tinha sua numeração suprimida.

Assim, “considerando que a arma possuía seu número de série suprimido, tem-se que pouco importa se o armamento era de uso restrito ou permitido em razão do calibre, enquadrando-se a conduta no dispositivo referente à posse ilegal, mas no inciso IV do § 1º do artigo 16 da Lei n. 10.826/03” de modo que a decisão combatida deve ser reformada “afastando a aplicação da *novatio legis in mellius* para manter a condenação imposta na Ação Penal n. 0015824-12.2018.8.24.0038 como sendo de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto” (evento 1)

Apresentadas as contrarrazões (evento 4) e mantida a decisão objurgada (evento 6), os autos ascenderam à esta Corte.

Com vista, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, posicionou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (evento 13, SG).

Este é o relatório.

VOTO

Inferre-se do presente recurso e também dos autos principais que o agravante foi originalmente condenado ao cumprimento da pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, assim descrito na exordial acusatória:

No dia 1º de setembro de 2018, por volta das 19h30min, o denunciado portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, uma pistola modelo TP9 DA, marca Canik, calibre 9mm, com numeração suprimida, municiada com 12 (doze) projéteis intactos, quando foi abordado por policiais militares no pátio do Condomínio Rubia Kaiser, localizado na rua Ganymedes, bairro Jardim Paraíso, nesta cidade, sendo apreendido o artefato bélico. A pistola e as munições, eficientes para o fim a que se destinam, são de uso restrito conforme art. 16, inciso III, do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), alterado pelo Decreto n. 3.665/2000. Ainda, foi apreendida na posse do denunciado, sem autorização legal para consumo próprio, uma porção de 5,5g (cinco gramas e cinco decigramas) da substância conhecida vulgarmente Maconha, capaz de causar dependência física e psíquica conforme a Portaria 344/08 da ANV/MS.

O Juiz de Direito João Marcos Bush, em atendimento ao postulado da defesa, desclassificou a conduta para o crime de porte de arma de fogo de uso permitido sob a seguinte fundamentação:

*O apenado formulou pedido de desclassificação da condenação sofrida na ação penal n. 0015824-12.2018.8.24.0038, aduzindo a existência de *novatio legis in mellius*.*

O Ministério Público manifestou-se “[...] pelo indeferimento do pleito de desclassificação no tocante ao crime executado no PEC n. 0000283-02.2018.8.24.0038” (seq. 1.666).

Inicialmente, cumpre destacar que o Decreto n. 9.785/2019, de 7 de maio de 2019, já foi revogado, estando vigente atualmente sobre a matéria os Decretos n. 9.844, n. 9.845, n. 9.846 e n. 9.847, todos de 25 de junho de 2019. Além do mais, tais Decretos são atos administrativos que nascem com presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade.

Sobre o pedido da defesa, preconiza o art. 2º, do Código Penal:

Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

O apenado foi condenado pelo crime de posse pistola modelo TP9 DA, marca Canik, calibre 9mm, com numeração suprimida, municada com 12 projéteis intactos (art. 16, parágrafo único, IV, da lei n. 10.826/2003), à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão.

Saliente-se, a título de esclarecimento, que o tipo penal previsto no art. 16, da Lei 10.826/2003, é classificado como norma penal em branco, haja vista necessidade de legislação regulamentadora. Ou seja, para se tornar perfeito sob aspecto legal, depende da conjugação concomitante do que está estabelecido na norma complementar- regulamentação da Lei -e demais normas administrativas que tratam da questão (FACCIOILLI, Ângelo Fernando. Lei das Armas de Fogo. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 176).

Na espécie, a condenação no referido dispositivo foi especificamente por posse de uma pistola modelo TP9 DA, marca Canik, calibre 9mm, com numeração suprimida, municada com 12 (doze) projéteis intactos.

Os Decretos Presidenciais classificaram como de uso permitido armas que antes eram restritas a forças de segurança, como a pistola 9mm, capaz de propulsionar a saída do projétil com energia de até 517 joules (vide <https://www.cbc.com.br/produtos/9mm-expp-95gr/>, acessado em 16.08.2019).

Destaca-se inclusive que a alteração das pistolas 9mm e .45 de uso restrito para de uso permitido foi inclusive objeto de matéria veiculada (15.08.2019) em um grande grupo jornalístico nacional, com a seguinte manchete: “Decreto de armas: Exército veta fuzil para cidadão comum e libera pistolas 9 mm e .45” (vide <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/15/decreto-de-armas-exercito-veta-fuzil-para-cidadao-comum-e-libera-pistolas-9-mm-e-45>, acessado em 19.08.2019).

Assim dispõe o art.2º, do Decreto 9.847/2019:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - arma de fogo de uso permitido - as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam:

a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules;

b) portáteis de alma lisa; ou

c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules.

Ou seja, claro está que a arma calibre 9mm passou a ser de uso permitido (vide Portaria n. 1.222, de 12 de agosto de 2019, do Ministério da Defesa/Comando do Exército/Gabinete do Comandante/Terceira Assessoria, publicado no Diário Oficial da União em 15.08.2019, edição 157, seção 1, página 13).

Com isso, todas aquelas pessoas que respondem a uma ação penal ou foram condenados em decorrência de posse/porte de armas de fogo calibres 9mm, .40, .44, .44 Magnum, .45 e .357 Magnum, serão beneficiados, pois estamos diante de uma novatio legis in mellius (GANEM, Pedro Magalhães; [https:// pedromaganem.jusbrasil](https://pedromaganem.jusbrasil)).

com.br/artigos/708099016/ o-decreto-de-bolsonaro-as-armas-de-fogo-de-uso-restrito-e-a-novatio-legis-in-mellius; acesso em 08.07.2019).

A lei mais benéfica, como se sabe, deve ser aplicada aos fatos praticados anteriormente à nova lei, conforme disciplinam o parágrafo 2º do artigo 2º do Código Penal, o inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, previsto como direito fundamental, e o artigo 9º do Pacto de São José da Costa Rica . Trata-se de novatio legis in mellius, que tem a mesma aplicabilidade em se tratando de decreto, e não apenas quando lei em sentido estrito (MARCOHI, Marcelo Amaral & MARTINS FILHO, Felinto Alves; <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/opiniao-decreto-armas-etiro-pe>).

Vale dizer, o Decreto nº. 9.847/2019 é disposição infralegal que regulamenta a lei n.10.823/06, tendo alterado a configuração dos calibres PT 40, PT 357 e 9mm antes de uso restrito, para uso permitido. Desta forma, certa é a ocorrência da novatio legis in mellius, uma vez que o Decreto regulamentador foi específico ao abrandar a conduta, subsumindo-se destarte ao tipificado no art. 14, da lei n. 10.826/03, mesmo tendo a arma numeração suprimida, a saber:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826/2003. CONDUTA PRATICADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.497/2017 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.964/2019. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. NATUREZA HEDIONDA AFASTADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os Legisladores, ao elaborarem a Lei n. 13.497/2017 - que alterou a Lei de Crimes Hediondos - quiseram conferir tratamento mais gravoso apenas ao crime de posse ou porte de arma de fogo, de acessório ou de munição de uso proibido ou restrito, não abrangendo o crime de posse ou porte de arma de fogo, de acessório ou de munição de uso permitido. 2. Ao pleitear a exclusão do projeto de lei dos crimes de comércio ilegal e de tráfico internacional de armas de fogo, o Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, então Senador Edison Lobão, propôs “que apenas os crimes que envolvam a utilização de armas de fogo de uso restrito, ou seja, aquelas de uso reservado pelos agentes de segurança pública e Forças Armadas, sejam incluídos no rol dos crimes hediondos”. O Relator na Câmara dos Deputados, Deputado Lincoln Portela, destacou que “aquele que adquire ou possui, clandestinamente, um fuzil, que pode chegar a custar R\$ 50.000, (cinquenta mil reais), o equivalente a uns dez quilos de cocaína, tem perfil diferenciado daquele que, nas mesmas condições, tem arma de comércio permitido”. 3. É certo que a Lei n. 13.964/2019 alterou a redação da Lei de Crimes Hediondos, de modo que, atualmente, se considera equiparado a hediondo o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003. 4. Embora o crime ora em análise tenha sido praticado antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019, cabe destacar que a alteração na redação da Lei de Crimes Hediondos apenas reforça o entendimento ora afirmado, no sentido da natureza não hedionda do porte ou posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. 5. No Relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na Legislação Penal e Processual Penal pelos Projetos de Lei n.º 10.372/2018, n.º 10.373/2018, e n.º 882/2019 - GTPENAL, da Câmara dos Deputados, coordenado pela Deputada Federal Margarete Coelho, foi afirmada a especial gravidade da conduta de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito ou proibido, de modo que se deve “coibir mais severamente os criminosos que adquirem ou “alugam” armamento pesado [...], ampliando consideravelmente o mercado do tráfico de armas”. Outrossim, ao alterar a redação do art. 16 da Lei n.º 10.826/2003, com a imposição de penas diferenciadas para o posse ou porte de arma de fogo de uso restrito e de uso proibido, a Lei n. 13.964/2019 atribuiu reprovação criminal diversa a depender da classificação do armamento. 6. Esta Corte Superior, até o momento, afirmava que os Legisladores atribuíram reprovação criminal equivalente às condutas descritas no caput do art. 16 da Lei n.º 10.826/2003 e ao porte ou posse de arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida, equiparando a gravidade da ação e do resultado. Todavia, diante dos fundamentos ora apresentados, tal entendimento deve ser superado (overruling). 7. Corrobora a necessidade de superação a constatação de que, diante de texto legal obscuro - como é o parágrafo único do art. 1.º da Lei de Crimes Hediondos, na parte em que dispõe sobre a hediondez do crime

de posse ou porte ilegal de arma de fogo - e de temas com repercussões relevantes, na execução penal, cabe ao Julgador adotar postura redutora de danos, em consonância com o princípio da humanidade. 8. Ordem de habeas corpus concedida para afastar a natureza hedionda do crime de porte ou posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. (HC 525.249/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020). (grifou-se e sublinhou-se).

Lembre-se: “Ocorre a novatio in melius quando a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, torna menos gravosa a situação do réu. Exemplos: a) lei que comina pena menos severa; b) lei que cria causa extintiva da ilicitude, da culpabilidade ou da punibilidade; c) lei que facilita a obtenção do sursis ou do livramento condicional” (SALIM, Alexandre Aranalde. Teoria da norma penal. www.lfg.Jusbrasil.com.br).

Cumpra assim retificar a pena em razão da novatio legis in melius.

Sem maiores digressões, não obstante atualmente o calibre 9mm seja considerado como sendo de uso permitido - a configurar, portanto, o crime previsto no artigo 14 da Lei de armas – no caso dos autos, o armamento teve sua numeração de série suprimida.

Por essa via, a adequação típica do fato criminoso praticado pelo agravante ao art. 16, IV, da Lei n. 10.826/06 não decorre do calibre do armamento apreendido, mas sim por tratar-se de arma com numeração suprimida.

Tal hipótese não foi atingida pelos Decretos n. 9.785/19 ou pelos que o sucederam, a saber, Decretos n. 9.844, n. 9.845, n. 9.846 e n. 9.847, todos de 25 de junho de 2019, de modo a impedir falar em retroação benéfica em favor do agente que possui ou porta arma de fogo com numeração suprimida, independentemente do calibre da arma.

A esse respeito:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. NÃO PROVIMENTO. CONDUTA EQUIPARADA COMA PREVISTA NO CAPUT DO TIPO PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.072/90. APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA. DECRETOS 9.785/19 E 9.847/19. NÃO PROVIMENTO. ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. SITUAÇÃO NÃO ABRANGIDA PELA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “ao ser qualificado como hediondo o art. 16 da Lei n. 10.826/2003, também as condutas equiparadas, e assim previstas no mesmo artigo, devem receber igual tratamento. (HC 526.916/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 01/10/2019). (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0018672-35.2019.8.24.0038, de Joinville, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 20-02-2020).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE NEGA PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL, POR FORÇA DA RETROATIVIDADE BENÉFICA DO DECRETO N.º 9.785/2019. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PEDIDO PARA APLICAÇÃO DA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS, COM A CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA OBJETO DA CONDENAÇÃO PARA AQUELA DO ART. 14 CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA (DECRETO 9.847/19, ATUALIZADO PELA PORTARIA 1.222/19). MODIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE AFERIÇÃO E A LISTAGEM

DOS CALIBRES NOMINAIS DAS ARMAS CONSIDERADAS DE USO RESTRITO E PERMITIDO. POSICIONAMENTO DESTA CORTE PELA ULTRATIVIDADE DA LEI BENÉFICA. PRECEDENTES. RECLASSIFICAÇÃO, NO ENTANTO, INCABÍVEL AO CASO EM EXAME. CONDENAÇÃO DO AGRAVANTE PELA APREENSÃO DE ARMA DE FOGO, À ÉPOCA, DE USO RESTRITO, COM A NUMERAÇÃO PARCIALMENTE SUPRIMIDA E MUNIÇÃO CORRESPONDENTE. IRRELEVÂNCIA DA ALTERAÇÃO PROVOCADA PELA NOVA NORMA NO CASO. ARTEFATO BÉLICO APREENDIDO QUE PASSA A SER DE USO PERMITIDO, MAS COM SUPRESSÃO PARCIAL DA NUMERAÇÃO. CONDUTA PERFEITAMENTE CARACTERIZADA PELO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO VI, DA LEI N.º 10.826/2003. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 5040745-87.2021.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 01-07-2021, grifamos).

Ainda: Apelação Criminal n. 0001469-08.2019.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 05-11-2019; Agravo de Execução Penal n. 5013151-10.2021.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Segunda Câmara Criminal, j. 31-08-2021

Desse modo, “no caso de apreensão de arma de fogo com a numeração suprimida e munição correspondente, aplica-se o art. 16, IV, parágrafo único do Estatuto do Desarmamento (artefato bélico de uso restrito). Por consequência, descabido o pleito de desclassificação para a conduta do art. 12 da mesma lei. - “[...] para configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo com a numeração suprimida, não importa ser a arma de fogo de uso restrito ou permitido, basta que a arma esteja com o sinal de identificação suprimido ou alterado, pois o que se busca proteger é a segurança pública, por meio do controle realizado pelo Poder Público das armas existentes no País. Precedentes: RHC 89.889/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 5/12/2008; HC 99.582/RS, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 6/11/2009; HC 104.116/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 28/9/2011. (...)” (STF, Min. Luiz Fux) [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0004744-13.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 03-12-2019).

Em reforço, pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça, em Parecer da lavra do Dr. Procurador Genivaldo da Silva:

Conforme se extrai da guia de execução provisória, juntada à petição inicial pelo agravante (ev. 1, DOCUMENTACAO2, pp. 1-2), o agravado fora condenado, nos autos n. 0015824-12.2018.8.24.0038, pela prática do crime descrito no art. 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento, qual seja, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração raspada.

E, nesse sentido, a conduta praticada pelo agravado deve continuar a mesma, uma vez que a alteração proposta pela edição do Decreto n. 9.846/ 2019, não se propôs alterar a conduta em comento, propriamente, isto é, quanto a numeração suprimida, mas apenas em relação ao calibre da arma de fogo, diferentemente do que decidido na origem.

Assim, a conduta criminosa praticada pelo apenado deve permanecer a mesma, ou seja, aquela disposta no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/ 2003, haja vista que a alteração proposta pela edição do Decreto nº

9.846/ 2019 não se propõe a alterar as condutas de posse ou porte de arma de fogo com numeração suprimida. Assim, diante do exposto acima, tem-se que é irrelevante, para o presente caso, a alteração trazida com o denominado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/ 19) no que pertine ao texto legal do Decreto n. 9.846/ 2019, vez que tal modificação introduzida não se propôs a alterar as condutas de posse ou porte de arma de fogo com numeração suprimida, como é o caso do agravado, mas sim meramente quanto ao calibre da arma de fogo cuja posse ou porte tenha um indivíduo, além de que se encontra perfeitamente caracterizada a conduta pela qual fora condenado, conforme se extrai da sentença condenatória, nos seqs. 1.7 e 1.8 dos autos de execução.

Portanto, a decisão combatida merece reforma, na medida em que a posse ou porte de arma com numeração suprimida, independentemente de seu calibre, continua a configurar o crime previsto no artigo 16, IV da Lei 10.826/2003, pelo que fica restabelecida a pena originalmente aplicada de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

À vista do exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2766933v17** e do código CRC **a8c5cc21**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

Data e Hora: 13/10/2022, às 13:5:7

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5027122-34.2022.8.24.0018/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

AGRAVANTE: ADEMIR PADILHA DE LIMA (AGRAVANTE)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU REMIÇÃO POR ESTUDO BÍBLICO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ALEGADA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PEDAGÓGICOS IMPRESCINDÍVEIS. FREQUÊNCIA ESCOLAR, MÉTODOS DE AVALIAÇÃO E CARGA DIÁRIA DE ESTUDOS QUE NÃO RESTARAM DEMONSTRADAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA RECOMENDAÇÃO 44/2013, DO CNJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 24 de novembro de 2022.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo em execução penal interposto, por Ademir Padilha de Lima, inconformado com a decisão (sequencial 85.1 dos autos de execução penal n. 5028667-50.2020.8.24.0038 - SEEU) proferida pelo Juiz da 3ª Vara Criminal da comarca de Chapecó, que indeferiu pedido de remição de pena em virtude de estudo bíblico.

Em suas razões (evento 1 - eproc), o agravante busca a reforma da decisão agravada, requerendo a aplicação da interpretação extensiva do art. 126 da Lei de Execução Penal.

Apresentadas as contrarrazões (evento 10) e mantida a decisão *a quo* por seus próprios fundamentos (evento 12), ascenderam os autos a este egrégio Tribunal.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso (evento 9 - segundo grau).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Conforme sumariado, cuida-se de agravo em execução penal interposto, por Ademir Padilha de Lima, inconformado com a decisão (sequencial 85.1 do PEC) proferida pelo Juiz da 3ª Vara Criminal da comarca de Chapecó, que indeferiu pedido de remição de pena em virtude de estudo bíblico.

Em suas razões (evento 1 - eproc), o agravante busca a reforma da decisão agravada, requerendo a aplicação da interpretação extensiva do art. 126 da Lei de Execução Penal.

Contudo, o reclamo não merece prosperar.

O art. 126 da LEP dispõe sobre a possibilidade do condenado remir a pena por meio do trabalho ou do estudo, *in verbis*:

O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1o deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4o O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5o O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação (grifei).

No caso em tela, o apenado sustenta que concluiu o plano de leituras bíblicas (evento 83.2, fl. 2), postulando a homologação da remição (evento 83.3 no SEEU).

Embora louvável o estudo e leitura em qualquer área do conhecimento, realizado nos estabelecimentos penais, inclusive o estudo bíblico, a concessão de remição, na espécie, esbarra na ausência de carga horária dos estudos, da frequência e avaliação, sendo que o certificado apresentado apenas confere o título de “Leitor da Bíblia” ao apenado.

No caso em tela, vislumbra-se que não há qualquer informação sobre plano de estudo, bem como relatórios de frequência e de aproveitamento básicos, requisitos que impossibilitam o preenchimento dos parâmetros previstos na legislação pertinente (LEP, art. 126, §1º, inciso I).

Neste sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. REMIÇÃO POR ESTUDO A DISTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONVÊNIO PARA A PRESTAÇÃO DO CURSO. FALTA DE CONTROLE SOBRE AS HORAS EFETIVAMENTE ESTUDADAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei de Execução Penal permite a remição por estudo a distância, desde que observados alguns cuidados para comprovação da frequência e do aproveitamento escolares.

2. O apenado realizou curso livre, apostilado, em horário posterior ao trabalho, com duração por ele mesmo determinada. Não existia convênio nem projeto da unidade prisional militar para a atividade, e a instituição de ensino e a direção prisional não controlaram as horas efetivas de aprendizado. O estudo não foi informado, mensalmente, ao Juiz da Execução nem fiscalizado pelo Ministério Público. Nesse cenário, mero controle individual do discente, ainda que assinado pelo diretor na unidade, não se presta a lastrear a remição.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 524.797/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019 - grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELO ESTUDO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO PELA UNIDADE PRISIONAL. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA. 1. Na hipótese vertente, o Juízo das Execuções Criminais e o Tribunal a quo negaram a remição tendo em vista que o curso realizado na modalidade de ensino a distância não teve nenhuma fiscalização de horas diárias estudadas ou de grade curricular por parte da Administração, tendo sido realizadas ao talante exclusivo do apenado, sem nenhum aval das autoridades penitenciárias. 2. [...] 3. Como se vê, de fato, ainda que concluído o curso na modalidade à distância - in casu - a remição em decorrência do estudo exige, para cada dia de pena remido, a comprovação de horas de estudo, que, dada a sistemática da lei de execução penal, encontrando-se o apenado sob a custódia do Estado, deve preceder de fiscalização e autenticidade do cumprimento dos requisitos legais. 4. Na espécie, infere-se que as instâncias ordinárias entenderam que os requisitos necessários à concessão do benefício da remição não restaram preenchidos, mormente em relação à comprovação das horas estudadas em cela pelo paciente, sendo que a reforma de tal decisão revela-se providência inviável na via estreita deste writ, pois demandaria apreciação fático-probatória. 5. A propósito, no recente julgamento do HC 473.098/MG, decidiu o Ministro Felix Fischer, em caso similar - relativo à insuficiência da comprovação acerca das horas estudadas em cela pelo paciente -, que a demonstração do cumprimento dos requisitos necessários à concessão do benefício demanda a análise de fatos e provas, providência inviável na via estreita do habeas corpus (HC 473.098/MG, DJe 3/12/2018). 6. Agravo regimental não provido’ (AgRg no HC 478271/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 15/08/2019, grifou-se).

Este Sodalício já se manifestou sobre o tema, inclusive a respeito dos ensinamentos Bíblicos, senão vejamos:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A REMIÇÃO POR ESTUDO PELA REALIZAÇÃO DE CURSO BÍBLICO À DISTÂNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA COMPROVAÇÃO DA CONCLUSÃO DO CURSO. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES SOBRE AS ATIVIDADES PEDAGÓGICAS, TAIS COMO, FREQUÊNCIA E AVALIAÇÃO ESCOLAR E CARGA HORÁRIA DIÁRIA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ACERCA DO REGISTRO DO CURSO OFERTADO JUNTO AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. REQUISITOS DISPOSTOS NO ART. 126, § 1º, I, DA LEP E NA RESOLUÇÃO N. 44/2013 DO CNJ NÃO PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000894-78.2020.8.24.0018, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 15-12-2020).

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Agravo de Execução Penal n. 0002352-12.2019.8.24.0004 Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU A REMIÇÃO PELO ESTUDO RELIGIOSO OU BÍBLICO. «CURSO TELEOLÓGICO BÁSICO» COM 26 HORAS/AULA. DIPLOMA QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 126, § 1º, DA LEP. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES DA CARGA HORÁRIA REALIZADA POR DIA. DECISÃO MANTIDA. «É impossível a concessão da remição se o apenado apresenta apenas diploma de conclusão de curso e não é possível, à míngua de comprovação da duração do curso realizado e da carga horária de estudo, realizar a contagem do tempo da atividade» (TJSC, Agravo de Execução Penal 0001469-50.2017.8.24.0064, de São José, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 18-07-2017). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. V (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0002352-12.2019.8.24.0004, de Araranguá, rel. Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 22-08-2019).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - DIAS REMIDOS - ESTUDO BÍBLICO - INDEFERIMENTO NA ORIGEM - HIPÓTESE DE APRENDIZAGEM QUE SE ENQUADRA NAS ATIVIDADES DE ENSINO FUNDAMENTAL (LEP, ART. 126, §1º, INCISO I) - OBSERVÂNCIA DO ART. 210, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INEXISTÊNCIA, ENTRETANTO, DE DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR O PERÍODO DE REMIÇÃO (DURAÇÃO E CARGA HORÁRIA DO CURSO) - MERA APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA DE CONCLUSÃO - RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0010156-79.2018.8.24.0064, de São José, rel. Saete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 07-05-2019).

Sobre os elementos pedagógicos imprescindíveis para concessão da remição por estudo a distância, já decidiu esta Câmara Criminal:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. ESTUDO POR CONTA PRÓPRIA. CURSO PROFISSIONALIZANTE NA MODALIDADE À DISTÂNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 126 DA LEI N. 7.210/84 E RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DEFERIMENTO NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AFASTAMENTO DA REMIÇÃO HOMOLOGADA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PEDAGÓGICOS IMPRESCINDÍVEIS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONTROLE DE FREQUÊNCIA. MÉTODOS DE AVALIAÇÃO E CARGA HORÁRIA MÍNIMA DE ESTUDOS. INSTITUIÇÃO DE ENSINO QUE SEQUER ESTÁ CREDENCIADA

NO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES DA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E TECNOLÓGICA (SISTEC) PARA OFERECIMENTO DO CURSO ESPECIFICAMENTE REALIZADO PELO APENADO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 5009830-59.2022.8.24.0075, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 03-11-2022).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. ESTUDO POR CONTA PRÓPRIA. CURSO PROFISSIONALIZANTE NA MODALIDADE À DISTÂNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 126 DA LEI N. 7.210/84 E RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INDEFERIMENTO. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PLEITO DE RECONHECIMENTO E HOMOLOGAÇÃO PARA FINS DE REMIÇÃO DA PENA. NÃO PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PEDAGÓGICOS IMPRESCINDÍVEIS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONTROLE DE FREQUÊNCIA. MÉTODOS DE AVALIAÇÃO E CARGA HORÁRIA MÍNIMA DE ESTUDOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000950-70.2020.8.24.0064, de São José, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 17-09-2020).

O ilustre Procurador de Justiça, assim se manifestou sobre o tema (evento 9 - segundo grau):

Ocorre que os cursos e programas devem obedecer a regras específicas para o reconhecimento da benesse pretendida. No caso em apreço, tem-se que o certificado não informa acerca da frequência escolar, carga horária diária de estudos ou das disciplinas e métodos de avaliação - pressupostos indispensáveis à comprovação da conclusão do curso, de acordo com a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça e do art. 126, § 1º, I, da Lei de Execução Penal.

Assim, diante da precariedade de informações, bem como da ausência de preenchimento dos requisitos previstos na recomendação n. 44/2013 do CNJ, deve-se manter incólume a decisão agravada, nos termos da fundamentação.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Documento eletrônico assinado por **CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER, Desembargadora Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2959314v7** e do código CRC **6193991b**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

Data e Hora: 24/11/2022, às 9:48:51

PRIMEIRO GRAU

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 0000959-31.2019.8.24.0011/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: LUIZ JUMES

SENTENÇA

Vistos, etc.

LUIZ JUMES, brasileiro, casado, corretor de imóveis, natural de Blumenau/SC, nascido em 10-6-1984, filho de Ida Maria Jumes e Paulo Jumes, residente e domiciliado na Rua Arthur Olinger, n. 65, apto. 601, bloco A, Bairro Centro I, nesta cidade de Brusque/SC, telefone (47) 99651-4709, foi denunciado pelo Ministério Público pela prática do crime previsto no artigo 333, *caput*, do Código Penal, porque segundo a denúncia, *in verbis*:

“Infere-se do presente inquérito policial que no dia 21 de fevereiro de 2018, por volta das 9h11min, o denunciado, por intermédio do aplicativo WhatsApp, encaminhou uma mensagem ao sargento Claudécir Carneiro, lotado na 3ª Companhia de Bombeiros Militar de Brusque/SC, oferecendo-lhe uma vantagem indevida no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com o intuito de que o agente público atestasse que o acusado estava cumprindo regularmente a medida restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade imposta nos autos n. 5007192-79.2017.4.04.7201, em trâmite na 1ª Vara Federal de Joinville/SC, mesmo ele não comparecendo para cumprir a reprimenda.

A ação do denunciado pode ser constatada por intermédio das conversas acostadas às fls. 7-9 e 17-19.

Desta forma, constatou-se que o denunciado ofereceu vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar ato de ofício que consistia, no caso em tela, em registrar na ficha de apresentação do denunciado que ele estava regularmente cumprindo a medida restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade imposta nos autos n. 5007192-79.2017.4.04.7201, em trâmite na 1ª Vara Federal de Joinville/SC, mesmo ele não comparecendo para cumprir a reprimenda.” (Evento 7)

A denúncia veio acompanhada pelo inquérito policial e foi recebida em 09-07-2019 (Evento 10).

Citado (Evento 15), o acusado apresentou resposta à acusação por meio de defensor constituído, arguindo, preliminarmente, a incompetência deste Juízo para processar e julgar a presente ação, aduzindo, em síntese, que em razão dos fatos descritos na denúncia estarem relacionados ao

cumprimento de pena alternativa imposta ao acusado pela Justiça Federal, a competência recairia a esta (Evento 18).

A matéria preliminar foi afastada por este juízo (Evento 20).

Durante a instrução foram ouvidas duas testemunhas de acusação e interrogado o acusado, pelo sistema audiovisual (mídia do Evento 155).

Em alegações finais por memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade autoria e culpabilidade do acusado e requereu a condenação, nos moldes da denúncia (Evento 158).

A douta defesa, por sua vez, sustentou as teses de ausência de dolo, falta e fragilidade probatória e requereu a absolvição do acusado. Em caso de condenação, postulou pela substituição da pena privativa de liberdade (Evento 162).

Antecedentes criminais registrados aos autos nos Eventos 2-3, 68-69, 100, 154 e 163.

Relatados, decidido.

Imputa-se ao acusado a prática do crime de corrupção ativa, previsto no artigo 333, *caput*, do Código Penal.

A materialidade e autoria do delito despontam de forma indubitosa do contexto probatório, confortando-se no boletim ocorrência (Evento 1, inquérito 3-4), *prints* das mensagens (Evento 1, inquérito 7-9), na prova oral e demais elementos de convicção que compõe o acervo probatório.

Ao ser ouvido na fase indiciária, Luiz Jumes declarou que no dia 21-02-2018 estava prestando serviço comunitário no Corpo de Bombeiros de Brusque/SC e por volta das 12:00 horas deixou seu aparelho celular carregando em uma lavação no local. Relatou que, ao retornar, aproximadamente às 14:00 horas, percebeu que o celular havia sumido. Afirmou que seu telefone era do modelo Iphone 5 e não tentou rastreá-lo pelo “Buscar Iphone”, posto que “não queria causar intriga dentro do Corpo de Bombeiros”. Informou que não teve mais notícias acerca do aparelho celular e não sabe o número de seu IMEI, pois o adquiriu de terceiros. Alegou ter registrado uma ocorrência de furto um dia antes da mensagem ser encaminhada ao Sargento Claudedir Carneiro. Disse que no local em que deixou o celular existem várias câmeras, porém as gravações não lhe foram disponibilizadas. Negou ter encaminhado as mensagens solicitando vantagem indevida. Esclareceu que uma semana após o fato foi ao Corpo de Bombeiros para cumprir os serviços à comunidade, ocasião em que lhe foi solicitado para ausentar-se do local, pois já haviam tomado conhecimento das conversas (Evento 1, inquérito 20).

Sob o crivo do contraditório, o acusado informou que foi condenado na Justiça Federal e, em virtude disso, foi encaminhado ao Corpo de Bombeiros de Brusque para cumprir 980 (novecentas e oitenta) horas de prestação de serviços à comunidade. Negou que tivesse oferecido vantagem indevida ao Tenente Carneiro. Disse que caso fosse oferecer, deveria pagar para cerca de 10 bombeiros, pois cada dia um servidor diferente era responsável por assinar os relatório. Disse

não saber como a mensagem foi enviada de seu celular ao Tenente Carneiro, visto que durante o tempo em que estava no quartel prestando os serviços, não podia mexer no celular. Afirmou que possuía o contato pessoal de “Silva, Sargento Renato, Dona Maria, e tinha de todos eles”. Relatou que pediu para Silva o telefone celular de Carneiro para conversarem sobre motos. Declarou que no dia dos fatos trabalhou no Corpo de Bombeiros das 10:00 horas às 14:00 horas e próximo das 12:00 horas passou pelo local onde seu celular estava carregando e já não o viu mais. Ressaltou que nas proximidades haviam câmeras de vigilância, mas não conseguiu as imagens de monitoramento. Disse não saber o motivo de alguém ter enviado referidas mensagens ao Tenente Carneiro para lhe prejudicar (mídia do Evento 155).

Em oitiva realizada pelo 3º Batalhão de Bombeiros Militar de Santa Catarina, Claudécir Carneiro disse que Luiz Jumes sugeriu o referido “esquema” com o fim de que registrasse o tempo de serviço que ele deveria cumprir no quartel relativo à pena imposta pela Vara Federal. Esclareceu que o acusado mandou lhe propôs que fizessem um esquema, por meio do qual repassaria R\$1.500,00 (mil e quinhentos) reais ao declarante, em troca deste “passar a régua nas horas”, ou seja, anotar que Luiz estava cumprindo o período de tempo no quartel sem que estivesse efetivamente presente. Informou que diante das mensagens, comunicou o fato imediatamente ao seu Comando (Evento 1, inquérito 5-6).

Ouvido na fase judicial, Claudécir Carneiro mencionou o Corpo de Bombeiros recebe várias pessoas que cumprem prestação de serviços à comunidade, sendo o chefe de socorro responsável no dia quem anota a hora de chegada e de saída, bem como o tipo de serviço prestado. Afirmou que o acusado mandou mensagem perguntando qual valor queria para “assinar as horas dele, para ele não precisar mais vir ao quartel, pois todo funcionário público tem um preço”. Informou que, diante dos fatos, relatou a situação ao seu superior. Explicou que o acusado solicitou o número de seu telefone pessoal a outro tenente. Afirmou que se tivesse má intenção, poderia aumentar a quantidade de horas de serviço comunitário prestado. Disse não ter conhecimento sobre eventual furto do aparelho celular do acusado dentro do quartel. Afirmou que o acusado prestou serviços à comunidade no dia anterior às mensagens encaminhadas. Relatou não havia proibição quanto ao uso de telefone celular durante a prestação dos serviços e que na época dos fatos o quartel não possuía câmeras de vigilância na parte interna (mídia do Evento 155)

O bombeiro militar Carlos Rodrigo da Silva narrou na fase indiciária que o denunciado solicitou o número do contato telefônico do 2º Sargento Claudécir Carneiro sob o pretexto da locação de um imóvel (Evento 1, inquérito 44).

Em juízo, a testemunha relatou que e tomou conhecimento sobre Luiz solicitar ao Tenente Carneiro que abonasse as horas de serviço à comunidade prestado, em troca de dinheiro. Disse que desconhece qualquer fato envolvendo a subtração do celular de Luiz no Corpo de Bombeiros. Informou que na época dos fatos não exercia função de fiscalização dos horários dos apenados, pois somente os chefes de socorro responsáveis no dia preenchiam os relatórios. Afirmou que dentro do quartel não haviam câmeras de vigilância. Disse que trabalha como tatuador de forma artística, então, após Luiz demonstrar interesse, passou seu contato pessoal para tratarem sobre isso. Dias

depois, Luiz pediu o contato do Tenente Carneiro, sob a justificativa de quem “queria tratar sobre motos”, então passou o contato pessoal de Claudécir (mídia do Evento 155).

Com efeito, não há dúvidas da autoria Luiz Jumes quanto ao oferecimento de vantagem ilícita ao funcionário público Claudécir Carneiro, 2º Sargento Bombeiro Militar, para registrar na ficha de apresentação do acusado que estava regulamente cumprindo a medida restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade imposta nos autos n. 5007192-79.2017.4.04.7201, em trâmite na 1º Vara Federal de Joinville/SC, mesmo ele não comparecendo para cumprir a reprimenda.

No caso em questão, o ato criminoso está devidamente demonstrado nos *prints* do aplicativo de mensagens *Whatsapp* acostados aos autos (Evento 1, inquérito 7-9).

Registro que a negativa de autoria sustentada pela defesa, sob a alegação de que o acusado teve seu celular subtraído dentro do Corpo de Bombeiros no período em que estava prestando serviços no local, encontra-se completamente isolada nos autos.

Isso porque, tanto Claudécir Carneiro, quanto Carlos Rodrigo da Silva, negaram ter conhecimento acerca da suposta subtração do aparelho celular no quartel.

Não obstante, embora o denunciado tenha afirmado que registrou a ocorrência do furto de seu aparelho celular “um dia antes da mensagem ser encaminhada ao Sargento Claudécir Carneiro”, a documentação acostada aos autos, especificamente o próprio boletim de ocorrência, comprova que Luiz somente registrou a ocorrência em 01-03-2018 (Evento 1, inquérito 14), portanto, dias após o envio das mensagens, as quais foram enviadas em 21-02-2018.

Além do mais, o próprio acusado não soube explicar por qual motivo alguém enviaria tais mensagens em seu nome apenas para lhe prejudicar.

E depois, a testemunha Carlos Rodrigo da Silva, 2º Sargento do Corpo de Bombeiros, foi categórico ao afirmar que Luiz pediu-lhe o contato do Tenente Carneiro, sob a justificativa de quem “queria tratar sobre motos”, razão pela qual passou o contato pessoal de Claudécir.

Assim, a negativa de autoria por parte do acusado quanto ao oferecimento de vantagem ilícita ao agente público, apresenta-se isolada e divorciada do contexto probatório, imerecendo credibilidade.

Consabido que a corrupção ativa trata-se de um crime formal e consuma-se com a mera oferta ou promessa, pouco importando o recebimento ou não da vantagem pelo funcionário, que consiste em mero exaurimento.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA. ART. 343, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA PLENAMENTE

DEMONSTRADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E CONTUNDENTE. APELANTE QUE, ACUSADO EM PROCESSO DISTINTO, PROCURA AS VÍTIMAS, TESTEMUNHAS ARROLADAS, PRETENDENDO A MODIFICAÇÃO DA VERSÃO LANÇADA NO INQUÉRITO POLICIAL MEDIANTE OFERTA PECUNIÁRIA. CRIME FORMAL. SIMPLES OFERTADA, AINDA QUE NÃO ACEITA PELA TESTEMUNHA, CONFIGURA O CRIME. CONDENAÇÃO MANTIDA. Recurso conhecido e desprovido.” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.085174-7, de Porto União, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 29-09-2015).

Consigno que, embora Claudedir Carneiro tenha sido o destinatário da conduta criminosa, o agente público prestou suas declarações em juízo com segurança, não demonstrando qualquer interesse espúrio na condenação do denunciado.

Aliás, em nenhum momento a defesa logrou êxito em comprovar qualquer circunstância que fizesse descreditar a boa-fé do agente público.

Diz-se crime de corrupção ativa a conduta do agente em “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”, *ex vi* do contido no artigo 333, *caput*, do Código Penal.

Assim, inegável que a conduta do acusado, ao oferecer vantagem ilícita a fim de que agente registrasse na ficha de apresentação do acusado que estava regulamente cumprindo a medida restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade independente de seu comparecimento, praticou o crime de corrupção ativa, agindo com dolo específico, posto que tinha pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta.

O simples fato das mensagens terem sido enviadas no momento em que Claudedir não estava de serviço não desconstitui o crime, já que não há exigência sequer da aceitação do benefício, bastando sua oferta para caracterização da infração penal, conforme já exposto.

Ademais, embora a defesa alegue que Claudedir não possuía autoridade/competência para atender a pretensão do acusado, o agente público afirmou em juízo que se tivesse má intenção, poderia aumentar a quantidade de horas de serviço comunitário prestado, visto que era chefe de socorro, motivo pelo qual anotava a hora de chegada e de saída, bem como o tipo de serviço prestado pelos apenados (mídia do Evento 155).

Por outro vértice, não há falar em aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de corrupção ativa, por atentar contra a moralidade administrativa e gerar lesão ao bem jurídico tutelado, ainda que irrisório o valor oferecido.” (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.079131-1, de Tangará, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 19-11-2013).

Considerando que a moralidade administrativa não pode ser quantificada, o crime de corrupção ativa gera lesão ao bem jurídico tutelado, ainda que o valor oferecido seja irrisório.

Com efeito, comprovada a materialidade, autoria e culpabilidade do acusado na prática do

ilícito penal que lhe é atribuído na denúncia, não havendo causas de exclusão do crime ou isenção de pena, passo a aplicação da reprimenda legal.

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Atento as diretrizes norteadoras do artigo 59, do Código Penal, tenho que o acusado agiu **culpabilidade**, em grau de reprovabilidade normal.

É reincidente e registra **antecedentes criminais** contra si, já que condenado perante a 1º Vara Federal de Joinville/SC nos autos n. 5016176-23.2015.4.04.7201 pelo crime de tráfico internacional de arma de fogo de uso restrito (trânsito em julgado em 19-04-2017 - Evento 1, inquérito 30-36) e nesta comarca pelo crime de ameaça (trânsito em julgado em 07-10-2008 e extinção da pena em 04-05-2009 - certidão 2 do Evento 163). Registro que a primeira condenação será considerada para fins de reincidência, e a segunda como maus antecedentes.

Consigno que, com a devida vênia, ousou discordar da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.315/SP, na qual referida Corte decidiu que: “decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes” (Habeas Corpus n. 126.315/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15/9/2015, DJUe de 4/12/2015).

A adoção de tal entendimento redundaria em tratar de modo igual uma pessoa contra a qual jamais pesou condenação criminal, o que viola o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal).

Deve-se, portanto, seguir a orientação até então estabelecida pelo Pretório Excelso, segundo a qual “as condenações criminais transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes do recorrente para fins de exacerbação da pena-base” (RHC n. 116.070/RJ, rela. Mina. Cármen Lúcia, DJUe de 12/6/2014). Consulte-se, ainda: STF, RHC n. 106.814/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJUe de 23/2/2011.

Sua **conduta social** não restou melhor apurada. **Personalidade** normal. Os **motivos** são egoísticos, posto que o agente ofereceu vantagem indevida à funcionário público a fim de que deixasse de praticar ato de ofício. As **circunstâncias** já foram analisadas, enquanto que as **consequências** do crime foram normais. O **comportamento da vítima** em nada contribuiu para o resultado doloso.

Diante das circunstâncias judiciais, que não se apresentam favoráveis, ao menos os maus antecedentes, necessária a exacerbação da pena base, que fixo em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e vinte e um (21) dias multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade.

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).

Como circunstância agravante verifica-se a reincidência (art. 61, inciso I e art. 63, CP), de modo que elevo a pena corporal em quatro meses de reclusão, e, na ausência de atenuantes, estabeleço-a em dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão nesta segunda fase de sua aplicação.

A pena de multa, submetida ao critério bifásico, permanece inalterada.

Considerando que não se verificam causas de aumento ou diminuição, concretizo a pena em **dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão, e vinte e um (21) dias multa**, no valor e forma mencionados.

Ante as circunstâncias judiciais e considerando que o acusado é reincidente, estabeleço o regime semiaberto para início de cumprimento da pena (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia para **condenar** o acusado **LUIZ JUMES**, já qualificado, às penas de **dois (02) anos e oito (8) meses de reclusão**, em regime semiaberto, e **vinte e um (21) 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, dando-o como incurso nas sanções do contido no artigo 333, *caput*, do Código Penal.

Condeno-o ainda, ao pagamento das custas processuais que deverão ser pagas, juntamente com a multa aplicada, no prazo de dez dias após o trânsito em julgado da sentença (artigo 50 do Código Penal).

Considerando que diante das circunstâncias judiciais e reincidência não preenche os requisitos legais para a obtenção da substituição da reprimenda legal por restritivas de direitos ou multa, bem como, suspensão condicional da pena, *ex vi* do contido no artigo 59 *c/c* o artigo 44, incisos II e III, e artigo 77, incisos I e II, todos do Código Penal, deixo de lhe conceder tais benesses legais.

Concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade, uma vez que não se fazem presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva.

Transitada em julgado a presente decisão, lance-se-lhe o nome no rol de culpados e procedam-se as anotações e comunicações necessárias, inclusive junto ao Cartório Eleitoral (artigo 15, inciso III da Constituição Federal) e a Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado.

Apesar do crime ter sido praticado após advento da Lei n. 11.719/08, que alterou a redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, na ausência indicativos seguros e de pedido expresso na denúncia, deixo de fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pelas infrações.

Em cumprimento ao disposto no artigo 201, § 2º, do Código de Processo Penal, e de acordo com a redação alterada pela Lei n. 11.690/2008, consigno que a vítima deverá ser cientificada da presente sentença por meio do 3º Batalhão de Bombeiros Militar de Brusque.

Cumpridos todos os desdobramentos da sentença, arquivem-se os autos, com as baixas necessárias.

Publicada e registrada eletronicamente, intinem-se.

Documento eletrônico assinado por **EDEMAR LEOPOLDO SCHLOSSER, Juiz de Direito**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, mediante o preenchimento do código verificador **310026453722v21** e do código CRC **24c75cb3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): EDEMAR LEOPOLDO SCHLOSSER

Data e Hora: 18/8/2022, às 18:51:51

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL Nº 5000411-94.2019.8.24.0018/SC

AUTOR: WILMA ALBINA ROSSATTO DE MELLO

AUTOR: NAIR ROSSATTO

RÉU: MUNICÍPIO DE CAXAMBU DO SUL-SC

SENTENÇA

WILMA ALBINA ROSSATTO DE MELLO e **NAIR ROSSATTO**, qualificadas nos autos, ajuizaram a presente **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER** contra o **MUNICÍPIO DE CAXAMBU DO SUL**, também qualificado, objetivando a retificação de pesquisa histórica realizada pelo réu acerca de fatos relacionados à família das autoras.

Dispensado o relatório, nos termos do art. 38 da Lei n. 9.099/1995 c/c art. 27 da Lei n. 12.153/2009.

Decido:

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, em que as autoras pleiteiam a condenação do réu a retificar informações de sua família em cartilha e vídeo produzidos pelo Município de Caxambu do Sul e que estão em exposição no Museu Municipal e na rede Youtube.

Concisamente, aduzem as autoras, que: são filhas de Luiz Rossatto e Alice Facin Rossato, ambos falecidos; o réu produziu, em 2015, uma cartilha e um vídeo com informações inverídicas acerca da família; seus genitores construíram o casarão e sempre laboraram juntos no comércio de secos e molhados, mas somente Alice foi retratada na pesquisa histórica do Município; a casa abrigava a família e o comércio; o local foi retratado como bodega e casa de jogos e Alice foi descrita como fumante, o que não corresponde à realidade e a descrição é injuriosa; após o falecimento de Alice em 1991, Luiz continuou morando e trabalhando no local até transferir o comércio para Liduíno Aumondi, seu enteado e filho de Alice do primeiro casamento dela; Luiz residiu no local até 2002, quando transferiu residência para Águas de Chapecó; a Casa de Comércio Aumondi na verdade se chama “Casa Comercial Rossatto/Aumondi”; a casa não foi doada pela família Aumondi, mas adquirida, no ano de 2005, pela empresa Foz do Chapecó, que construiu a hidrelétrica, e doada ao Município.

A Constituição Federal assegura a liberdade de expressão independentemente de licença ou censura prévia, e, em contrapartida, alberga a reparação em caso de abuso em sua utilização que gere dano à honra. É o que se extrai do art. 5º, incisos IX e X, e do art. 220:

“Art. 5º [...]”

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Nesse contexto, é proibida a intervenção do Estado no conteúdo da livre manifestação do pensamento. Por outro lado, é assegurada a liberdade de expressão em suas diversas formas, conferindo-se tratamento protetivo em caso de ofensa e de dano.

Tanto a liberdade de expressão quanto o direito à privacidade, honra e imagem têm proteção Constitucional. Reconhecidos como prioridade, entre eles não há hierarquia. Não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer diante de eventual conflito.

Em caso de conflito entre normas dessa natureza, é necessária a utilização da ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade entre uma norma e outra a fim de que se estabeleça qual delas deve prevalecer no caso concreto.

Acerca do assunto, o Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil preceitua que:

“A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

Colhe-se da doutrina:

“Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina – assume uma espécie de posição preferencial (preferred position), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial – em que pese consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF 130 – tem sido, em geral, aplicada de forma tímida. De qualquer modo, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição,

nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais. Assim, quando se fala de uma posição preferencial – pelo menos no sentido em que aqui se admite tal condição –, tem-se a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com posição de vantagem no caso concreto, de tal sorte que também nessa esfera – da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos – não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 456-458/459).

O caso específico dos autos assume certa particularidade porque se trata de produção histórico-cultural, cujas informações foram obtidas por meio de entrevistas com pessoas ligadas à família das autoras e que pertenciam à comunidade.

A produção do conteúdo é parte da historiografia, que corresponde ao conhecimento histórico sobre determinado tema num certo período. Seu conceito por ser entendido pela seguinte proposta:

“A historiografia faz parte de um processo epistemológico e espelha a produção intelectual de um certo momento do passado. Ela é um fragmento para compreendermos - numa preocupação de totalidade - esse passado. Na historiografia estão os anseios de uma época, as verdades que a dinâmica social das ideias desfigurará com o passar do tempo. Portanto, a historiografia, de produção intelectual, passa a vestígios de um determinado acontecer para quem a analise; portanto, o conhecimento histórico observado a partir de uma perspectiva de historicidade em processo torna-se objeto de análise ou história-processo no plano do vestígio histórico”. TORRES, Luiz Henrique. O Conceito de História e de Historiografia. Biblos: vol. 8. Rio Grande, 1996, p. 56-57.

Nesse contexto, excluir a história retratada pelo réu é censura. A censura pode se dar pela supressão de certos pontos de vista e opiniões divergentes e limitar o acesso a informações.

A história apresentada pelo Município de Caxambu na Cartilha de Apoio Didático, nos banners e no material decorrente de pesquisa realizada por empresa contratada para tal finalidade, é a versão da história contada por pessoas próximas e familiares da família Rossatto e Aumondi.

Não há termos pejorativos. As palavras não foram usadas no sentido literal do dicionário. Bodega é um local de secos e molhados, cujo termo é praxe na região, não sendo depreciativo. A denominação de “bodegueira” é utilizada pelos locais para se referir ao dono da “bodega”, isto é, ao dono ou atendente do estabelecimento comercial. Essas denominações são amplamente aceitas pela sociedade local. É fato de conhecimento geral de pessoas desta região, como este Juiz é (CPC, art. 375).

Havia jogos no local, não significando que se tratava de um local imoral. Os frequentadores se reuniam e utilizavam do local como ponto de encontro para jogar baralho como forma de lazer.

A senhora Alice Facin Rossatto de fato era fumante, não se podendo negar a alegação de que atendia os clientes com o cigarro em uso. Ademais, a informação indica a fonte do comentário, e

não há nada de errado em se considerar essa característica. O hábito de fumar não causa nenhum constrangimento que mereça ser escondido ou repudiado, especialmente naquelas épocas.

De fato, a história deixou de fora o pai das autoras, mas a prova oral não demonstrou que ele tinha o protagonismo alegado na inicial. Não há ofensa na opção da pesquisa histórica retratar Alice com papel de destaque. A história tem formato livre e foi desenvolvida com base em entrevistas de pessoas locais, inclusive de familiares da matriarca.

A prova produzida não deixou claro qual era o nome do casarão, havendo indicativos de que era conhecido como Aumondi. O filho Liduíno Aumondi também estava à frente do estabelecimento e não apenas o pai das autoras.

Nada disso impede que as autoras façam suas versões da história, divulgando obras a respeito, se for o caso. O que não se pode é que judicialmente se alterem as versões da história.

A história nem sempre reflete a realidade, senão apenas a impressão pessoal de quem a relata. Por mais que a pessoa que relata um fato histórico tenha dele proximidade, pode ter percepção diversa de outra que também tem essa proximidade aos fatos. A história não se arrasta, dá salto. O relato fiel somente seria possível se houvesse a materialização diária de quem viveu à época (anotação em um diário), e mesmo assim seria a percepção daquela pessoa e não de outras.

É o que ensina Nassim Nicholas Taleb na sua consagrada obra *A Lógica do Cisne Negro*.

Veja-se seu relato:

“HISTÓRIA E O TRIO DA OPACIDADE

A história é opaca. Você vê o resultado, não o roteiro que produz eventos, o gerador da história. Há uma incompletude fundamental na compreensão que você tem desses eventos, uma vez que não vê o que está dentro da caixa, como os mecanismos funcionam. O que chamo de gerador de eventos históricos é diferente dos eventos em si, assim como não é possível ler a mente dos deuses ao testemunhar atos divinos. É muito provável que você esteja enganado com relação às intenções deles.

Essa desconexão é semelhante à diferença entre a comida que chega à mesa do restaurante e o processo observado na cozinha (a última vez que tomei o bruch em um certo restaurante chinês na Canal Street, no centro de Manhattan, vi um rato saindo da cozinha).

A mente humana padece de três doenças ao entrar em contato com a história, o que chamo de trio da opacidade. São elas:

a. a ilusão de compreensão, ou como todo mundo pensa que sabe o que está acontecendo em um mundo que é mais complicado (ou aleatório) do que as pessoas percebem;

b. a distorção retrospectiva, ou como podemos avaliar as questões apenas depois do fato, como se estivessem em um espelho retrovisor (a história parece mais clara e mais organizada nos livros do que na realidade empírica); e

c. a supervalorização da informação factual e a desvantagem de pessoas autoritárias e instruídas, especialmente quando elas criam categorias — quando “platonificam”.

Ninguém sabe o que está acontecendo

A primeira perna do trio é a patologia de pensar que o mundo em que vivemos é mais compreensível, mais explicável e, portanto, mais previsível do que realmente é.

Os adultos me diziam constantemente que a guerra, que no fim das contas acabou durando quase dezessete anos, terminaria em “questão de poucos dias”. Pareciam bastante confiantes em suas previsões de duração do conflito, como pode ser evidenciado pelo número de pessoas que, sentadas em quartos de hotel e outras acomodações temporárias no Chipre, na Grécia, França e outros lugares, esperavam a guerra terminar. Um tio vivia me contando como, cerca de trinta anos antes, quando os palestinos ricos fugiram para o Líbano, eles consideraram se tratar de uma solução bastante temporária (a maioria dos que ainda estão vivos permanece lá até hoje, seis décadas depois). Contudo, quando eu lhe perguntava se com o nosso conflito aconteceria a mesma coisa, ele respondia: “Não, claro que não. Este lugar é diferente; sempre foi diferente.” De alguma forma, o que meu tio detectava em outros parecia não se aplicar a ele próprio.

Essa cegueira de duração que acomete os exilados de meia-idade é uma doença bastante difundida. Mais tarde, quando decidi evitar a obsessão que o exilado tem por suas raízes (as raízes dos exilados penetram na personalidade deles um pouco fundo demais), estudei a literatura do exílio precisamente para evitar as armadilhas de uma nostalgia obstinada e incontrolável. Esses exilados pareciam ter se tornado prisioneiros de suas memórias de uma origem idílica — sentavam-se juntos com outros prisioneiros do passado e conversavam sobre o país de antigamente, e comiam a comida tradicional ao som dos acordes de sua música folclórica ao fundo. Estavam sempre imaginando hipóteses contrafactuais, gerando cenários alternativos que poderiam ter acontecido para evitar as rupturas históricas, a exemplo de “se o xá não tivesse nomeado esse incompetente como primeiro-ministro, ainda estaríamos lá”. Era como se a ruptura histórica tivesse uma causa específica, e como se a catástrofe pudesse ter sido evitada eliminando-se aquela causa específica. Então, eu fazia perguntas a todas as pessoas deslocadas que consegui encontrar, a fim de obter informações sobre seu comportamento durante o exílio. Quase todos agem da mesma maneira.

Ouvimos incontáveis histórias sobre refugiados cubanos, com malas ainda feitas pela metade, que na década de 1960 foram para Miami a fim de passar “questão de poucos dias” após a instalação do regime de Castro. E de refugiados iranianos em Paris e Londres que haviam fugido da República Islâmica em 1978, crenças de que sua ausência seria um breve período de férias. Mais de um quarto de séculos depois, muitos ainda esperam retornar. Muitos russos que emigraram para o exílio em 1917, caso do escritor Vladimir Nabokov, radicaram-se em Berlim, talvez de modo a estar perto o suficiente para um retorno rápido. O próprio Nabokov passou a vida em acomodações temporárias, fosse na indigência ou no luxo, e terminou seus dias no hotel Palácio de Montreux, no lago Genebra.

Havia, é claro, certa dose de autoenganos fantasioso e otimista em todos esses erros de previsão, a cegueira da esperança, mas havia também um problema de conhecimento. A dinâmica do conflito libanês

era evidentemente imprevisível; no entanto, o raciocínio das pessoas ao examinar os eventos mostrava uma constante: quase todos aqueles que se importavam pareciam convencidos de que entendiam o que estava acontecendo. Cada dia trazia acontecimentos que se mostravam completamente fora do escopo das previsões dessas pessoas, mas elas não conseguiam enfiar na cabeça que não os haviam previsto. Muitas coisas que aconteceram teriam sido consideradas uma completa maluquice com relação ao passado. No entanto, não pareciam uma loucura tão grande depois dos fatos. Essa plausibilidade retrospectiva causa um desconto da raridade do concebimento do fato. Mais tarde, vi exatamente a mesma ilusão de compreensão aplicada ao sucesso de negócios e aos mercados financeiros.

A História não se arrasta, dá saltos

Mais tarde, repassando na memória os eventos do tempo de guerra enquanto eu formulava minhas ideias sobre a percepção de eventos aleatórios, desenvolvi a impressão dominante de que nossa mente é uma maravilhosa máquina de explicação, capaz de atribuir sentido a quase tudo, capaz de engendrar razões para todos os tipos de fenômenos, e geralmente incapaz de aceitar a ideia da imprevisibilidade. Esses eventos eram inexplicáveis, mas as pessoas inteligentes se julgavam capazes de fornecer explicações convincentes para eles — depois do fato. Além disso, quanto mais inteligente a pessoa, mais sensata parece a explicação. O mais preocupante é que todas essas convicções e teorias pareciam ter coerência lógica e ser desprovidas de inconsistências.

Então, ainda na adolescência fui embora do lugar chamado Líbano, mas, uma vez que um grande número de parentes e amigos meus permaneceram lá, eu sempre voltava para visitá-los, especialmente durante as hostilidades. A guerra não era contínua: havia períodos em que a luta era interrompida por soluções “permanentes”. Nos momentos de maior tribulação eu me sentia próximo de minhas raízes e movido pela necessidade de voltar e mostrar apoio àqueles que tinham ficado para trás — pessoas que muitas vezes se sentiram desmoralizadas pelas partidas e com inveja dos amigos da onça que tinham condições de buscar segurança econômica e pessoal, retornando só para passar férias durante as ocasionais fases de calmaria no conflito. Quando estava fora do Líbano, eu não conseguia trabalhar nem ler, ciente de que havia gente morrendo lá, mas, paradoxalmente, quando eu estava no Líbano, preocupava-me menos com os eventos e conseguia me dedicar a meus interesses intelectuais sem um pingo de culpa. É interessante notar que durante a guerra as pessoas gostavam de festejar bastante e cultivavam um gosto ainda maior por luxos, o que tornava as visitas bastante atraentes, apesar dos combates.

Havia algumas perguntas difíceis. Como teria sido possível prever que as pessoas que pareciam um modelo de tolerância se tornariam os mais selvagens bárbaros da noite para o dia? Por que a mudança foi tão abrupta? A princípio, pensei que talvez a guerra libanesa não fosse realmente passível de prever, ao contrário de outros conflitos, e que os levantinos eram uma raça complicada demais, além da compreensão. Mais tarde, à medida que comecei ponderar sobre todos os grandes eventos da história, fui percebendo que a irregularidade dos levantinos não era um atributo local.

O Levante tem sido uma espécie de produtor em massa de eventos importantes que ninguém previu. Quem previu a ascensão do cristianismo como uma religião dominante na bacia do Mediterrâneo e,

*mais tarde, no mundo ocidental? Os cronistas romanos desse período sequer tomaram conhecimento da nova religião — historiadores do cristianismo ficam perplexos com a ausência de menções. Tudo indica que a maioria dos figurões não levou as ideias de um judeu aparentemente herético para julgar que ele deixaria vestígios para a posteridade. Temos apenas uma única referência contemporânea a Jesus de Nazaré — em *A guerra dos judeus*, de Josefo¹ —, que bem pode ter sido uma adição posterior de algum copista devoto. E quanto à religião concorrente que surgiu sete séculos depois? Quem previu que um punhado de cavaleiros espalharia seu império e a lei islâmica desde o subcontinente indiano até a Espanha em alguns poucos anos? Ainda mais do que a ascensão do cristianismo, a difusão do islã (a terceira edição, por assim dizer) foi o evento com a máxima imprevisibilidade; muitos historiadores, ao examinar os registros, ficaram surpresos com a rapidez da mudança. Georges Duby, por exemplo, expressou seu espanto diante da velocidade com que quase dez séculos de helenismo levantino foram apagados “com um golpe de uma cimitarra”. Um ocupante posterior da mesma cadeira de história do Collège de France, Paul Veyne, falou apropriadamente de religiões espalhando-se “como best-sellers” — comparação que indica imprevisibilidade. Esses tipos de descontinuidade na cronologia dos eventos não tornaram das mais fáceis a profissão de historiador: o cuidadoso escrutínio do passado, nos mais ínfimos detalhes, não nos ensina muito sobre a mente da história; apenas nos dá a ilusão de compreendê-la.*

A história e as sociedades não rastejam. Dão saltos. Pulam de ruptura em ruptura, com algumas poucas vibrações intermediárias. No entanto, nós (e os historiadores) gostamos de acreditar na progressão gradual e previsível, a passos pequenos.

Ocorreu-me uma fulminante convicção, que desde então nunca mais me abandonou, de que somos simplesmente uma grande máquina de olhar para trás, e que os humanos são ótimos em autoilusão. Cada ano que passa aumenta minha crença nessa distorção.

Querido diário: A história corre para trás

Os eventos se apresentam a nós de forma distorcida. Pense na natureza da informação: dos milhões, talvez até trilhões, de pequenos fatos que prevalecem antes da ocorrência de um evento, ao fim e ao cabo apenas alguns se mostrarão relevantes para nossa compreensão do que aconteceu. Como nossa memória é limitada e filtrada, estará inclinada a se lembrar dos dados que posteriormente coincidem com os fatos, a menos que você seja como Funes, do conto epônimo de Jorge Luis Borges, “Funes, o memorioso”, que de nada se esquece e parece condenado a viver com o peso do acúmulo de informações não processadas. (Não é uma vida muito longa.)²

Minha primeira exposição à distorção retrospectiva aconteceu da maneira como narro a seguir. Durante a infância eu tinha sido um leitor voraz, embora instável, mas passei a primeira fase da guerra em um porão, mergulhado de corpo e alma em todas as formas de livros. A escola estava fechada, e choviam projéteis de morteiro. Porões são terrivelmente monótonos. No começo, minhas

1 Ed. bras.: *A guerra dos judeus*. Trad. A. C. Godoy. Curitiba: Juruá, 2002. (N. T.)

2 Incluído no volume *Ficciones*. Ed. bras.: *Ficções*. Trad. Davi Arriguci Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. (N. T.)

principais preocupações giravam em torno de como lutar contra o tédio e do que ler a seguir³ — ainda que ser forçado a ler por falta de outras atividades não seja tão agradável quanto ler por vontade própria. Eu queria ser filósofo (ainda quero), então senti que precisava fazer um investimento, estudando vigorosamente as ideias alheiras. As circunstâncias me motivaram a estudar explicações teóricas e relatos de guerras e conflitos, tentando penetrar nas entranhas da história, perscrutar o funcionamento dessa grande máquina que gera eventos.

Surpreendentemente, o livro que me influenciou não foi escrito por alguém do ramo do pensamento, mas por um jornalista, Willian Shirer: Diário de Berlim: Jornal de um correspondente estrangeiro, 1934-1941. Shirer era um correspondente radiofônico, famoso por seu livro Ascensão e queda do Terceiro Reich⁴. Ocorreu-me que o Diário oferecia uma perspectiva incomum. Eu já tinha lido (ou lido sobre) as obras de Hegel, Marx, Toynbee, Aron e Fichte acerca da filosofia da história e suas propriedades, e julgava ter uma vaga ideia das noções de dialética, até o ponto em que havia algo a se entender nessas teorias. Não entendi muito, exceto que a história tinha alguma lógica e que as coisas se desenvolviam por meio da contradição (ou a partir de opostos) de uma maneira que elevava a humanidade a formas sociais superiores — esse tipo de coisa. Isso parecia tremendamente semelhante à teorização ao meu redor sobre a guerra no Líbano. Até hoje surpreendo as pessoas que me fazem a ridícula pergunta sobre quais livros “moldaram meu pensamento” dizendo-lhes que foi esse o livro que mais me ensinou (embora inadvertidamente) sobre filosofia e teoria da história — e, como veremos, sobre ciência também, uma vez que aprendi a diferença entre processos forward (progressivo, de avanço, para a frente) e backward (regressivo, de retrocesso, para trás).

Como? Simplesmente, o diário pretendia descrever os eventos enquanto estavam acontecendo, não depois. Eu estava em um porão com a história se desenrolando de forma audível acima de mim (o som das granadas de morteiros me mantinha acordado a noite toda). Eu era um adolescente comparecendo aos funerais de meus colegas de classe. Estava vivenciando um desdobramento não teórico da história e estava lendo sobre alguém que parecia vivenciar a história à medida que ela avançava. Fiz esforços para produzir mentalmente uma representação cinematográfica do futuro e percebi que não era tão óbvio. Atinei com o fato de que se eu começasse a escrever sobre os eventos mais tarde, eles pareceriam mais... históricos. Havia uma diferença entre o antes e o depois.

O diário foi supostamente escrito sem que Shirer soubesse o que ia acontecer a seguir, quando a informação disponível por ele não havia sido corrompida pelos resultados posteriores. Alguns comentários aqui e ali eram bastante esclarecedores, em especial os relacionados à convicção francesa de que Hitler era um fenômeno transitório, o que explicava a falta de preparação dos franceses e sua rápida capitulação subsequente. Em momento algum a extensão real da devastação foi considerada possível.

3 Benoît Mandelbrot, que teve uma experiência semelhante mais ou menos com a mesma idade, mas quase quatro décadas antes, relembra seu próprio episódio na guerra como longos intervalos de doloroso tédio pontuados por breves momentos de medo extremo.

4 Ed. bras.: Ascensão e queda do Terceiro Reich. Trad. Pedro Pomar e Leônidas Gontijo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962; Rio de Janeiro: Agir, 2008; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. (N. T.)

Embora nossa memória seja extremamente instável, um diário fornece fatos indelévelis registrados de maneira mais ou menos imediata; assim, permite a fixação de uma percepção não revisada e nos permite estudar, no futuro, os eventos em seu próprio contexto. Mais uma vez, o importante era o suposto método de descrição do evento, não sua execução. A bem da verdade, é provável que Shirer e seus editores tenham trapaceado um pouco, já que o livro foi publicado em 1941, e os editores, segundo me disseram, estão no ramo de entregar textos para o público em geral, em vez de fornecer representações fiéis da mentalidade dos autores, despojada de distorções retrospectivas. (Quando me refiro a “trapaça”, quero dizer eliminar, no momento da publicação, elementos que não se mostram relevantes para os acontecimentos, acentuando assim aqueles que possam interessar ao público. Na verdade, o processo de edição pode resultar em uma severa deturpação, ainda mais quando se garante ao autor que o trabalho será acompanhado por “um bom editor”.) Ainda assim, encontrar o livro de Shirer me proporcionou uma intuição sobre os mecanismos de funcionamento da história. Seria de se supor que as pessoas que viveram o início da Segunda Guerra Mundial tivessem alguma noção de que algo crucial estava acontecendo. De forma alguma.⁵

O diário de Shirer acabou sendo um programa de treinamento em dinâmica da incerteza. Eu queria ser filósofo, sem saber na época o que a maioria dos filósofos profissionais fazia para ganhar a vida. Em vez disso, a ideia me levou à aventura (ou melhor, à prática intrépida da incerteza) e também a empreitadas matemáticas e científicas.

Educação em um táxi

Apresentarei a seguir o terceiro elemento da trinca, a maldição da aprendizagem. Eu observava atentamente meu avô, que era ministro da Defesa, e mais tarde foi ministro do Interior e vice-primeiro-ministro nos primeiros dias da guerra, antes que seu papel político definhasse. Apesar da posição que ele ocupava, meu avô parecia tão ignorante em relação ao que iria acontecer quanto seu motorista, Mikhail. Contudo, ao contrário do meu avô, Mikhail costumava repetir “Deus sabe” como seu principal comentário acerca dos acontecimentos, transferindo para patamares superiores a tarefa da compreensão.

Notei que as previsões das pessoas muito inteligentes e informadas não levavam vantagem alguma sobre a dos motoristas de táxis, mas havia uma diferença crucial. Os taxistas não achavam que entendiam tanto quanto as pessoas cultas — na verdade, eles não eram os especialistas e sabiam disso. Ninguém sabia coisa nenhuma, mas os pensadores da elite, e se você é um membro da elite, automaticamente sabe mais do que quem não faz parte da elite.

Não apenas o conhecimento, mas a informação também pode ter um valor duvidoso. Eu me dei

⁵ O historiador Niall Ferguson mostrou que, apesar de todas as explicações padrão para os eventos que precederam a Primeira Guerra Mundial (a Grande Guerra), descrevendo “tensões crescentes” e “escalada de crises”, o conflito foi uma surpresa. Apenas em uma análise retrospectiva a guerra foi tida como inevitável por historiadores que olharam para trás. Ferguson usou um argumento empírico inteligente para deixar claro seu ponto de vista: examinou os valores dos títulos imperiais, que normalmente incluem as previsões dos investidores em relação às necessidades de financiamento do governo e do declínio nas expectativas de conflitos, já que as guerras causam graves déficits. Mas os preços dos títulos não refletiam a expectativa de uma guerra. Vale anotar que esse estudo ilustra, além do mais, como trabalhar com preços pode fornecer uma boa compreensão da história.

conta de que quase todo mundo estava a par dos eventos correntes em seus mais ínfimos pormenores. A sobreposição entre os jornais era tão grande que, quanto mais a pessoa lia, menos e menos informações obtinha. Ainda assim, todos estavam tão ansiosos para se familiarizar com todos os fatos que liam cada documento recém-impreso e ouviam cada estação de rádio como se a grande resposta estivesse prestes a ser revelada no próximo boletim. As pessoas tornaram-se enciclopédias ambulantes de quem se reuniu com quem e qual político disse o que a qual outro político (e com que tom de voz: “Ele foi mais amigável do que de costume?”). No entanto, era tudo em vão. (TALEB, Nassim Nicholas. A lógica do cisne negro: O impacto do altamente improvável. Tradutor Renato Marques de Oliveira. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021).

Não há, portanto, condições de se acolher o pedido inicial, sob pena de censura e alteração da versão ao exclusivo interesse das autoras, as quais não produziram o trabalho e nem por isso estão impedidas de produzi-lo de acordo com suas percepções pessoais.

Mutatis mutandis, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é

censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. 10/06/2015).

ANTE O EXPOSTO, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados na inicial.

Sem custas e honorários (art. 55 da Lei n. 9.099/95, c/c art. 27 da Lei n. 12.153/2009).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se.

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO CARLOS DEMARCHI, Juiz de Direito**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, mediante o preenchimento do código verificador **310033028644v92** e do código CRC **0f55a492**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ROGERIO CARLOS DEMARCHI

Data e Hora: 13/9/2022, às 15:39:22

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 5011586-38.2021.8.24.0011/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: FELIPE SALES SALUM DA COSTA

RÉU: SELMA CAPISTRANO LOPES

RÉU: PAULO ROBERTO CARNEIRO

RÉU: PAULO RICARDO THIVES DE SOUZA

RÉU: MARCELO SALUM DA COSTA JUNIOR

RÉU: LUCIOMARIO BRITO DOS SANTOS

RÉU: LUCIANO JOSE DOS SANTOS

RÉU: KAROLAINE DE FRANCA PEREIRA

RÉU: DANIEL DE FRANCA PIRES

SENTENÇA

Vistos, etc.

1 - **LUCIANO JOSÉ DOS SANTOS**, vulgo “**Balotelli**”, “**Coroa**” e “**Tigrão**”, brasileiro, solteiro, pedreiro, nascido em 3.3.1981, natural do Itabuna/BA, filho de Conceição Maria José e José Almeida dos Santos, portador do RG n. 8262789 SC, atualmente em local incerto e não sabido; 2 - **PAULO RICARDO THIVES DE SOUZA**, vulgo “**Paulinho**”, brasileiro, convivente, operador de máquinas, nascido em 22.7.1988, natural do Brusque/SC, filho de Rosângela Thives e Valdir de Souza, portador do CPF n. 09914755933 e RG n. 6750702 SC, residente na Rua Davi Hort, n. 691, Bairro Cedro Alto, Brusque/SC; 3 - **LUCIOMÁRIO BRITO DOS SANTOS**, brasileiro, casado, montador, nascido em 24.9.1990, natural do Itabuna/BA, filho de Ângela Maris dos Santos e Nailton dos Santos, portador do CPF n. 04957874506 e RG n. 15577267 SC, atualmente em prisão domiciliar; 4 - **DANIEL DE FRANÇA PIRES**, vulgo “**Charada**” ou “**Charadinha**”, brasileiro, convivente, montador, nascido em 24.9.1990, natural do Itabuna/BA, filho de Ângela Maris dos Santos e Nailton dos Santos, portador do CPF n. 04957874506 e RG n. 15577267 SC, atualmente recolhido no Presídio de Itajaí-SC; 5 - **KAROLAINE DE FRANÇA PEREIRA**, brasileira, convivente, auxiliar de cozinha, nascida em 21.5.1997, natural do Clevelândia/PR, filha de Eliane de Fátima Rodrigues de França e Marcos da Silva Pereira, portadora do CPF n. 10542468905 e RG n. 6963029 SC, residente na Rua DJ 042, s/n, Bairro Dom Joaquim, Brusque/SC, telefone para contato n. (47) 3396-6915; 6 - **PAULO ROBERTO CARNEIRO**, vulgo “**Mumu**”, brasileiro, convivente, tecelão, nascido em 8.5.1979, natural do Campo

Erê/SC, filho de Neusa Maria Pavoski, portador do CPF n. 04479272992 e RG n. 4198762 SC, atualmente recolhido na Penitenciária Industrial de Blumenau-SC; **7- MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR**, vulgo “Menor” ou “Gnomo”, brasileiro, solteiro, desempregado, nascido em 21.1.2000, natural do Taubaté/SP, filho de Rosana Sales Salum da Costa e Marcelo Salum da Costa, portador do CPF n. 49326197824 e RG n. 7801927 SC, residente na Rua Otaviano Rosa, n. 1.200, Bairro Cedro Grande, Brusque/SC, atualmente recolhido no Presídio de Itajaí-SC; **8 - SELMA CAPISTRANO LOPES**, brasileira, viúva, comerciante, nascida em 29.7.1955, natural de Vidal Ramos/SC, filha de Olinda Diel Capistrano, portadora do RG n. 4097695 e CNH n. 4364082500, residente na Rua Francisco Thives de Souza, n. 125, Bairro Cedro Alto, Brusque/SC; e **9- FELIPE SALES SALUM DA COSTA**, brasileiro, solteiro, monitor escolar, nascido em 22.8.1992, natural de São Paulo/SP, filho de Rosana Sales Salum da Costa e Marcelo Salum da Costa, portador do CPF n. 41097194884 e RG n. 8314329, residente na Rua Otaviano Rosa, n. 1.200, Bairro Cedro Grande, Brusque/SC; foram denunciados pelo Ministério Público, sendo:

1- LUCIANO JOSÉ DOS SANTOS como incurso no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV da Lei 12.805/2013;

2 - PAULO RICARDO THIVES DE SOUZA como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006;

3 - LUCIOMÁRIO BRITO DOS SANTOS como incurso no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei 12.850/2013;

4 - DANIEL DE FRANÇA PIRES como incurso no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei 12.850/2013 e artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal;

5 - KAROLAINE DE FRANÇA PEREIRA como incurso no artigo 339, *caput*, do Código Penal;

6 - PAULO ROBERTO CARNEIRO como incurso no artigo 2º, § 2º, § 4º, inciso I e IV, da Lei 12.850/2013;

7- MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR, como incurso no artigo 2º, § 2º, § 4º, inciso I e IV, da Lei 12.850/2013, artigo 339, *caput*, do Código Penal, artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/2003, e artigo 33, *caput*, 35, *caput*, e 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal;

8 - SELMA CAPISTRANO LOPES como incurso no artigo 33, § 1º, inciso III, da Lei 11.343/2006; e

9 - FELIPE SALES SALUM DA COSTA como incurso no artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal, porque segundo a denúncia do Evento 1, *in verbis*:

“Apenas para fazer um intróito a ação dos denunciados LUCIANO JOSÉ DOS SANTOS, PAULO RICARDO THIVES DE SOUZA, LUCIOMÁRIO BRITO DOS SANTOS, DANIEL DE FRANÇA

PIRES, KAROLAINÉ DE FRANÇA PEREIRA, PAULO ROBERTO CARNEIRO, MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR, SELMA CAPISTRANO LOPES e FELIPE SALES SALUM DA COSTA mencionam-se que a presente investigação iniciou em 15 de outubro de 2020, data em que a Polícia Militar atendeu a uma suposta ocorrência de tentativa de feminicídio sofrida pela denunciada KAROLAINÉ (vide fls. 10/11 do IP 1 do evento 1).

Na ocasião KAROLAINÉ e seu namorado MARCELO SALUM, ora denunciado também, acionaram a polícia alegando que estavam sentados na calçada na frente da residência do denunciado quando o ex companheiro de KAROLAINÉ, Odair José Stumpf, teria passado de moto e disparado contra ela, mas SALUM teria saltado na frente da namorada para protegê-la e restou atingido na coxa esquerda.

Ocorre que os fatos foram investigados e apurou-se que na verdade o que houve não foi uma tentativa de feminicídio, e sim que o próprio MARCELO SALUM estava na posse de uma arma de fogo de calibre 38, manuseando-a, quando disparou acidentalmente, atingindo a própria perna.

Tais informações foram retiradas do telefone de MARCELO, após autorização judicial nos autos n. 5010762-16.2020.824.0011, depois de deflagrada a OPERAÇÃO BLITZ, sendo que o aparelho foi apreendido quando ele foi chamado a depor sobre os fatos e a Autoridade Policial verificou inconsistências em suas declarações (vide Termo de Exibição e Apreensão de fl. 12 do IP 1 do evento 1).

Com a extração de dados do telefone (vide Relatório 001/GS/2021 de fl. 7 do IP 3, até fl. 4 do IP 8, ambos do evento 1), foi possível esclarecer não só a denúncia de tentativa de feminicídio (que nunca ocorreu) como também se colheram elementos vastos da prática de outros crimes por todos os denunciados.

Passemos a análise individual de cada conduta, informando que os fatos apurados se reportam ao período de

1. DO CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

No dia 15 de outubro de 2020, a denunciada KAROLAINÉ DE FRANÇA PEREIRA compareceu na Delegacia de Polícia, acompanhada de seu namorado MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR, e denunciaram falsa prática criminosa, incriminando a pessoa de Odair José Stumpf, cientes de que ele não havia cometido o delito.

Anota-se que eles afirmaram, na ocasião, que estavam sentados em frente a residência situada na Rua Otaviano Rosa, n. 1.200, Bairro Cedro Grande, nesta urbe, quando Odair teria passado de motocicleta e disparado arma de fogo contra KAROLAINÉ, com intuito de matá-la, sendo que MARCELO se interpôs na frente da namorada para protegê-la e terá restado atingido pelo projétil na perna.

Com as investigações, apurou-se que o fato não é verdadeiro, que Odair sequer passou naquele local na data dos fatos, menos ainda teria sido o autor do disparo.

Desta feita, os denunciados KAROLAINÉ e MARCELO SALUM deram causa a instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório criminal, contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabia ser inocente.

2. DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

Com a extração de dados do telefone de MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR foi possível apurar que ele estava na posse de uma arma de fogo, calibre 38, a qual lhe pertencia e ele mantinha oculta em sua residência, bem como transportava consigo pela cidade, sendo que esta arma foi a que ele disparou contra sua perna acidentalmente.

Na fl. 10 do relatório do IP 4 do evento 1, há uma foto enviada por MARCELO ao adolescente João Henrique Ramos, onde ele diz que está em casa “brincando com oitão”, referindo-se ao armamento, sendo que ele também envia uma fotografia e um vídeo ao menor:

imagem

O projétil retirado da perna de MARCELO é compatível com a arma de fogo que se vê na fotografia (vide laudo de fls. 3/5 do IP 22 do evento 1), reforçando que ele estava na posse do armamento na data em que o disparo acidental aconteceu.

Logo depois dos fatos, MARCELO vendeu a arma a Luciano José dos Santos, sendo que este mesmo armamento foi apreendido na posse de Alan Santos Araújo, quando cumprido mandado de busca na residência deste.

Anota-se que a arma de fogo que estava na posse do denunciado MARCELO no dia 15 de outubro de 2020, ele já possuía e detinha a sua disposição muito antes dos fatos, sem ter qualquer autorização, ocultando-a na sua própria casa e transportando-a consigo.

Dessa forma, o denunciado MARCELO possuiu, manteve sob sua guarda, portou, deteve, adquiriu, recebeu, teve em depósito e transportou arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3. DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, CORRUPÇÃO DE MENORES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Com as extrações de dados dos telefones dos denunciados MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR e DANIEL DE FRANÇA PIRES, do adolescente João Henrique Ramos, e do denunciado FELIPE SALES SALUM DA COSTA, apurou-se que havia prática de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e corrupção de menores.

3.1. MARCELO SALUM

No dia 21 de maio de 2021 foi cumprido mandado de busca e apreensão na casa do denunciado (autos n. 5005233-79.2021.824.0011), sendo que no local foram apreendidas 2 plantas da substância conhecida como maconha, medindo cerca de 19cm e 50cm, bem como um pote de vidro contendo em seu interior 16 pontas de cigarros artesanais elaborados com a droga conhecida como maconha, pesando 4,6 gramas (vide Termo de Apreensão de fl. 12 do IP 15 do evento 1).

A droga apreendida se tratava de entorpecente denominado cannabis sativa (vide laudo pericial de fls. 12/13 do IP 22 do evento 1).

Ocorre que não foi pego mais drogas na casa de MARCELO pois sabese que ele não estocava o entorpecente no imóvel em que vivia e sim em outro local que mantinha apenas como ponto de venda de drogas, conhecido como “casa amarela”, o qual era gerenciado pelo seu subalterno, o adolescente João Henrique Ramos, vulgo “Teta”, de apenas 16 anos de idade na época dos fatos (DN 20.6.2004).

Neste local, a quantidade maior de entorpecente era guardada, fracionada e preparada para a venda pelos adolescentes que obedeciam as ordens de MARCELO, vendiam as drogas para os usuários que lhes chamavam diretamente ou que acionavam o denunciado, e depois somente entregavam o dinheiro ao seu superior, para pagamento das drogas e compra de mais entorpecentes e também para pagamento dos serviços prestados pelos subalternos.

Nas fls. 10/12 do IP 3, existem transcrições de conversas travadas entre MARCELO e a usuária Luana Christiny Rojanski no dia 29.9.20, a qual ela encomenda drogas com ele, trocam fotos da porção de entorpecente e falam de valores.

Na ocasião ela reclama da demora na entrega e eles combinam um ponto de encontro para que a entrega seja feita, sendo que ele próprio vai até ela.

Nas fls. 14/15 do IP 3, há conversa entre MARCELO e a usuária Jaqueline Veiga Silveira Valiati do dia 10.10.20, onde ela encomenda porções de drogas e pede pra ele: “O menor, mas tu não tem os piação que faz o corre meu? Pra mandar um agora aqui pra nós?”, ao passo que ele confirma que sim, que possui “os piás”, alertando que eles estão fazendo o “corre” pra ele.

Isso indica que além de João Henrique, ele aliciou outros adolescentes para trabalharem para si na venda dos entorpecentes.

Nesta data ele indica o local onde ela deverá buscar a droga, qual seja, a casa amarela mencionada acima, passando inclusive detalhes da localização:

imagem

Segue na fl. 2 do IP 4 a foto do local

imagem

Depois disso novamente Jaqueline conversa com MARCELO, solicitando drogas para compra (vide fl. 1 do IP 4).

Nas fls. 5/13 do IP 4 há transcrição de conversas entre MARCELO e o adolescente João Henrique, que trabalhava na venda dos entorpecentes para o denunciado.

Na fl. 6 MARCELO ordena para João, no dia 4.10.20, que ele vá até a casa amarela e avise para o “Paulinho”, referindo-se a outra pessoa que trabalha para si (outro denunciado Paulo Ricardo Thives de Souza), para que este “corte aquela situação que eu lancei pra ele ali ontem, pô. Pra ele já deixar tudo picadinho ali pô.”

Na sequência ele explica onde a droga está escondida na casa: “Lá no buraco do teto. Lembra aonde né. Lá na onde tem o colchão dentro”.

Ele ainda agradece João por ele fazer isso, sendo que João pergunta onde o “menor” tá e MARCELO responde que ele está “na Celma”. Menor é termo frequente usado para designar adolescente e “a Celma” se refere a um bar situado nas proximidades de onde o ponto de venda de drogas ficava e que eles também se utilizavam para vender drogas, inclusive em 14.8.20 João foi pego neste local na companhia de outras pessoas portando 50 gramas de maconha (vide fls. 1/2 do IP 9).

Na sequência, ele pede para que João, Paulinho e os outros permaneçam tranquilos no local para não chamar atenção com gritarias e barulhos, bem como tratam novamente da venda de drogas, mais especificamente cocaína.

O denunciado MARCELO também conversa com o adolescente Mateus Rubison de Souza, vulgo “Menor Ruivo”, onde ele menciona outras pessoas que trabalham para si na venda de drogas, e menciona que eles precisam conversar e organizar horários de trabalho entre eles:

imagem

Eles seguem falando sobre as porções de droga que Mateus deverá pegar com Paulinho na casa amarela, sendo que MARCELO o alerta que ele não pode ficar sem nada de drogas consigo, pois precisam vender (vide fls. 1/6 do IP 5).

Nas fls. 18/20 do IP 5, MARCELO conversa com a pessoa de Edivaldo Nunes dos Santos, no dia 7.10.20, e o teor do diálogo consiste em obter informações sobre a compra de LSD.

Na fl. 4 do IP 6 MARCELO conversa com Luciomário e menciona para ele que tem adolescentes trabalhando para si:

imagem

Nas fls. 2/15 do IP 6, fls. 1/8 e 15/17 do IP 7, e fls. 1/2 do IP 8, há conversas entre MARCELO e diversas outras pessoas, incluindo os demais denunciados nestes autos, sendo que em todas os diálogos há tratativas acerca da compra e venda de drogas.

Importante mencionar que para confirmar, uma vez mais, o envolvimento do denunciado com a traficância, na qual ele utilizava mão de obra adolescente para praticar também está o Boletim de Ocorrência de fl. 7, onde a mãe do menor Mateus Rubison de Souza, subalterno de MARCELO, informa que o flagrou na posse de drogas.

O telefone de João Henrique foi pego e nele constam diversas transações realizadas por ele com usuários e uma delas se concretiza exatamente no Bar da Selma, local em que ele costumeiramente atuava (vide fls. 8/12 do IP 19 e 2/4 do IP 20).

O telefone de Felipe Sales Salum da Costa também foi apreendido e dele extraídas diversas conversas onde é possível ver que ele sabe da traficância por parte do irmão MARCELO e indica o local para que outros usuários (pois ele também é um deles) comprem drogas (vide fls. 7/1 do IP 20).

Felipe também conversa sobre drogas com o irmão e ambos transacionam entorpecentes, bem

como ele cede sua conta para que o irmão MARCELO receba proventos da traficância, demonstrando que ambos atuavam em associação de vontades.

Há um liame claro entre os irmãos MARCELO e Felipe, mas também há associação de vontades entre o denunciado e os adolescentes Mateus e João Henrique, para que todos trafiquem drogas em conluio, objetivando a arrecadação de dinheiro e a prática contínua da atividade ilícita, um se apoiando e se beneficiando das ações do outro.

Por último, cabe mencionar que Iamara Chaiani dos Santos Duarte, Edivaldo Nunes dos Santos e Paulo Ricardo Thives de Souza confirmaram em seus interrogatórios que compraram drogas de Salum.

Desta forma, havendo apreensão de droga, conversas entre o denunciado e outras pessoas, incluindo os adolescentes que ele aliciava para trabalhar para si na atividade ilícita, não existem dúvidas de que MARCELO adquiriu, transportou, trouxe consigo, teve em depósito, guardou, vendeu drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como envolveu ou visou a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, na prática criminosa, e se associou ao seu irmão e a, no mínimo, dois adolescentes, para praticar a narcotraficância.

3.2. DANIEL DE FRANÇA PIRES

No que se refere ao denunciado DANIEL, este também estava praticando a traficância, já tendo inclusive sido processado e condenado por este delito.

Contudo, após o período de prisão, onde suas ações foram suspensas, o denunciado retornou à atividade ilícita, pois esta se mostrou demasiadamente lucrativa, muito diferente do que qualquer labor lícito.

No dia 21 de maio de 2021 foi cumprido mandado de busca e apreensão na casa do denunciado (autos n. 5005233-79.2021.824.0011), sendo que no local foram apreendidos dois aparelhos de telefone, marca Samsung, e 52 cartas manuscritas (vide Termo de Apreensão de fl. 12 do IP 15, e fls. 5/8 do IP 16, ambos do evento 1).

Na ocasião não foram pegas drogas na posse de DANIEL pois, depois que ele saiu da prisão e passou a ter mais influência no mundo criminoso, ele também passou a ter mais cuidado com suas ações, para evitar nova prisão.

As drogas que DANIEL vendia ele estocava em outro local e isso se mostra claro pelas conversas que ele travou com o denunciado Marcelo Salum e outros.

As ações de DANIEL não restam descaracterizadas pelo fato de nenhuma droga ter sido pega na sua posse, mas se amoldam perfeitamente a conduta típica do tráfico quando observados os diversos atos realizados por ele e que podem ser constatados claramente pelas conversas extraídas do celular dele e dos comparsas.

O denunciado já foi preso e processado pelo seu envolvimento com a traficância, e além disso esta

Promotora de Justiça já vinha recebendo diversas informações de que ele estava novamente praticando a comercialização dos psicotrópicos, tanto que oficiou a Autoridade Policial para ciência e adoção das providências cabíveis.

Nas fls. 8/11 do IP 21 estão acostados os ofícios 171/2020 e 216/2020. O primeiro informa que DANIEL estaria com 5 quilos de maconha entre os dias 22 e 23 de agosto de 2020, sendo que os entorpecentes poderiam ou não estarem na sua casa ou na casa da esposa de um colega seu.

As informações apontavam ainda que DANIEL tinha muitos adolescentes trabalhando para si.

No segundo ofício há menção de que DANIEL e outra pessoa estariam traficando drogas em grandes quantidades, sendo que o denunciado poderia estar armazenando a droga na casa de sua mãe. Ainda há a informação de que uma pessoa havia sido detida com grande quantidade de drogas e que tais entorpecentes seriam pertencentes a DANIEL, mas que depois disso ele teria aberto outro ponto de venda de drogas.

Somando-se aos ofícios, estão as conversas degravadas.

Nas fls. 12/15 do IP 5, verifica-se Marcelo Salum conversando com Paulo Ricardo Thives de Souza, sendo que na ocasião ele diz que precisam vender drogas e fazer dinheiro pois devem R\$ 750,00 reais para “CHARADA”, que é justamente o apelido do DANIEL, sendo que precisam quitar a dívida até na quarta feira. Essa conversa foi realziada no dia 9.10.2020.

Nas fls. 13/14 do IP 6, é possível ver Marcelo Salum conversando com o próprio DANIEL, mas a conversa está apagada, e o nome que Marcelo tem salvo como sendo DANIEL é “CHARADINHA”.

Nas fls. 5 do IP 7 está uma conversa entre Marcelo Salum e Fabrício Stofela, sendo que Salum informa que pegou drogas com CHARADA.

Nas fls. 10/11 do mesmo IP há conversa entre DANIEL e Guilherme Almeida Bavaresco, sendo que o denunciado usa o telefone de Marcelo Salum para contatar o comparsa e ambos falam sobre um pagamento que DANIEL precisa fazer para Guilherme.

Na fl. 2 do IP 8 também há trocas de mensagens entre DANIEL, que é o responsável pelas cobranças feitas pela facção criminosa (fato tratado mais adiante), e a pessoa de André Leonardo Fachi, o qual deve uma quantia para uma traficante conhecida deles.

No IP 18, fls. 10/12, está o relatório de extração de dados do telefone de DANIEL, onde se pode observar diversas conversas entre ele e outras pessoas e as tratativas são sempre a respeito da venda de drogas, sendo que Daniel é a escrita em verde:

imagem

O relatório segue nas primeiras folhas do IP 19. Logo há uma conversa entre ele e a pessoa identificada como “Orelha”, com quem ele menciona que está realizando os “corres”:

imagem

Assim, mesmo que não haja droga apreendida na posse de DANIEL, verifica-se que ele agiu em desconformidade com a lei quando comprou, estocou, fracionou, transportou, ofereceu a venda e vendeu entorpecentes aos usuários, visando a obter lucros e viver do dinheiro recebido ilicitamente, incidindo ele no crime de tráfico de drogas

3.3. PAULO RICARDO THIVES DE SOUZA

Quanto ao tráfico de drogas, por último temos o denunciado PAULO, que também incidiu na prática criminosa descrita no tipo penal do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Antes mesmo de serem cumpridas buscas na casa de PAULO, ele já havia sido pego na posse de drogas e juntamente com o adolescente João Henrique Ramos, subalterno de Marcelo, no ponto conhecido e dominado por este último na comercialização de entorpecentes, o Bar da Selma (vide fls. 1/2 do IP 9).

O local era frequentado por Marcelo e seus subalternos, os adolescentes, bem como por PAULO e demais traficantes, informação esta que foi inclusive confirmada pela própria Selma em sua oitiva.

No dia 21 de maio de 2021 foi cumprido mandado de busca e apreensão na casa do denunciado (autos n. 5005233-79.2021.824.0011), sendo que no local foi apreendido apenas o seu aparelho de telefone, marca Samsung (vide Termo de Apreensão de fl. 12 do IP 15 do evento 1).

Apesar de nenhuma porção de droga ter sido apreendida na posse de PAULO na data o cumprimento do mandado, 21.5.21, conforme refalado acima, no ano passado, mais especificamente no dia 14.8.20, ele foi pego com drogas das quais assumiu a propriedade. Muito embora na ocasião ele tenha dito que a droga era de sua propriedade e se destinava ao uso, com a completa investigação foi possível apurar que isto não é verdade.

Nas fls. 10/15 do IP 5, há transcrição de conversas extraídas don celular de Marcelo Salum, onde ele fala com PAULO sobre a venda de drogas, fracionamento de entorpecentes, pagamento de dívidas, etc.

Apenas para exemplificar, colaciona-se os seguintes trechos:

imagem

O nome de PAULO aparece nas conversas travadas entre Marcelo Salum e o seu subalterno João Henrique Ramos, e é possível ver que além do adolescente, o denunciado PAULO também laborava para Marcelo Salum.

Na fl. 6 do IP 4, MARCELO ordena para João, no dia 4.10.20, que ele vá até a casa amarela e avise para o “Paulinho”, referindo-se ao denunciado PAULO, para que este “corte aquela situação que eu lancei pra ele ali ontem, pô. Pra ele já deixar tudo picadinho ali pô.”

Na sequência ele explica onde a droga está escondida na casa: “Lá no buraco do teto. Lembra aonde né. Lá na onde tem o colchão dentro”.

O local utilizado por PAULO para guardar as drogas, fracionar e até mesmo vendê-las era a casa amarela, como já mencionado no tópico de Marcelo Salum.

Além desta casa, PAULO vendia drogas no Bar da Selma, local onde ele foi pego com drogas pouco mais de um mês antes.

Selma quando inquirida confirmou que PAULO e os demais frequentavam seu bar e no local fumavam maconha, pois possivelmente não quis se comprometer mencionando a traficância.

Assim, a prova da comercialização dos entorpecentes é farta, sendo que PAULO adquiriu, transportou, trouxe consigo, teve em depósito, guardou, vendeu drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3.4. FELIPE SALES SALUM DA COSTA

O denunciado FELIPE SALES é irmão de Marcelo Salum, sendo que muito embora Marcelo fosse o alvo forte na prática da traficância, FELIPE o auxiliava nas vendas, também comprava drogas dele para uso, bem como fornecia sua conta para que o irmão e os usuários depositassem dinheiro advindo das transações proibidas.

As informações extraídas do aparelho de FELIPE (vide IP 20, fls. 6/12, e IP 21, fl. 1) indicam que ele, além de usar drogas, sabia que o irmão vendia entorpecentes, levava clientes até a casa do irmão, comprava e vendia drogas para ele e com ele, e inclusive emprestava sua conta bancária para receber o dinheiro espúrio.

No relatório de extração há conversas travadas entre FELIPE e Marcelo, sendo que este último usa o telefone que compartilha com sua namorada Carol, pois isso o nome do contato é Carol Míni Crack.

Nas conversas eles trocam até fotos de cocaína pronta para uso:

imagem

Na próxima conversa Marcelo fala sobre o dinheiro que está na conta do irmão:

A parte grifada em amarelo é Marcelo falando para FELIPE sobre quantias que estão na conta do irmão.

Na conversa que se segue, Marcelo menciona que um “mano” vai passar pra pegar uma balança de precisão e que é para FELIPE entregar o objeto a ele, sendo que certamente seria utilizada para pesar entorpecentes e não para utilização na cozinha:

imagem

Na sequência há transcrições de áudios trocados entre eles, onde Marcelo oferece uma cocaína de melhor qualidade para que FELIPE ofereça aos usuários (conhecida como escama), sendo que FELIPE diz que um colega acabou de pegar, e Marcelo diz que para as próximas vezes é para indicar a dele para venda.

Além disso, ele pede o PIX de FELIPE, pois alguém vai depositar um dinheiro na conta e depois ele resgata com o irmão o valor:

imagem

A colaboração de FELIPE na atividade do irmão é clara, sendo que um auxilia o outro na venda dos entorpecentes e Marcelo fortalece o irmão com entorpecentes em bom valor para uso. A união deles é nítida e demonstra que ambos estavam unidos para que a atividade da traficância fosse bem desenvolvida.

Desta forma, não há que se negar que FELIPE adquiriu, transportou, trouxe consigo, teve em depósito, guardou, vendeu drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como se associou ao seu irmão para praticar a narcotraficância.

4. DO CRIME DE PARTICIPAÇÃO EM FACÇÃO CRIMINOSA

Por fim, mas não menos importante temos o crime de envolvimento com organização criminosa denominada PGC, o qual foi praticado pelos denunciados LUCIANO JOSÉ DOS SANTOS, LUCIOMÁRIO BRITO DOS SANTOS, DANIEL DE FRANÇA PIRES, PAULO ROBERTO CARNEIRO e MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR, os quais integraram o grupo criminoso, uns como meros membros, outros com funções de comando, como se especificará a seguir, todos participando de grupo criminoso que atua utilizando armas de fogo e envolve crianças e adolescentes em suas práticas ilícitas.

Já era de conhecimento das Autoridades que após a prisão de vários integrantes do grupo criminoso nesta urbe, a estrutura do bando ficou prejudicada, faltando componentes nas posições de maior relevância e que detém o poder de organizar e controlar tudo o que a facção movimenta na cidade e região.

Desta feita, novos membros foram captados e integrados ao grupo, e alguns membros foram alçados a postos de comando.

Além das informações que as polícias e esta Signatária já possuíam (vide fls. 3/7 do IP 21), a testemunha sigilosa ouvida nos autos (vide fls. 7/9 do IP 2 do evento 1), descreveu com clareza o envolvimento dos denunciados no esquema criminoso.

Iniciemos falando do denunciado LUCIANO, o qual se encontra detido na Penitenciária de Itajaí cumprindo pena pela prática de outros crimes.

LUCIANO é vastamente conhecido no meio criminoso pelos apelidos de “Tigrão”, “Coroa”, “Cachorrão” e atualmente também como “Balotelli”.

O denunciado, mesmo preso, é um membro ativo da organização criminosa e representa integrantes do alto escalão da facção, sendo que até a data em que foi preso em flagrante delito, LUCIANO participava das decisões criminosas do grupo na cidade de Brusque, sendo disciplina geral da Urbe, e chegou a comprar o revólver calibre .38 de Marcelo Salum para incluí-lo no paiol de armas da cidade de Brusque, ou seja, para deixá-lo à disposição dos membros da organização que quisessem praticar crimes.

O envolvimento de LUCIANO com armas não se limita a este episódio narrado acima, mas quando ele foi preso em flagrante delito, estava na posse de uma arma de fogo, e quando o comparsa

Luciomário foi detido, uma semana depois, este também estava na posse de outra arma de fogo (vide fls. 2/3 do IP 10).

Na época em que estava em liberdade LUCIANO exercia a função de “disciplina geral da cidade”, mais alto cargo de um membro dentro de uma urbe, o qual esta incumbido de gerenciar o trabalho dos demais membros da facção, manter contato com os superiores, repassar as eles as situações que precisam de uma solução, decidir pendências, determinar consequências aos membros que não cumprem seu papel, bem como fiscalizar a ação dos demais membros que possuem funções de comando, como “sintonia”, “dizimista”, “CDC”, etc.

Nenhuma ação praticada por qualquer membro do grupo acontece sem passar pelo crivo do disciplina geral, ao menos este é para ser o padrão. O poder de LUCIANO era tão significativo que quando houve um homicídio dentro de uma cela da unidade prisional avançada desta urbe, todos os “pipos” trocados entre os participantes do crime e o representante da cadeia, que era a pessoa conhecida como “Boladão”, chegaram em suas mãos para que ele remetesse tudo aos integrantes do 1º e 2º Ministérios para que eles definissem quais as providências seriam tomadas no caso.

Tomou-se conhecimento que LUCIANO representava o integrante do 1º Ministério chamado Djonny Raulino, vulgo “Dão”, o qual está hoje em Sistema Penal Federal, e que ambos mantinham contato frequente por meio de mensagens de telefone celular e cartas e bilhetes que entram e saem a todo momento dos ergástulos prisionais.

Corroborando o fato de LUCIANO integrar mesmo o bando criminoso organizado está a denúncia anônima de fl. 5 do IP 8, onde o denunciante entrou em contato com a Delegacia de Polícia e informou ter conhecimento de que o denunciado e os comparsas são participantes ativos na facção e que laboram voltados para o tráfico de entorpecentes.

Assim, não há dúvidas que até sua prisão, que aconteceu no mês de novembro de 2020 (autos n. 5011990-26.2020.8.24.0011), ele executava a função de comando de disciplina geral da cidade, atendendo as ordens e interesses do alto escalão do PGC nesta cidade e região, participando ativamente de grupo criminoso que atua usando armas de fogo nas práticas criminosas, bem como envolvendo adolescentes nas atividades ilícitas.

Quanto ao denunciado LUCIOMÁRIO, sabe-se que também já era membro do grupo criminoso e passou a exercer as funções de disciplina geral até o final de 2020, ou seja, se tornou membro responsável por organizar a estrutura criminosa na cidade, distribuir hierarquias, comandar os faccionados, dirimir dúvidas e orientar os membros de como proceder em suas atividades escusas.

Corroborando o fato de LUCIOMÁRIO integrar mesmo o bando criminoso organizado está a denúncia anônima de fl. 5 do IP 8, onde o denunciante entrou em contato com a Delegacia de Polícia e informou ter conhecimento de que o denunciado e os comparsas são participantes ativos na facção e que laboram voltados para o tráfico de entorpecentes.

Nas conversas em que LUCIOMÁRIO mantém com Marcelo Salum ele menciona a questão de uma cobrança de dívidas e informa como o CDC (central de crédito) do grupo, que serve para cobrar quem detém dívidas com membros da facção e não paga.

Na ocasião Marcelo busca orientações com LÚCIO, demonstrando mais uma vez que ele é responsável pela liderança da cidade, pois se assim não fosse, ele não teria poder para dar diretrizes e fazer determinações. O denunciado também menciona várias vezes o termo “nação” referindo-se à facção, bem como confirma se tratar do disciplina geral da cidade (vide fls. 2/7 do IP 6). Vejamos alguns trechos:

Sendo assim, verifica-se fatalmente que LUCIOMÁRIO integrava grupo criminoso, que atuava armado e utilizando de adolescentes para praticar os crimes, sendo que ele sabia dessa questão, pois ouviu do próprio Marcelo Salum, bem como ele ocupava um espaço de comando dentro grupo atuando como disciplina geral da cidade.

No que tange ao denunciado DANIEL, ele integrava a facção criminosa com os demais e tinha um cargo alto na cidade de Brusque onde, até o fim de 2020, comandava a Central de Crédito, “CDC”, ou seja, era responsável por manter atualizado o cadastro de pessoas que deviam para a facção ou para membros da facção, como díizimo ou dívidas de drogas.

Ele integrava o grupo vendendo drogas, que era sua principal fonte de renda, mas também ocupava o cargo já mencionado, desenvolvendo esta atividade unicamente em prol do grupo criminoso.

Tal constatação é possível de ser vista no depoimento da testemunha sigilosa, bem como nas conversas travadas entre os membros do grupo, os quais mencionam sem nenhum constrangimento o cargo exercido por DANIEL, conhecido também como Charada. Vejamos:

imagem

Em outra conversa Marcelo diz para Luciomário que DANIEL é seu padrinho na facção:

Isso é outro indicativo de que DANIEL tinha participação no grupo e com cargo importante, pois para que se possa batizar outra pessoa, o membro precisa ter certa influência, porque o batismo serve como uma forma de avalizar a entrada de uma nova pessoa no grupo.

Desta forma, há provas de que DANIEL participava da facção criminosa, ocupando um cargo importante, sendo que tal facção atuava utilizando-se de armas de fogo para as práticas criminosas, bem como envolvendo adolescentes nas ações proibidas.

No que se refere ao denunciado MARCELO SALUM ele estava envolvido no comércio ilegal de drogas como já descrito em tópico anterior, utilizando a mão de obra de adolescentes para realizar a venda direta a usuários.

Sabe-se que MARCELO integrava o grupo criminoso apenas como membro ativo e que realizava a traficância com o fito de obter lucros para si, mas também para abastecer a facção criminosa, apoiado pelos colegas membros que lhe forneciam as drogas para a venda, bem como lhe guarneciam com pontos para venda de drogas, com auxílio para as cobranças e toda ajuda que ele pudesse precisar.

Os demais membros do PGC sabiam que Marcelo tinha um revólver, calibre 38, armamento esse que ele vendeu posteriormente para Luciano José dos Santos, após se ferir com um disparo accidental.

A testemunha Iamara Chaiani dos Santos Duarte confirmou que comprava drogas de MARCELO e disse ainda que ele “veste a camisa” da facção, referindo-se ao fato de integrar a organização criminosa de forma ativa e responsável.

A testemunha André Leonardo Fachi, que é usuário de drogas e adquiriu entorpecentes e uma dívida a partir disso com MARCELO, mencionou que não estava conseguindo pagar a quantia que devia, mas viu-se obrigado a pagar, pois foi intimidado por MARCELO e por Paulo Ricardo Thives de Souza.

Nas fls. 3/7 do IP 6, MARCELO conversa com Luciomário e conta a ele que a pessoa de André está devendo para uma traficante que atuava na localidade, a qual teria lhe pedido ajuda para cobrar a dívida.

Eles mencionam a questão da cobrança, MARCELO diz que seus padrinhos dentro da facção são o Mu-mu (Paulo Carneiro) e o Charada (Daniel França), sendo que como Daniel é o responsável pela “central de crédito do grupo – CDC”, ele seria comunicado para inscrever o devedor no cadastro dos inadimplentes e dar um prazo para ele pagar:

imagem

Nas fls. 16/17 do IP 7 e fls. 1/2 do IP 8, há conversas travadas entre MARCELO e André, onde ele intimida o devedor para que ele pague e informa que vai colocá-lo na central de crédito, o que confirma o envolvimento dele com a facção, pois somente pode colocar um nome na central de cobrança quem é membro e só existe este tipo de caminho para cobrar em grupo criminoso.

Destaca-se o seguinte trecho:

imagem

Nas conversas que MARCELO manteve com Luciomário ele também informa que Paulo Carneiro cedeu seus pontos de venda de drogas para que ele “tocasse”, incluindo no Cedro, onde ele morava.

Ele explica que o acordo foi feito de boca quando eles cumpriram pena juntos na Unidade Prisional Avançada de Brusque, demonstrando mais uma vez a ligação entre eles.

MARCELO ainda menciona que pretende dar prosseguimento a venda de entorpecentes nos locais apontados e juntar uma quantia em dinheiro para pagar um advogado para Paulo, a fim de que eles mantenham uma “sintonia”, uma comunicação, uma vez que Paulo estaria abandonado e sem receber visitas.

Essa é outra prova de que não só MARCELO mas também Paulo integram o grupo criminoso, pois esse tipo de “fortalecimento” só ocorre entre membros de facção e não entre pessoas que atuam de forma autônoma. Inclusive Luciomário orienta MARCELO que ele deve pagar uma porcentagem do valor arrecadado nas bocas para a facção.

Desta forma não há dúvidas de que MARCELO integrava o grupo criminoso, atraindo adolescentes para participar das atividades de uma facção que usa arma de fogo em suas práticas criminosas, como já mencionado anteriormente, sendo que ele atuava apenas como membro do grupo, sem funções de comando.

Por fim, temos o denunciado PAULO ROBERTO, que também atuava na organização criminosa apenas como membro, sendo que ele já foi membro da facção, mas teria parado de atuar depois de um tempo que estava preso, mas recentemente voltou a entrar em “sintonia” com o grupo e com seus aliados, especialmente Marcelo Salum, a fim de tocar seus pontos de venda de drogas espalhados pela cidade e arrecadar um dinheiro para contribuir com o bom andamento dos planos da facção.

No início do ano de 2019 PAULO teria batizado o comparsa Marcelo Salum, quando cumpriam pena juntos, atraindo-o para a facção e avalizando a sua entrada e atuação perante o grupo.

A confiança entre ambos era tanta que PAULO cedeu seus pontos de venda de drogas para que Salum os tocasse assim que saísse da cadeia, o que efetivamente aconteceu, e, em contrapartida, pagava ao PAULO uma porcentagem da venda ilegal de drogas que realizava.

Assim, mesmo que o envolvimento de PAULO com a facção tenha existido e depois cessado, quando de sua prisão, ele praticou novos fatos que podem ser tidos como criminosos, devendo responder pela participação na facção criminosa, que atua armada e utilizando a ação de crianças e adolescentes para as práticas ilícitas.

Sobre a participação de pessoas em organizações criminosas, informa-se que o PGC é facção nascida em Santa Catarina, criado em março de 2003, na Penitenciária da Capital, facção criminosa que é organizada e armada, com o objetivo inicial de obter melhorias e condições mais favoráveis aos reclusos. Ela se alastrou, inicialmente, entre os reclusos dentro do sistema penitenciário, depois entre pessoas que estavam em liberdade.

O Primeiro Grupo Catarinense (PGC) criou e mantém laços com o Comando Vermelho (CV), facção criminosa do Rio de Janeiro, sendo esta extremamente violenta, utilizando em suas atividades o emprego de arma de fogo, além de contar com a participação de adolescentes.

O grupo catarinense está bem organizado e sua estrutura se dá com base no estatuto, havendo liderança colegiada no Primeiro Ministério, ocupado por “fundadores” e tido como cargos vitalícios até contraordem.

A estrutura ainda conta com um Tesoureiro-Geral, além dos Disciplinas, subdivididos em: disciplinas de região, cidade, de bairro, de galeria; os Sintonias, que são os indivíduos que responsáveis por levar os “salves” para os presídios federais e estaduais por trazer os “salves” para os estabelecimentos estaduais e para os “irmãos” que estão na rua, e os Membros, que são aquelas pessoas que apenas se filiam à facção, sem cargos definidos, pagando seus dízimos mensalmente, sem nem saber para onde o dinheiro que envia está sendo direcionado.

Segundo dados, o PGC conta atualmente com cerca de 15 mil filiados neste Estado e arrecada muito mais de R\$ 2 milhões de reais por ano, sendo que os crimes preferidos pelo grupo criminoso são o tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, crimes contra o patrimônio, os quais, geralmente, proporcionam maior lucro e crimes do estatuto do desarmamento.

O dinheiro angariado com as práticas criminosas bem como com o dízimo são utilizados pela

facção para obtenção de armamentos, drogas, transportes, manutenção de familiares de presos, pagamentos advogados, corrupção de agentes públicos, além de fomentar um caixa central que serve como uma reserva para outras situações – as quais nunca foram muito bem abordadas e da qual nem mesmo os reles membros tem conhecimento -.

A organização, por intermédio dos seus líderes, determina mortes, expulsões, multas, e outras ordens, tudo dependendo de um prévio “julgamento” realizado pelos membros do alto escalão e embasado em elementos de prova que lhes são fornecidos, emanando posteriormente um “salve” aos que devem cumprir o que foi decidido.

Nos anos de 2012/2013, o PGC ganhou maior visibilidade por parte da sociedade, pois lançou ordens para ataques contra o Estado, seus agentes e patrimônio público, especialmente em face dos meios de transporte (ônibus), bem como pela execução, dentro e fora dos presídios de reclusos que deviam à facção, rivais, agentes penitenciários, etc., de mortes e outros castigos ordenados pelos líderes, causando transtornos e trazendo terror para toda sociedade catarinense.

No caso dos denunciados, a princípio sabe-se que eles eram membros, uns com cargos de liderança e outros não, atuando na venda de drogas e contribuindo para a arrecadação de dinheiro pelo grupo, com os crimes e com as contribuições mensais (dízimo), além de utilizarem armas e adolescentes para melhor angariarem lucro, somado ao fato de terem aliança segura com o CV que também lhes auxiliam.

Dessa forma, os denunciados promoveram, constituíram, financiaram ou integraram, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, exercendo cargos de liderança ou não, atuando com a utilização de arma de fogo e envolvendo crianças e adolescentes nas práticas ilícitas, além de criarem aliança com outras facções, como o Comando Vermelho- CV

5. DO CRIME DE CONSENTIMENTO DE USO DE IMÓVEL PARA TRAFICÂNCIA POR TERCEIROS

Aqui entra a figura da denunciada SELMA CAPISTRANO LOPES, o qual era proprietária do Bar e Cancha da Selma, estabelecimento situado na rua Francisco José Thives de Souza, n. 125, Bairro Cedro Alto, nesta urbe, local onde os denunciados Marcelo Salum da Costa Júnior e seus subalternos adolescentes, bem como o denunciado Paulo Ricardo Thives de Souza, e outros traficantes como Iamara Chaiani dos Santos Duarte, comercializavam entorpecentes.

A denunciada SELMA não só sabia que seu estabelecimento estava sendo utilizada para o desenvolvimento da atividade ilícita, como também consentiu para que o narcotráfico acontecesse naquele local, mesmo sabendo que tais condutas eram proibidas.

Muito embora SELMA tenha negado a Autoridade Policial saber da que os traficantes comercializavam drogas naquele local, pelo teor das conversas dos próprios denunciados verifica-se que tal informação não é verídica. Vejamos:

imagem

Nessa última conversa acima é possível ver claramente o adolescente Mateus falando para Marcelo Salum que SELMA os avisou que a Polícia Militar havia passado duas vezes pelo local e que era para ele não levarem “BO” junto, caso fossem até lá.

O “BO” a que eles se referem é o entorpecente para comercialização que a denunciada SELMA sabia que eles vendiam em seu estabelecimento comercial.

E ainda seguem dizendo:

imagem

Nas fls. 1/2 do IP está um Boletim de ocorrência de quando o também denunciado Paulo Ricardo foi abordado pela polícia, na companhia do adolescente João Henrique, ambos com drogas em frente ao Bar da Selma, o que comprova mais uma vez que o local era frequente ponto de venda utilizado por eles, isso já no mês de agosto de 2020.

Nesta próxima conversa o adolescente João Henrique para Marcelo onde o menor está, referindo-se a outro adolescente que trabalha para Salum, e ele confirma que esta: “Na Celma”:

imagem

É possível perceber que há meses a denunciada SELMA vinha cedendo o imóvel para terceiros praticarem a traficância no local, além de que os usuários de drogas frequentem o local para consumo dos psicotrópicos, e, mesmo sabendo, nenhuma providência adotou para evitar a continuidade dos ilícitos. Ao contrário, ainda avisava a movimentação da polícia para os traficantes ficarem alertas.

Desta forma, a denunciada SELMA utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas” (Evento 1). Grifos do original.

A denúncia veio acompanhada pelo inquérito policial apenso e foi recebida em 27-09-2021, ocasião em que este Juízo acolheu a representação da Autoridade Policial e decretou as prisões preventivas dos acusados Luciomario, Daniel, Paulo Roberto, Marcelo e Luciano (Evento 3).

Os mandados de prisão de Marcelo, Daniel e Luciomario foram cumpridos em 28-09-2021 (Eventos 7 e 9), de Luciano em 06-10-2021 (Evento 21) e de Paulo Roberto em 07-10-2021 (Evento 42).

Os acusados foram citados (Eventos 41; 52; 54; 84; 85; 88; 101 e 132) e apresentaram respostas à acusação, Marcelo, Felipe, Karolaine, Paulo Ricardo e Paulo Roberto através da Defensoria Pública, reservando-se ao direito de versar sobre o mérito em alegações finais (Eventos 133; 140; 141 e 155).

Os demais acusados apresentaram respostas à acusação através de defensores constituídos (Eventos 88; 134; 139 e 150).

Como preliminares, a defesa de Daniel França Pires alegou a inépcia da denúncia e ausência de

justa causa para deflagração de ação penal, aos argumentos de que a narração da denúncia não condiz com a realidade fática e que inexistem provas acerca da conduta imputada (Evento 134), as quais foram afastadas, designando-se audiência de instrução e julgamento (Evento 159).

O defensor constituído pelo acusado Daniel compareceu aos autos renunciando aos poderes que lhe foram conferidos (Evento 183), tendo a Defensoria Pública prosseguido na sua defesa.

Aportou aos autos informação de que o acusado Luciano José dos Santos, mesmo estando em prisão preventiva nestes autos, foi beneficiado com a saída temporária nos autos n. 0001288-77.2018.8.24.0011 e deixou a unidade prisional no dia 02/06/2022 (Evento 286).

Durante a instrução processual, foram ouvidas doze testemunhas comuns entre acusação e defesa de Marcelo, Karolaine, Felipe, Paulo Ricardo, Luciomario e Paulo Roberto. Pela defesa de Karolaine, Daniel e Marcelo foi dito que contraditava as testemunhas Odair José, João Henrique e Iamara, sobre as quais se oportunizou a manifestação da acusação, e restou acolhido pelo juízo, ouvindo-as como informantes. Pela acusação foi dito que desistia da testemunha André Leonardo Fachi, com o que concordaram as defesas e restou deferido. Após, foram ouvidas cinco testemunhas de defesa de Felipe e duas testemunhas de defesa de Selma. Por fim, foram interrogados os acusados e liberados do ato processual a medida em que eram ouvidos, com a concordância da acusação e defesas (mídias do Evento 390).

Em alegações finais, por meio de memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade dos delitos, a autoria e culpabilidade dos acusados Luciano, Paulo Ricardo, Luciomario, Daniel, Karolaine, Paulo Roberto e requereu a condenação, nos moldes da denúncia. Quanto a Selma e Felipe, requereu suas absolvições (Evento 397).

A douta defesa de Selma, por sua vez, requereu a absolvição, sustentando que a acusação não restou confirmada no decorrer da instrução (Evento 410).

A defesa de Felipe também requereu a absolvição, sustentando que o acusado é apenas usuário de drogas, não havendo provas para sua condenação. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado e participação de menor importância, aplicação da pena no mínimo legal, regime mais brando possível e restituição do aparelho celular (Evento 426).

A defensora de Paulo Ricardo pugnou pela absolvição, por fragilidade probatória e, ainda, seja reconhecido que o envolvimento do acusado com os fatos foi breve, em um curto espaço de tempo. Alternativamente, pleiteou pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, aplicação da pena no mínimo legal e fixação do regime mais brando possível (Evento 428).

O defensor dos denunciados Daniel, Karolaine e Marcelo alegou ausência de provas quanto aos crimes pelos quais foram denunciados, requerendo a absolvição. Com relação ao delito imputado a Karolaine, pugnou pela absolvição ante a inocorrência do delito. Em relação ao denunciado Daniel, pugnou para que haja desclassificação de sua conduta para o crime de posse de drogas para consumo pessoal, com a consequente absolvição pela ausência de correlação entre os fatos. Quanto ao crime de integrar organização criminosa, imputado a Daniel e Marcelo, requereu o afastamento

das causas de aumento de pena. Em caso de condenação, requereu que as penas sejam fixadas no patamar mínimo legal, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em relação aos acusados Karolaine e Marcelo, fixação do regime inicial mais brando possível, substituindo-se a pena privativa de liberdade por multa ou pena restritiva de direitos (Evento 432).

A defesa do denunciado Luciomario pugnou pela concessão dos benefícios da gratuidade da justiça. Preliminarmente, pugnou pela nulidade do processo, sustentando que a Promotora de Justiça leu a denúncia para as testemunhas de acusação, causando prejuízo ao acusado. Ainda, requereu a absolvição, sustentando a ausência de provas quanto a autoria e materialidade (Evento 436).

Sobreveio aos autos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, substituindo a prisão do acusado Luciomario por prisão domiciliar, sendo expedida ordem de liberação em seu favor nos presentes autos, o que foi cumprido em 20-09-2022 (Eventos 461-465).

Pela desídia nos autos, foi aplicada multa à defensora do acusado Luciano, no valor de 5 (cinco) salários-mínimos (Evento 474).

A defensora de Luciano apresentou as alegações finais nos autos, requerendo a absolvição, ante a falta e fragilidade probatória. Pugnou pela concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, fixação da pena em seu patamar mínimo legal, regime aberto e substituição por pena restritiva de direitos (Evento 477).

Antecedentes criminais registrados nos autos (Eventos 335-344 e 482).

Relatados, decido.

Imputa-se aos acusados Luciano, Luciomario, Daniel, Paulo Roberto e Marcelo a prática do crime de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, com as causas de aumento por haver emprego de arma de fogo, participação de criança ou adolescente e conexão com outras organizações criminosas. Quanto aos três primeiros com a agravante de exercerem funções de comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, capitulado no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.805/2013, da Lei n. 12.850/2013.

Ainda, aos acusados Paulo Ricardo, Daniel, Marcelo e Felipe, imputa-se a prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo que a Marcelo e Felipe ainda se imputa o crime de associação para o tráfico de drogas, disposto no artigo 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Aos acusados Marcelo e Karolaine se imputa o delito de denunciação caluniosa, previsto no artigo 339, do Código Penal. A Marcelo também o crime de porte de arma de fogo de uso permitido, capitulado no artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003.

Por fim, à acusada Selma se imputa o crime de consentimento de uso de imóvel para traficância por terceiros, disposto no artigo 33, § 1º, inciso III, da Lei n. 11.343/2006.

De pronto, passo à analisar a matéria preliminar aventada pela defesa do denunciado

Luciomario, de nulidade do processo, sustentando que a Promotora de Justiça leu a denúncia para as testemunhas de acusação, causando prejuízo aos acusados.

Tal alegação não comporta acolhimento, porquanto da análise dos arquivos audiovisuais, conclui-se que não ocorreu a leitura integral da exordial acusatória pela representante do Ministério Público, mas tão somente o apontamento de conversas constantes nos relatórios de investigação acostados aos autos.

É certo que ao realizar breves apontamentos, a representante do Ministério Público não tinha como objetivo o induzimento das testemunhas de acusação, mas simplesmente inteira-las dos fatos que deram causa à ação penal, mormente diante da complexidade do presente processo e do número de agentes denunciados, além da grande quantidade de crimes apurados.

Aliás, em hipótese algum este juízo deixaria que uma ou outra parte induzisse qualquer testemunha que viesse depor em juízo.

De mais a mais, não se vislumbra qualquer prejuízo à defesa, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, notadamente porque todos os acusados puderam exercer amplamente o direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive na própria audiência instrutória.

Diante do exposto, afasto a preliminar alegada e passo à analisar o mérito processual.

Ao ser interrogado em pela Autoridade Policial, **Paulo Ricardo Thives de Souza** confirmou ser conhecido como “Paulinho”. Relatou que não integra organização criminosa PGC. No tocante a sua relação com Marcelo Salum, em uma única situação disse que entregou maconha para um terceiro a pedido de Marcelo, não se recordando ao certo dos fatos. Em outra ocasião, “picou” drogas para Marcelo, o qual havia mandado deixar a drogas para o “Menor”, referindo-se a Mateus. Ademais, Marcelo vendia cocaína e maconha. Além disso, Marcelo alegou que haviam atirado em si mesmo, não sabendo informar se este possuía arma de fogo. Em relação à Chaiane, estava devendo R\$ 80,00 reais para ela, fruto de uma compra de drogas no mês de outubro.

Em juízo, declarou que quando saiu da UPA de Brusque exerceu o tráfico de drogas por aproximadamente uma semana. Que não é membro do PGC, mas trocou mensagens com Marcelo Salum, vez que ajudou ele no tráfico por uma semana, no bairro Cedro Alto, nesta cidade de Brusque. Que apenas ia jogar sinuca no Bar da Selma. Que João Henrique Ramos é o “Tetinha”. Que Marcelo comentou que o ex-companheiro de Karolaine tentou desferir um tiro nela e ele se meteu na frente. Que não tinha conhecimento se ele tinha arma de fogo. Que apreenderam o celular da esposa do interrogando. Declarou que permaneceu preso por três meses por tráfico de drogas em outro processo. Disse que é viciado em cigarro, vez que largou a maconha. Que trabalha na mesma empresa há dois anos (mídia do Evento 390).

Luciomário Brito dos Santos declarou que o que consta na denúncia é verdadeiro. Que por conta da Pandemia ficou desempregado e optou por “fazer coisas erradas”, fazendo parte da facção criminosa, tendo ingressado no grupo criminoso em 2020. Que não foi disciplina geral, apenas auxiliava. Que começou a se envolver com o tráfico de drogas na mesma época. Que não pode dizer

se Marcelo tinha arma de fogo e que esta nunca passou por suas mãos. Que nenhuma região da cidade era de sua responsabilidade para exercer a traficância, vendendo apenas cocaína. Que traficou por aproximadamente seis meses, atuando sozinho e depois que foi preso saiu da facção criminosa, em dezembro de 2020. Que para sair do grupo teve que pedir autorização. Que foi preso em outro processo por tráfico de drogas, no qual foi condenado e vem cumprindo pena. Que também já foi condenado por roubo. Declarou que dentro do grupo criminoso passou algumas coordenadas a uma pessoa que lhe procurou. Que mora em Brusque desde o ano de 2008. Que apenas se autodenominou disciplina geral da facção criminosa, mas era apenas auxiliar (mídia do Evento 390).

Daniel de França Pires, disse que seu apelido é “Menor, Danzinho ou Dani”. Que algumas coisas do que constam na denúncia é verdade. Que foi batizado no PGC com 16 anos de idade e com 18 anos foi preso, vez que exerceu o tráfico de drogas. Que após sair da cadeia, em 2020, pediu sua exclusão para o primeiro ministério da facção e enquanto não vinha a resposta, continuou pagando o dízimo. Que ocupou o cargo de disciplina geral do Bairro Águas Claras, nesta cidade de Brusque. Que depois de ser preso novamente, ficou sabendo que seu pedido de exclusão foi deferido. Que não possui condenação por tráfico e que depois que saiu da cadeia nunca mais traficou, apenas usava maconha. Que vendia entorpecentes no bairro Águas Claras. Com relação a tentativa de homicídio, disse que apenas ficou sabendo que Marcelo havia levado um tiro (mídia do Evento 390).

Karolaine de França Pereira disse que conheceu Marcelo em outubro de 2020 e no dia do tiro escutou um estouro, e, quando viu, Marcelo já tinha um ferimento na perna e estava com uma arma de fogo. Que jogou a arma no mato. Que Marcelo pegou a arma emprestada porque haviam pessoas o ameaçando. Que não teve conhecimento de que ele era envolvido com o PGC e com o tráfico de drogas, sabendo apenas que ele era usuário de entorpecentes. Que a interroganda já teve convite para entrar no PGC mas nunca se interessou. Que em momento algum foi na delegacia de polícia denunciar os fatos, porquanto foi a polícia que a procurou (mídia do Evento 390).

Paulo Roberto Carneiro disse na fase indiciária que já integrou o PGC, mas que atualmente pediu afastamento do grupo, sendo que conhece Marcelo Salum da prisão, porém não o batizou. No entanto, Marcelo pode ter se batizado utilizando de seu nome como padrinho. Em relação ao “CDC”, esclareceu que esta expressão é utilizada quando alguém está em dívida com o PGC, sendo que alguém fica responsável por anotar os nomes das pessoas que não realizam o pagamento.

Em juízo, relatou que seu apelido é “Paulinho”. Que algumas coisas narradas na denúncia podem ser verdade. Que não foi apreendido nada consigo. Que Marcelo mencionou ser afilhado do interrogando dentro do PGC, mas não é verdade. Narrou que quando a pessoa quer integrar a facção pode colocar o nome de qualquer pessoa como padrinho. Que entrou no PGC em 2014, quando estava preso em Curitiba/SC, permanecendo no grupo criminoso até 2019. Que era responsável pelos Bairros da Souza Cruz e Águas Claras, nessa cidade de Brusque. Declarou que não estava envolvido com o tráfico de drogas e que a facção não proíbe pessoas de traficarem em bairros por si dominados, mas tem que avisar o pessoal e há pessoas que possuem pontos fixos para venda. Que se estiver devendo algo para a facção criminosa não pode pedir a exclusão. Que está preso desde 2018 por conta de outras condenações por tráfico de drogas (mídia do Evento 390).

Marcelo Salum da Costa Júnior narrou na fase policial ser conhecido pelo apelido de “Bebê”. Relatou que não atirou em si próprio, alegando que um terceiro indivíduo efetuou o disparo. Ademais, informou que não possui arma de fogo, não integra organização criminosa, tampouco realiza o tráfico de drogas atualmente, negando a prática da conduta realizada juntamente com Paulo Roberto Thives, Mateus Rubison de Souza e João Henrique Ramos. Em relação a Daniel França, o conhece como “Menor” e “Charada”. No tocante à Chaiane, disse que certa vez ela lhe orientou onde conseguir drogas para comprar, bem como cobrou André Fachi para que efetuasse o pagamento de uma dívida que este tinha com ela. Ademais, negou utilizar Mateus Rubison de Souza e João Henrique Ramos para venderem ou entregarem drogas para terceiros, bem como negou ter vendido e negociado drogas com Edivaldo Nunes, Paulo Thives, Luana Christiny Rojanski, Jaqueline Veiga Silveira Valiati, uma vez que depois que saiu da prisão não se envolveu mais com o tráfico de drogas. Por fim, alegou não possuir uma arma calibre .38 e conhecer Luciomário Brito dos Santos, Luciano José dos Santos e “Guiga”. Em relação à Paulo Roberto Carneiro, o conhece, não sabendo informar se este faz parte de alguma organização criminosa.

Em juízo Marcelo disse possuir o apelido de “BB”. Que em sua residência foi apreendido um pote com resquícios de maconha. Que seu aparelho celular foi apreendido por conta de uma suposta tentativa de homicídio. Disse que Karolaine é sua esposa e que acabou disparando a arma em sua perna acidentalmente. Que o Paulo Carneiro não é seu padrinho, vez que não consentiu com a indicação. Que entrou no PGC em setembro de 2019, mas não pode revelar o nome de seu verdadeiro padrinho. Que não exerceu cargo de liderança na facção e pediu sua exclusão, mas ainda não obteve retorno. Que iria ajudar Paulo Carneiro, mas não tinham qualquer acordo. Que não se utilizava de menores para realizar o tráfico. Narrou que a arma de fogo era emprestada, mas não sabe se era da facção, tendo pego o armamento para sua proteção pessoal. Que Karolaine não traficava e tampouco estava envolvida com o PGC. Que está envolvido com o tráfico desde quando tinha 16 anos de idade e entrou no PGC com 19 anos. Que Felipe não estava envolvido no tráfico de drogas, apenas pediu o número da conta dele, mas ele não lhe respondeu. Que foi condenado anteriormente por tráfico de drogas (mídia do Evento 390).

Selma Capistrano Lopes relatou na fase policial que é proprietária de um bar e cancha há mais de 20 anos, sendo que algumas pessoas ficavam próximas ao local fumando, dentre elas Paulo Ricardo Thives, João Henrique Ramos, Iamara Chaiane e Mateus Rubison de Souza, não os tendo presenciado vendendo drogas, apenas usando.

Já em juízo, disse que é dona do Bar da Selma, onde esses “meninos” (Marcelo, Paulinho e João – adolescente) ficavam bebendo, comendo e jogando sinuca. Disse que eles iam frequentemente no bar, mas não via eles fazendo nada de errado, porque ficava na parte de dentro do bar. Disse que conhecia o “Paulinho” melhor, e os outros apenas de vista. Disse que não tem nenhuma casa amarela abandonada próximo ao seu bar. Disse que não via os rapazes usando drogas no local. Alegou que quando mencionava que a polícia estaria chegando era no sentido de que eles estavam incomodando, fazendo algazarras, mas não porque eles estivessem vendendo drogas, pois eles ficavam do lado de fora do bar e não via o que eles estavam fazendo. Disse que percebe cerca de sete mil reais mensais, com o bar e duas aposentadorias, que passou a receber esse ano. Disse que mora no mesmo local do bar e tem o comércio há cerca de 20 anos (mídia do Evento 390).

Felipe Sales Salum da Costa, na delegacia de polícia, relatou que é usuário de maconha há aproximadamente 10 anos, não possuindo envolvimento com o tráfico de drogas. Em relação às folhas de maconha encontradas em sua casa, estas estavam largadas no quarto que pertencia a Marcelo Salum, o qual se envolveu com o tráfico de drogas, não sabendo informar se este possui envolvimento com alguma facção criminosa. Ademais, ficou sabendo que seu irmão Marcelo deu um tiro em sua própria perna.

Na fase judicial, o acusado disse que seu irmão Marcelo vendia drogas e que teve muitos desentendimentos com ele por causa disso, pois era contra essa atividade. Disse que a polícia cumpriu mandado de busca em sua casa para prender seu irmão, momento em que o prenderam também. Disse que apreenderam seu celular na ocasião. Informou que em determinado dia seu irmão lhe disse que duas pessoas iriam depositar dinheiro em sua conta, mas não passou seu *pix* para ele, acreditando que ele tenha testado o número de celular como chave, que é o que funcionava, e acabou recebendo dois depósitos em sua conta que na verdade pertenciam a ele. Sabia que seu irmão era envolvido com o tráfico, mas não com a facção criminosa. Relatou que uma única vez transacionou drogas com ele, pois ele lhe devia dinheiro, então pediu que ele lhe pagasse em drogas, que seriam destinadas ao seu consumo, pois é usuário. Disse que o próprio Marcelo lhe contou que estava brincando com uma arma de fogo e acabou disparando contra sua perna, porém não soube que ele teria acusado outra pessoa (mídia do Evento 390).

O testigo Odair José Stumpf narrou que conhece Karolaine e Marcelo. Disse que conviveu em união estável com Karolaine por aproximadamente três anos e negou que tenha tentado matá-la em outra oportunidade. Relatou que não foi o autor dos disparos de arma de fogo que vitimaram Marcelo e que nunca teve arma de fogo, aduzindo que estava no trabalho quando a tentativa de homicídio ocorreu. Declarou que se separou de Karolaine por conta do envolvimento dela com drogas. Que após o término do relacionamento não ameaçou e nem agrediu Karolaine (mídia do Evento 390).

Mateus Rubison de Souza disse que Marcelo Salum era seu conhecido, Quando questionado se vendia drogas junto com “Teta e Leo”, disse que era apenas o depoente que estava traficando. Disse não se recordar sobre seu numero de telefone (mídia do Evento 390).

João Henrique Ramos disse apenas conhecer Paulo Ricardo e Selma, porquanto frequentava o bar desta. Reconheceu-se na foto da página 10 do relatório 001GS2021. Narrou que conhece Marcelo Salum do Bar da Selma e não se recorda da conversas constantes no relatório de investigação. Declarou que já respondeu a processo por drogas junto com Marcelo Salum. Que não sabe se haviam pessoas que usavam drogas no bar e negou ter recebido foto de Marcelo com arma de fogo. Que não se recorda o número de telefone que usava na época dos fatos (mídia do Evento 390).

Guilherme Almeida Bavaresco declarou que seu apelido não é “Guiga”. Disse que não teve conversas com Marcelo Salum e não se recorda qual o número de seu aparelho celular. Que já foi condenado por tráfico de drogas e que não tem nomes para citar. Que não conhece Daniel e nenhum dos acusados por nome, tampouco pelos apelidos citados pela Promotora de Justiça (mídia do Evento 390).

Caroline Oliveira Nascimento declarou que não conhece os acusados. Que está respondendo a processo por tráfico juntamente com Guilherme Bavaresco. Que não conhece Daniel França, nem mesmo por seus apelidos. Que conheceu uma pessoa de alcunha “Negão” e este lhe ofereceu drogas para vender. Que o apelido de Guilherme é “Guiga”. Declarou que nunca teve o numero de telefone mencionado pela Promotora de Justiça, sendo o seu o 47-999506165 (mídia do Evento 390).

Iamara Chaiani dos Santos Duarte, quando ouvida na fase policial, declarou que era usuária de drogas e que não estava traficando na época dos fatos, bem como negou ser faccionada ao PGC. Descreveu que nunca traficou drogas para Marcelo Salum, tendo comprado apenas uma única vez cocaína deste, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) reais, sendo que a droga foi entregue pelo adolescente Mateus Rubison de Souza. Em relação à conversa de Marcelo Salum e Paulo Ricardo Thives afirmando que iriam pegar drogas consigo, não soube explicar. Ademais, no ano de 2016, época em que vendia maconha, André Fachi ficou lhe devendo R\$ 600,00 (seiscentos reais) reais, efetuando o pagamento após 3 anos. Por fim, informou que Marcelo Salum possui envolvimento com facção criminosa, uma vez que ele “veste a camisa”.

Em juízo, disse conhecer apenas alguns dos acusados. Que foi presa em flagrante delito por tráfico de drogas. Que o adolescente Mateus levou drogas em sua residência, porque a depoente era usuária de maconha e crack. Disse que comprou os entorpecentes de Marcelo Salum e pagou cinquenta reais. Que André Fachi deveu para si quando “era de menor” e que viu por mensagens que Salum havia cobrado ele. Disse que não faz ideia se Marcelo Salum “veste a camisa” e que negociou drogas com ele apenas uma vez e foi Mateus quem entregou. Declarou conhecer João Henrique, vulgo “Teta”, mas ele era apenas usuário e não sabe dizer se ele comprava de Marcelo (mídia do Evento 390).

Edivaldo Nunes dos Santos disse não conhecer os acusados do processo. Quanto as mensagens do celular de Marcelo Salum, não se recorda de ter mandado mensagens para ele. Que foi cumprido mandado de busca em sua residência e apreendida maconha, sendo preso por tráfico de drogas. Que não se recorda de nenhuma conversa tida com Marcelo Salum, tampouco o numero de telefone que usava antes de ser preso (mídia do Evento 390).

O policial civil Charles Melo Filho declarou que conheceu os acusados das investigações. Que tomou conhecimento que foi apreendido o telefone de Marcelo Salum, em razão de uma suposta tentativa de homicídio. Que no aparelho celular haviam diversas informações relativas ao tráfico de drogas e organização criminosa, sendo confeccionado relatório de investigação. Que há participação dos acusados no PGC, uma vez que nas conversas Marcelo fala abertamente sobre assuntos relacionados ao grupo criminoso, além de valores repassados a organização. Que Marcelo utilizou adolescentes em prol da organização criminosa e, em certa oportunidade, pede autorização para traficar em uma localidade e utilizar menores de idade. Que a arma de fogo que estava com Marcelo foi vendida posteriormente para “Coroa” e apreendida com ele, tendo o armamento circulado entre membros da facção. Que “Coroa” possui uma liderança dentro da facção, atuando como disciplina geral do município, gestor da organização. Que não se recorda o cargo de Daniel dentro da facção mas que ele reiteradamente aparecia em investigação envolvendo tráfico de drogas

e organização criminosa. Que após a prisão de Luciano, Luciomario assumiu a função de disciplina geral da facção na cidade. Que o Bar da Selma era conhecido como ponto de venda de drogas e que Chaiani entregava drogas aos menores para comercialização, no próprio bar. Que o PGC possui alianças com a facção criminosa do Comando Vermelho. Que trabalha em Brusque há três anos e que antes não haviam investigação contra o Luciomario por envolvimento com facção criminosa. Que participou do cumprimento dos mandados de buscas na residência da Chaiani, mas se recorda que no imóvel de Daniel foram apreendidos entorpecentes (mídia do Evento 390).

O agente público Dennis Baldaça Caldas disse que conheceu os acusados apenas das investigações. Que auxiliou nas investigações e buscas. Que inicialmente foi apreendido o celular de Marcelo Salum e analisado pelo agente Guilherme, havendo no aparelho informações acerca do tráfico de drogas, aliciamento de menores, organização na mercancia espúria. Quanto a organização criminosa, haviam conversas com Luciomario tratando sobre os pontos de vendas que este tinha em alguns bairros e ele se identificou como “Geral”. Que nas mensagens Luciomario diz que Daniel possui cargo de CDC, cobrando os devedores da organização e diz que Daniel é um de seus padrinhos. Que na casa de Daniel foi encontrada uma balança de precisão e drogas. Que Luciano, antes de ser preso, era o disciplina geral de Brusque. Que o PGC é aliado ao Comando Vermelho para impedir a entrada do PCC na cidade. Que houve mais de uma busca na casa de Daniel, sendo que na primeira oportunidade apenas foram apreendidos os aparelhos celulares dele. Que na segunda busca foram apreendidas porções de maconha, mas não se recorda o local em que estavam guardadas. Que não participou da investigação acerca do crime de organização criminosa (mídia do Evento 390).

Guilherme Simon, também policial civil, declarou que apenas conheceu os acusados das investigações. Que confirma o relatório juntado aos autos. Narrou que as investigações se iniciaram a partir da apreensão do aparelho celular de Marcelo Salum, porque ele havia sido vítima de um disparo acidental de arma de fogo e, ao acionar a Polícia Militar, imputou a autoria a outra pessoa. Que no celular dele, com autorização judicial, foi descoberto que haviam diversas conversas dele com outras pessoas relacionadas a tráfico de drogas, organização criminosa e associação para o tráfico. Que Luciano José dos Santos já estava preso no início das investigações e surgiu em uma conversa entre Marcelo e Luciomario, o qual se intitulava disciplina geral da cidade de Brusque. Que na troca de mensagens, Luciomario fala que vende cocaína e que maconha teria que ver com “Coroa”, alcunha de Luciano. Que este tinha bastante influência dentro do grupo criminoso, sendo um dos representantes da facção dentro do Estado. Que Paulo Thives possuía uma relação de hierarquia com Marcelo, sendo Paulo o responsável por efetuar a venda direta aos usuários, realizando inclusive o fracionamento e entregando a adolescentes para a venda, todos eles sob o comando de Marcelo Salum. Quanto a Daniel França Pires, declarou que ele realizou cobranças de uma das pessoas que realizou a venda de drogas para ele e era o representante do CDC dentro da facção criminosa, sendo o responsável por registrar pessoas que tinham algum tipo de dívida com a organização. Que em uma das conversas, verificou-se que quando o usuário possuía dívidas e não pagava, o membro responsável por cobrá-lo ficava com parte do pagamento. Que se a pessoa não pagasse, poderia ser cobrado de qualquer outra forma, inclusive violenta. Que Paulo Carneiro já foi alvo de outra operação e condenado por organização criminosa e surgiu numa conversa

entre Marcelo e Luciomario, quando pediu a este aval para vender drogas no Bairro Cedro Alto, sendo o responsável pela comercialização naquela localidade e um dos padrinhos de Marcelo. Esclareceu que o tráfico de drogas é mapeado em zonas, tendo responsáveis em cada localidade, não podendo outra pessoa vender drogas sem o seu aval. Que Paulo Carneiro, mesmo dentro do sistema prisional, ainda estava inserido na organização criminosa e organizando o tráfico de drogas. Que Marcelo Salum disse ter dois padrinhos no PGC, um deles Paulo Carneiro e outro Daniel. Que Marcelo é muito atuante no tráfico de drogas e seria o responsável por adquirir os entorpecentes e colocar outras pessoas para realizar a venda, dentre eles alguns dos acusados e adolescentes. Que Iamara Chaiani em uma situação estaria fornecendo cocaína para venda. Que o Bar da Selma era um dos locais no qual era realizado o tráfico de drogas, consentindo com o comércio espúrio naquele local. Que Felipe Salum tinha em sua residência folhas desidratadas de maconha e cápsulas de fumo de corda. Que não há informações de que ele seja membro do grupo criminoso, havendo apenas algumas conversas dele com Marcelo, das quais não se recorda o teor. Quanto a Luciano, declarou que nas mensagens apenas eram citados os apelidos dele, “Balotelli”, Tigrão e Coroa”, mas não o nome. Que receberam denúncias informando os apelidos de Luciano. Disse que na casa de Paulo Thives não foi apreendido nada de relevante e o celular dele não tinha qualquer informação relativa a tráfico ou organização criminosa. Que Luciomario vendia cocaína e Luciano maconha, tendo sido inclusive localizada uma arma de fogo no carro do primeiro. Que além da análise dos celulares, houveram buscas e apreensões, com a localização de drogas. Que na residência de Daniel foi encontrada uma porção de maconha escondida na área externa. Que no celular de Marcelo, verificou-se que ele tirou foto de uma arma de fogo e encaminhou a amigos, mas tal armamento não foi apreendido (mídia do Evento 390).

O delegado de polícia Alex Bonfim Reis declarou que trabalhou na investigação do presente processo. Que a investigação se iniciou na DPCAMI, uma vez que os fatos inicialmente narrados mencionavam que a companheira de Marcelo Salum havia sido vítima de uma tentativa de homicídio. Que no decorrer das investigações foi constatado que Marcelo estava manuseando uma arma de fogo e acidentalmente efetuou um disparo de arma de fogo em sua perna. Que foi apreendido e analisado o celular de Marcelo, onde verificou-se indícios de seu envolvimento com o tráfico de drogas, cooptando menores, além de seu envolvimento em organização criminosa juntamente com outras pessoas. Que Luciano já havia sido preso anteriormente por tráfico de drogas e exerceu o cargo de disciplina geral da facção dentro da cidade de Brusque, sendo o responsável por fazer contatos com o alto escalão do grupo criminoso e repassar essas informações. Que após Luciano ser preso, Luciomario assumiu o cargo de disciplina geral na cidade. Que em uma das conversas Marcelo pede esclarecimentos acerca de pontos de venda de drogas e diz que assumiu os pontos de Paulo, vulgo “Mumu”. Que “Mumu” admitiu tal situação em troca de uma porcentagem sobre a venda de drogas. Que Marcelo foi batizado na facção criminosa por “Mumu” e Daniel, seu padrinhos dentro da organização. Que Marcelo se utilizava de adolescente para o comércio espúrio, pelo menos três. Que Paulo Thives tinha participação na venda de drogas. Que o Bar da Selma era ponto de encontro de Marcelo com adolescentes e outras pessoas que iam até o local para buscar drogas, sendo que ela encobria a comercialização espúria. Que Felipe Salum mais consumia drogas do que negociava, mas por algumas vezes traficou drogas. Que na casa de Ricardo Thives não foi encontrado nada ilícito, tampouco em seu aparelho celular, havendo apenas elementos de que sua passagem pelo tráfico de drogas foi rápida (mídia do Evento 390).

Luiz Henrique Machado da Silva declarou que apenas conhece alguns acusados porque estava preso com eles. Declarou que não foi preso em processo com eles. Narrou que seu aparelho celular foi apreendido e que não se recorda de haver mensagens de Marcelo Salum, tratando de drogas. Disse ter ciência de que os acusados estão respondendo por tráfico de drogas mas não sabe que eles são do PGC. Narrou que não exerce qualquer função no grupo criminoso. Descreveu que não se recorda qual o seu número de telefone e que não possui apelido. Disse que está respondendo a processo por organização criminosa e não quis citar nome das pessoas com as quais divide cela (mídia do Evento 390).

Braz Reitz, testemunha de defesa da acusada Selma, declarou que frequenta o bar da acusada de três a quatro vezes na semana, há aproximadamente vinte anos. Que ela vende bebidas, faz lanches e que nunca ouviu falar que ocorra algo ilícito no local. Que conhece Paulo Thives porque conversou com ele por algumas vezes (mídia do Evento 390).

Nelson Marcos Sbardelotto narrou que frequenta o bar da Selma há cinco anos, sendo atendido por ela. Que ela vende bebidas e salgados. Que vai de dois a três dias no local e nunca viu nada de ilícito (mídia do Evento 390).

Rosana Gomes Sales, mãe de Felipe e Marcelo, disse que o primeiro trabalha como monitor escolar, de segunda a sexta-feira e também estuda. Que ele trabalha há aproximadamente seis anos nessa profissão. Que Felipe não traficava, apenas era usuário de drogas. Que suspeitava que Marcelo traficava, mas Felipe não o auxiliava no comércio espúrio, porquanto se mostrava contrário a esse tipo de atitude. Que Marcelo e Felipe já moraram juntos, mas acabaram se separando. Que Marcelo começou a namorar Karolaine e então parou de traficar. Que Felipe ainda usa drogas (mídia do Evento 390).

Giovanne Postingel, amigo de Felipe, declarou que ele é uma pessoa muito boa, dá aulas e usa drogas. Que ele não vende drogas, tampouco ajudou o irmão nas atividades ilícitas. Que nunca comprou drogas de Marcelo (mídia do Evento 390).

Luiz Renildo Cardoso, vizinho de Felipe há vários anos, declarou que nunca presenciou Felipe vendendo drogas. Que Felipe sempre brigava com o irmão, pois se mostrava contrário ao que ele fazia (mídia do Evento 390).

Edenir José Sapelli, disse conhecer Felipe porque ele é professor na escola em que a filha do depoente estuda. Que ele inclusive durante a Pandemia deu aulas em casa para seu filho. Que nunca soube que ele praticava o tráfico de drogas, vez que ele também é seu vizinho (mídia do Evento 390).

Rose Maria Antônio Machado disse que trabalhou com Felipe por aproximadamente dois anos e apenas ouviu falar que ele usa drogas. Que nunca ouviu que o irmão dele praticava o tráfico de drogas e que por isso, inclusive Felipe saiu da casa dele (mídia do Evento 390).

A testemunha sigilosa nº1/2021 declarou em seu depoimento na delegacia de polícia que integra a organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense (“PGC”) e participava ativamente da venda de drogas na cidade de Brusque até o final de 2020, razão pela qual conheceu diversos membros da facção. Que a organização é voltada para a prática de crimes variados e está estruturada

em escalas de comando. Destacou que dentre os membros conhecidos pode citar Luciomário Brito dos Santos; Paulo Roberto Carneiro (vulgo “Mumu”), Marcelo Salum da Costa Júnior (vulgo “Menor” ou “Gnomo”), Daniel de França Pires (vulgo “Charada”) e Luciano José dos Santos (vulgo “Balotelli”, “Coroa” ou “Tigrão”). Que Luciomário Brito dos Santos exerceu até o final de 2020 o cargo de “Disciplina Geral” ou “Geral da Cidade” de Brusque. Que o “Disciplina Geral” ou “Geral da Cidade” é responsável por organizar a estrutura criminosa em uma cidade, distribuir hierarquias, comandar todos os facionados, além de dirimir dúvidas e orientar todos os membros de como proceder em suas atividades escusas. Narrou que quase sempre as ordens e orientações eram passadas via mensagem de *WhatsApp* e divulgadas entre os demais membros. Que Paulo Roberto Carneiro (vulgo “Mumu”) é um antigo membro da organização criminosa e “batizou” algumas pessoas, inclusive Marcelo Salum da Costa Júnior (vulgo “Menor” ou “Gnomo”). Disse que Paulo Carneiro apadrinhou Marcelo Salum na época em que estiveram presos juntos e, ao deixar a unidade prisional, Marcelo Salum assumiu os pontos de venda de drogas pertencentes a Paulo Roberto Carneiro, a quem retribuía pagando uma porcentagem sobre as vendas ilegais. Relatou saber que Marcelo Salum usava outras pessoas, até “menores”, para realizar a venda ilícita de drogas e apenas recolhia o lucro. Que todos da organização criminosa sabiam que Marcelo Salum tinha um revólver calibre 38 e que em certa ocasião ele se feriu acidentalmente, disparando contra a própria perna. Que, inclusive, Marcelo Salum comentava abertamente sobre isso com os integrantes da organização criminosa e ainda confirmou para membros da organização que mentiu para os policiais militares que atenderam à ocorrência do disparo acidental, alegando ter sido vítima do ataque de um desafeto. Descreveu que após o incidente, Marcelo Salum teria vendido a arma para Luciano José dos Santos (vulgo “Balotelli”, “Coroa”, ou “Tigrão”). Que Daniel de França Pires (vulgo “Charada”) é um membro bastante ativo da organização e atualmente exerce o cargo de administrador da Central de Crédito (“CDC”), ou seja, responsável por manter o cadastro de devedores na cidade de Brusque. Disse que quando uma pessoa fica em dívida com algum membro da organização, o devedor é incluído nesta lista para que então seja cobrado, podendo sofrer ameaças ou até violência física para quitar o débito, sendo que Daniel também exerce o comércio espúrio de drogas, principalmente crack, cocaína e maconha. Declarou que mesmo preso, Luciano José dos Santos (vulgo “Balotelli”, “Coroa”, ou “Tigrão”) continua membro ativo da organização criminosa e enquanto esteve em liberdade era representante de membros do alto escalão da facção. Que Luciano comprou o revólver calibre .38 de Marcelo Salum para incluir o armamento no paiol de armas da cidade de Brusque. Descreveu que as armas da facção ficam à disposição dos membros que queiram cometer crimes, tais como roubo e, após perpetrar o crime planejado, o integrante da organização deve restituir arma e pagar uma porcentagem do lucro auferido pelo empréstimo (fls. 7-9 do Inquérito 2, do Evento 1 do IP apenso).

Essa é, em síntese, a prova oral coletada ao longo da instrução criminal. Passo, a seguir, a análise individualizada dos delitos descritos na peça acusatória.

Com relação ao crime de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, com as causas de aumento em razão de haver emprego de arma de fogo, participação de criança ou adolescente e conexão com outras organizações criminosas capitulado no artigo 2º, § 2º, § 3º,

§ 4º, inciso I e IV da Lei 12.805/2013, da Lei n. 12.850/2013 e imputado aos acusados Luciano, Luciomario, Daniel, Paulo Roberto e Marcelo:

Consta dos autos que as investigações tiveram início em 15-10-2020, durante uma suposta ocorrência de tentativa de feminicídio, ocasião na qual Karolaine de França Pereira e Marcelo Salum da Costa estavam sentados em frente a casa deste, e Odair José Stumpf, ex-namorado de Karolaine, teria efetuado um disparo de arma de fogo na direção dela, enquanto passava conduzindo uma motocicleta.

Ouvidos pela Autoridade Policial, Marcelo e Karolaine disseram não terem visto as características da motocicleta ou do autor do disparo, mas que desconfiavam que o ex-namorado de Karolaine, Odair José Stumpf, pudesse ter praticado o delito, já que não aceitava o término do namoro.

Entretanto, durante diligências, o Delegado de Polícia que procedeu à oitiva de Marcelo e Karolaine percebeu algumas inconsistências nos depoimentos, suspeitando que eles estivessem faltando com a verdade. Assim, a fim de esclarecer o ocorrido, procedeu-se a apreensão do telefone de Marcelo e foi representado judicialmente pela autorização para acesso e extração de dados telefônicos, o que foi deferido.

Efetuada o acesso ao telefone e analisados os dados do aparelho, descobriu-se que o casal havia mentido para acobertar um tiro acidental efetuado pelo próprio Marcelo. Além disso, o aparelho continha diversas informações sobre supostas atividades ilícitas, como tráfico de drogas e organização criminosa.

Neste norte, os dados foram encaminhados à Divisão de Investigação Criminal de Brusque, onde se apurou que além de Marcelo mentir no registro da ocorrência policial, é integrante da organização criminosa PGC e tem envolvimento com o tráfico de drogas.

Além disso, foi possível identificar outros membros da organização criminosa e traficantes de drogas.

Extraí-se da denúncia que os acusados Luciano, Luciomario, Daniel, Paulo Roberto e Marcelo são integrantes da facção criminosa denominada Primeiro Grupo Catarinense PGC, de alta periculosidade, pois atua com um Estado paralelo ao Estado de Direito, na medida em que tem “leis/regras” e disciplina próprias, usa de violência para amedrontar e punir, além de aterrorizar o Estado de Santa Catarina com suas ondas de ataques.

Como consabido, o grupo criminoso atua em todo o Estado de Santa Catarina, dentro e fora dos presídios e penitenciárias, possuindo como finalidades precípuas a execução de crimes ou a viabilização de meios para a prática de ilícitos penais, em especial o tráfico de drogas, corrupção de menores, vendas e negociações de armas de fogo, roubos e homicídios. Sem dúvidas, trata-se de estrutura altamente organizada e hierarquizada, possuindo inclusive um estatuto, tendo cada membro função específica e bem definida.

Conforme narrado na denúncia, o Primeiro Grupo Catarinense PGC, foi criado em 3 de março de 2003, na Penitenciária da Capital, com o objetivo inicial de obter melhorias e condições

mais favoráveis aos reclusos. Em seguida, foi inaugurada a Penitenciária de São Pedro de Alcântara, que recebeu os presos mais perigosos do Estado, os quais passaram a difundir as ideias do grupo aos demais, desnaturando a intenção inicial, com intuito de angariar cada vez mais participantes para a facção, a fim de fortalecê-la.

No ano de 2007, parte dos membros da organização criminosa foram transferidos para Penitenciárias Federais, onde tiveram contato com integrantes de outras facções criminosas do Brasil, possibilitando, quando do retorno ao nosso Estado, a melhoria e organização da estrutura já existente, que era informal até então, com expansão do crime organizado para outras unidades prisionais e, depois, para as cidades catarinenses.

O Primeiro Grupo Catarinense (PGC) criou e mantém laços com o Comando Vermelho (CV), facção criminosa do Rio de Janeiro, sendo esta extremamente violenta, utilizando em suas atividades o emprego de arma de fogo, além de contar com a participação de adolescentes.

Ainda, de acordo com a denúncia, o Primeiro Grupo Catarinense está bem organizado, sendo a sua estrutura definida em estatuto próprio: A liderança colegiada é denominada de “Conselho”, consistente no “Primeiro Ministério”, ocupado por “fundadores” e tido como cargos vitalícios até contraordem (5 “irmãos”); e no “Segundo Ministério”, formado por membros “rotativos”, eleitos de dois em dois anos, com obrigatoriedade de estarem reclusos em São Pedro de Alcântara (10 “irmãos”), e que podem ser substituídos por um disciplina, ou um “irmão” capacitado. O Segundo Ministério tem como obrigação se reportar ao Primeiro Ministério antes de tomar qualquer decisão que envolva a “nação”.

Os integrantes dos Ministérios não só exercem a liderança, mas também comandam o crime de dentro do sistema prisional e fortalecem aqueles que são presos por praticarem crimes para a facção.

Além disso, a organização criminosa conta com um Tesoureiro-Geral e com aqueles que exercem os outros cargos variados:

Dentre os cargos de menor escalão estão os Disciplinas, que são subdivididos em: disciplinas de cidade, de bairro, de galeria e de estado, os quais controlam toda a organização fora do sistema e podem ascender ao Segundo Ministério, tendo como atividade ordinária auxiliar os membros do Conselho na resolução das “situações”.

O Disciplina tem suas atribuições variadas, a depender do cargo exercido, isto é, o disciplina de galeria é o responsável por manter a ordem e a disciplina em uma determinada galeria prisional, resolvendo os problemas do dia a dia e repassando-os ao Conselho. O disciplina geral do estado é a “voz no estado”, responsável por repassar todos os “salves” do Conselho que são intermediados.

Em algumas cidades, há até cinco disciplinas. Um encarregado de cuidar e obter armas de fogo. Um supervisor das operações envolvendo drogas (compra, recebimento, guarda, distribuição para os locais de venda, fiscalização do comércio e das pessoas que dele participam, etc). Há um disciplina responsável pelo “rigor”, que pode ser entendido como o cumprimento das decisões do Conselho aplicáveis aos membros. A organização da facção é incumbência de outro disciplina.

Já o quinto disciplina tem atribuição de realizar os atos de inclusão no grupo e cadastramento dos integrantes, recolhimento do dízimo, programação das reuniões e repasse das informações ao disciplina geral.

Há também os Sintônias, que são os membros responsáveis por levar os “salves” para os presídios federais e por trazer os “salves” para os estabelecimentos estaduais e para os “irmãos” que estão na rua; além dos Membros, que são aquelas pessoas que apenas se filiam à facção, sem cargos definidos.

A estrutura conta atualmente com cerca de 15 mil filiados neste Estado e arrecada muito mais de R\$ 2 milhões de reais por ano, sendo que os crimes preferidos pelo grupo criminoso são o tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, crimes contra o patrimônio, os quais, geralmente, proporcionam maior lucro e crimes do estatuto do desarmamento.

O objetivo da facção criminosa está estampado em seu estatuto, elaborado pelos próprios membros com base em estatutos de outras facções criminosas. Consiste em fazer o crime nos moldes que o grupo estipula como correto, angariando valores com a prática de ilícitos, repassando parte do lucro à facção. Além disso, os integrantes devem contribuir mensalmente com o denominado “dízimo”, valor depositado em contas de terceiros e transmitido para manutenção do grupo.

Todo membro é obrigado a pagar a mensalidade para a facção criminosa, com exceção dos presos libertos, os quais têm até três meses de carência para fazê-lo. Havendo atrasos, no quinto mês, há a cobrança com “rigor”, pois o objetivo é arrecadar o maior vulto financeiro possível, a fim de investir no tráfico de drogas e fomentar a renda dos membros do Conselho.

Além da mensalidade, os filiados ainda são obrigados a repassar à facção 10% de todo o lucro que angariam com a prática de crimes.

O lucro angariado com as práticas criminosas bem como com o recolhimento do dízimo é utilizado pela facção criminosa para obtenção de armamentos e drogas, além do transporte e manutenção dos familiares dos presos, pagamento de advogados, corrupção de agentes públicos, e o abastecimento de um caixa central, que serve como uma espécie de “fundo de reserva”.

Os integrantes do PGC estabeleceram entre si uma divisão de atribuições, alternando a execução de atos criminosos, sempre conscientes das finalidades do grupo e do papel de cada um no esquema, a fim de melhor desenvolver e aperfeiçoar a facção, dificultando assim a identificação dos membros, criando, ainda, obstáculos a sua repressão.

Tratando-se de uma organização criminosa moldada no conceito “empresarial”, os membros possuem atribuições específicas, sendo que nos pontos mais altos da estrutura, os agentes exercem cargos de comando e coordenam os subalternos, além de propiciarem recursos, precipuamente armas de fogo e drogas, a fim de viabilizar a prática de crimes.

Além disso, os líderes do grupo, em muitas ocasiões, costumam agir como intermediários ou provedores de recursos, deixando que os membros de menor relevância, inclusive adolescentes, pratiquem os crimes, evitando exposições desnecessárias e eventual responsabilização criminal.

A organização criminosa, por meio de seus líderes (Primeiro e Segundo Ministério), emitiu comandos (conhecidos por “salve”) com o intuito de implantar o caos social em Santa Catarina, por meio da execução de atos criminosos atentatórios à ordem pública e à segurança das instituições constituídas, além de atingir os agentes das forças de segurança, na intenção de enfraquecer a soberania e o Estado Democrático de Direito.

Segundo extrai-se da jurisprudência Catarinense: “Em uma estimativa de cinco períodos distintos (1ª onda: abril e maio de 2011; 2ª onda: novembro de 2012; 3ª onda: janeiro a fevereiro de 2013; 4ª onda: maio de 2013; e 5ª onda: setembro a outubro de 2014), ônibus e veículos particulares foram incinerados, repartições policiais, do sistema prisional e de outros órgãos públicos, especialmente de segurança, atingidas com artefatos explosivos e disparos de arma de fogo, assim como residências de policiais e agentes penitenciários tornaram-se alvo de tiros, culminando a selvageria com a morte, em Criciúma, de um agente penitenciário aposentado, em 29.9.14.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0005797-85.2014.8.24.0045, da Capital, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 15-08-2017).

De bom alvitre destacar, aliás, que esta Comarca já foi alvo de dois episódios gravíssimos de incêndio à veículos por parte de integrantes do Primeiro Grupo Catarinense, promovendo um terror nunca antes enfrentado pela sociedade local.

Cabe destacar ainda, o grande poder de comando dos chefes das organizações criminosas que tomaram conta de nosso sistema penitenciário à nível nacional e a fidelidade de seus membros, com tomada de decisões que afetam inclusive o sistema eleitoral brasileiro, como se pode constatar nas recentes eleições nacionais que envolveram a escolha aos cargos de Presidente da República, Governador, Senador, Deputado Federal e Estadual.

Público e notório, posto que amplamente divulgado pela mídia nacional, a interceptação de uma orientação e/ou determinação dos chefes do crime organizado que partiu de dentro das prisões recomendando o sufrágio a um determinado candidato à Presidência da República, imediatamente repudiado e coibido pela nossa Justiça Eleitoral.

Da peça inaugural, verifica-se que a prática criminosa imputada aos acusados Luciano, Luciomario, Daniel, Paulo Roberto e Marcelo é definida na Lei n. 12.850/2013, nos seguintes termos:

“Art. 2º. 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.

‘§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

‘§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

‘I - se há participação de criança ou adolescente [...]

‘IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes”.

O tipo penal incriminador constitui norma penal em branco homogênea, cuja definição é fornecida pela própria Lei n. 12.850/2013, especificamente seu art. 1º, § 1º:

“Art. 1º. Esta Lei 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.

‘§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Assim, é possível extrair que os elementos definidores de organização criminosa são: a) a pluralidade de agentes (associação de quatro pessoas ou mais); b) a estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; e c) a finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais graves ou transnacionais.

Todas essas elementares encontram-se comprovadas, uma vez que, nestes autos, foram identificados cinco (5) possíveis membros atuantes.

Além disso, a estrutura ordenada, caracterizada, pela divisão de tarefas e que consiste, na hipótese, na hierarquia estrutural do PGC, é indiscutível, conforme inclusive já narrado acima. Também inexistem dúvidas com relação à estabilidade e permanência do grupo.

Por óbvio que não se trata de mero agrupamento ocasional de pessoas para o cometimento de infrações penais, mas sim de estrutura altamente planejada e coordenada, ainda que a dinâmica do dia a dia da facção criminosa faça com que cada agente assuma tarefa variada, sem rigidez quanto à forma de realizá-la.

Todavia, é notória a existência de escalonamento, o qual permite a ascensão no âmbito interno, com chefia (representantes dos Ministérios e disciplinas) e chefiados, mesmo que com informalidades, até mesmo por se tratar de atividade criminosa e, por consequência, clandestina.

A estabilidade e a permanência do grupo, *in casu*, elementares implícitas do crime e que diferem a organização criminosa de uma participação ou mero acordo de vontades, estão igualmente presentes.

Isso porque, de acordo com o extraído do seu próprio estatuto, o Primeiro Grupo Catarinense foi fundado em 3-3-2003 e, após as inúmeras ondas de atentados perpetrados contra o nosso Estado, a organização tornou-se altamente conhecida e vem se fortalecendo, angariando cada vez mais membros.

Cumprir anotar que mesmo que alguns membros sejam trocados, sobretudo em virtude de prisões, o crucial é a permanência do grupo e a sua estabilidade e propósitos definidos.

De todo pertinente, por isso mesmo, a lição de Renato Brasileiro de Lima: “Pouco importa que os componentes da organização criminosa não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. Na verdade, basta que o fim almejado pelo grupo seja o cometimento de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional”. (Legislação criminal especial comentada. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 494).

A finalidade de obtenção de vantagem mediante a prática de infrações penais graves também é amplamente manifesta.

De acordo com os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, para enquadrar-se na Lei 12.850/13 o grupo de agentes deve ter o objetivo de “alcançar uma vantagem (ganho, lucro, proveito), como regra, de cunho econômico, embora se permita de outra natureza (disputa de poder; conquista de votos, ascensão a cargo ou posto etc.)”, e o “meio para alcançar referida vantagem se dá por intermédio da prática de infração penal”, que deve possuir pena superior a quatro anos (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2, p. 686-687).

Como consabido na prática forense, parte dos rendimentos do PGC têm origem no tráfico de drogas, empreendido dentro e fora das prisões, além da prática de crimes patrimoniais, em especial roubos, furtos, sequestros e extorsões, de modo que caracterizada mais esta elementar do tipo penal.

Importante destacar que, em se tratando de delito formal, o disposto no artigo 2º, da Lei n. 12.850/13 configura-se com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes com pena máxima superior a quatro anos, ou de caráter transnacional, de modo que a sua consumação independe da prática de ilícito penal pelos membros reunidos.

Convém anotar também que a conduta imputada aos acusados é a de integrar organização criminosa, independentemente de ser, ou não, fundador. Basta que o agente faça parte, na condição de membro, estando encarregado de uma das tarefas dentro da facção, ainda que não venha a praticar nenhum ato relativo aos crimes fins, desde que tal adesão tenha por escopo direta ou indiretamente, a obtenção de vantagem de qualquer natureza.

Desta forma, vislumbra-se que as elementares constitutivas da atual definição legal de organização criminosa encontram-se preenchidas no caso em análise, destacando-se que “a existência dessa organização criminosa, o conteúdo de seus estatutos, sua estrutura organizacional, hierarquizada e com clara divisão de tarefas, integrada por níveis superiores e deliberativos, conhecidos como Ministérios, níveis intermediários, conhecidos como disciplinas, sejam os disciplinas de cidades, os disciplina de bairros, etc, suas regras de conduta, são fatos hoje já públicos

e notórios, que dispensam demonstração. Não se trata de fatos conhecidos apenas pelas autoridades, mas por toda a população do Estado, que ganharam notoriedade especialmente após as ondas de atentados patrocinados por essa organização e que assolaram o Estado de Santa Catarina nos anos 2012 e 2013” (TJSC, HC 2014.076842-8, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 25.11.14).

A denúncia imputa aos acusados, ainda, as causas de aumento de pena previstas no § 2º e 4º, incisos I e IV, do dispositivo legal em comento, por haver emprego de arma de fogo, participação de criança ou adolescente e conexão com outras organizações criminosas independentes.

Não há dúvidas de que o Primeiro Grupo Catarinense trata-se de organização criminosa fortemente armada, que vem controlando o tráfico de drogas e outros crimes em nosso Estado, mantendo uma disputa sangrenta e diversos confrontos com o PCC - Primeiro Comando da Capital -, de São Paulo, a mais temida facção do País, que deseja expandir território em Santa Catarina.

Conforme extrai-se do voto do Desembargador Sérgio Rizelo nos autos da Apelação Criminal n. 0005797-85.2014.8.24.0045, da Capital:

“Ninguém discordará que a violência, em seus diferentes níveis, é a forma usual de administrar o tráfico de drogas, principal atividade das facções criminosas, pois todos concordam que, se não há lei que ampare essa atividade, as armas impõem, pelo temor que infundem, a vontade dos donos do negócio. Logo, a organização criminosa que empreende a comercialização de narcóticos garante-se, interna e externamente, pela intimidação. Como o sucesso da atividade, que depende da venda a varejo em pontos bem localizados e protegidos (os quais, na linguagem por eles utilizada, são chamados de ‘biqueiras’ ou ‘baias’), é fundamental, o melhor modo de garantir e de manter o sossego do comércio é assegurar, pela força, o domínio da área circunvizinha. Por isso ninguém vê nem sabe nada. Os adolescentes são cooptados porque, a par de suas vulnerabilidades psicológicas, seus incertos sancionamentos, quando ocorrem, livram imputáveis de responder pela atividade ignóbil, e eles ainda ‘lucram’ mais do que se cumprissem jornadas diárias no mercado formal de trabalho, tudo a torná-los soldados ideais para tal mercancia. Para defender suas ‘biqueiras’, aniquilar a concorrência e calar quem se opõe à atividade delituosa é que as facções criminosas usam armas de fogo: isso ninguém pode desconhecer ou negar.”

Insta salientar que de acordo com o entendimento predominante, não é preciso haver o emprego de arma de fogo por todos os membros da organização criminosa, bastando que um só integrante esteja armado para que todos respondam pela causa de aumento.

Neste sentido é, inclusive, o entendimento da Suprema Corte:

“[...] A utilização de arma por qualquer membro da quadrilha constitui elemento evidenciador da maior periculosidade do bando, expondo todos que o integram à causa especial de aumento de pena prevista no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Para efeito de configuração do delito de quadrilha armada, basta que um só de seus integrantes esteja a portar armas. [...]” (HC 72.992-SP. Relator Ministro Celso de Mello).

A aludida causa de aumento deve ser aplicada pelo uso comum e propriedade dos artefatos

pela organização criminosa como um todo, devendo-se atentar, todavia, que a prática de infrações penais autônomas, *in casu*, porte/posse das armas de fogo somente deve ser imputada aos seus autores, em concurso material com o delito ora apurado, para o qual basta a prova da união estável e permanente do grupo visando ao empoderamento bélico.

Registra-se que “da mesma forma que hoje prevalece no campo do roubo, não é preciso apreender a arma de fogo e periciá-la para que incida esta causa de aumento” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2, p. 693).

Por último, imperativo ressaltar que apesar de o dispositivo em comento referir a expressão “emprego”, o que torna a organização criminosa mais perigosa não é o efetivo disparo com o artefato bélico, mas o uso dele para garantir maior intimidação e a possibilidade de disponibilizá-lo aos associados.

Vale frisar, aliás, que segundo consta na denúncia e foi apurado no decorrer da instrução criminal, as investigações iniciaram porque o denunciado Marcelo estava na posse de uma arma de fogo e, acidentalmente, acabou disparando e atingindo a própria perna.

Além disso, os denunciados Luciano e Luciomario já foram condenados em outros processos por possuírem armas de fogo sem a devida regulamentação.

Dessa forma, a ausência de apreensão de armas de fogo nos presentes autos não impede o reconhecimento da majorante em questão, uma vez que o PGC é notoriamente conhecido como organização criminosa armada, estando os artefatos bélicos a disposição do grupo como um todo, inclusive dos membros identificados nestes autos, por previsão expressa do seu Estatuto.

Portanto, imperativo o reconhecimento da majorante prevista no artigo 2º, §2º, da Lei n. 12.850/2013, uma vez que tratam-se de acusados integrantes da facção criminosa armada Primeiro Grupo Catarinense - PGC.

Também pesa contra os acusados, além da majorante específica referente ao uso de armas de fogo, a causa de aumento de pena prevista no artigo 2º, §4º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013, pelo fato de a facção criminosa envolver criança ou adolescente.

Segundo extrai-se dos autos da Apelação Criminal de n. 0005797-85.2014.8.24.0045, da Capital, de relatoria do Desembargador Sérgio Rizelo:

“É também conhecido que o PGC elaborou um programa intitulado ‘Projeto Menor do Morro’, cuja finalidade é ‘capacitar’ e ‘lapidar’ menores de idade para o trabalho realizado pelo grupo delitivo, especialmente em relação às missões a serem desempenhadas, pois, caso descobertos, o sancionamento imposto será mais brando. ‘O projeto teve início após a percepção do prejuízo sofrido pelo agrupamento com as inúmeras prisões ‘dos irmãos’ depois do período dos atentados em Santa Catarina, o que levou o PGC a concluir que as atuações teriam sido menos impactantes, caso, na época, utilizassem desta mão de obra específica para implementá-los. (vide autos 0001206-31.2013.8.24.0008, 0007234-62.2016.8.24.0023, 0003421-82.2015.8.24.0113; 0003434-81.2015.

8.24.0113; 0003472-93.2015.8.24.0113; 0003513-60.2015.8.24.0113; 0003718-89.2015.8.24.0113; 0004637.78.2015.8.24.0113; e 0003833-13.2015.8.24.0113). ‘Durante as ondas de ataques ao Estado, a participação da faixa etária em questão tornou-se mais evidente e comprovou que a tática usada pelos criminosos já havia sido iniciada, porquanto inúmeros foram os feitos nos quais se imputou atos infracionais de incêndio aos adolescentes ligados ao PGC. Veja-se um exemplo: ‘APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE INCÊNDIO (ART. 250, § 1º, INC. II, DO CP), INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º DA LEI N. 12.850/13) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03). ADOLESCENTE QUE, A MANDO DO GRUPO CONHECIDO COMO PGC, MUNIDO DE ARMA DE FOGO, INCENDIOU ÔNIBUS DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. AFASTADA ALEGAÇÃO DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL ANTE A FARTA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS E A PRÓPRIA CONFISSÃO POLICIAL E JUDICIAL DO REPRESENTADO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PROVA PERICIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA DE PORTAR ILEGALMENTE ARMA DE FOGO. ASSOCIAÇÃO COM GRUPO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONFESSADA E EXALTADA PELO ADOLESCENTE. CONFIRMADA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO E A APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, EVIDENTEMENTE NECESSÁRIA NO CASO, NÃO SÓ PELA GRAVIDADE DA CONDUTA, MAS TAMBÉM PELA EVIDENTE PERICULOSIDADE, PELA REITERAÇÃO INFRACIONAL E PELA INEFICÁCIA DE OUTRAS MEDIDAS ANTERIORES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Ap. Crim. 0137718-84.2014.8.24.0008, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 6.12.16).’

Ora, por demais consabido que o Primeiro Grupo Catarinense, assim como outras facções criminosas, alicia menores não só para o exercício do tráfico de drogas, mas também para a prática de outros crimes e enfrentamento do Poder Público nas ondas de ataques, utilizando-o como “soldados”, cientes de suas inimizabilidades penais, a fim de eximir a responsabilidade dos integrantes maiores de idade.

Guilherme de Souza Nucci ensina que “o termo participação significa tomar parte, podendo ser entendido tanto no contexto dos adolescentes integrantes efetivos do agrupamento (concurso impróprio) como também pela instrumentalização de crianças e adolescentes (autoria mediata). Dessa forma, detectada a ligação do menor de 18 anos à organização criminosa, cabe a incidência da causa de aumento.” (Leis penais e processuais penais. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2, p. 694).

Assim, verifica-se que há prova suficiente nos autos de que os acusados aliciavam menores para as práticas delitivas, especialmente o tráfico de drogas, que era exercido em prol da organização criminosa PGC.

Na hipótese, verifica-se que em uma das conversas extraídas dos aparelhos celulares dos acusados, Marcelo conversava com Luciomario sobre autorização para traficar em determinado ponto da cidade e mencionava que precisava pôr adolescentes para trabalhar para si, para evitar “dar as caras” e não ser preso.

Ainda, verificou-se que o denunciado Marcelo era o superior de Paulo Ricardo, e dos adolescentes João Henrique Ramos e Mateus Rubison de Souza, sendo que eles o ajudavam a distribuir a droga pela cidade e a revender aos usuários diretamente, além de outros menores de idade que trabalhavam em prol do grupo criminoso e que nem sempre são identificados.

Assim como ocorre com as armas de fogo, basta que o grupo criminoso como um todo envolva menores inimputáveis para a prática de seus ilícitos, não sendo necessário a comprovação de envolvimento específico no tocante a cada integrante.

Frente a esse contexto, estando devidamente comprovada a ligação de menores inimputáveis com o grupo criminoso PGC, deve incidir a causa de aumento de pena prevista no artigo 2º, §4º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013, nos moldes requeridos pelo Ministério Público.

Ainda, verifico que a causa de aumento relativa a manter conexão com outras organizações criminosas igualmente restou configurada, porquanto o Primeiro Grupo Catarinense (PGC) criou e mantém laços com o Comando Vermelho (CV), facção criminosa do Rio de Janeiro, havendo contato entre lideranças, facilitando que o crime organizado e objetivando unir forças contra a organização criminosa PCC, haja vista a disputa territorial existente.

Os próprios agentes públicos ouvidos nos autos destacaram que o Primeiro Grupo Catarinense é aliado ao Comando Vermelho para impedir a entrada do PCC na cidade.

Aliás, a manutenção de conexão da organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense - PGC - com outras organizações criminosas independentes a exemplo do “Comando Vermelho” é fato público e notório, já reconhecido em diversos processos no Tribunal de Justiça deste Estado. A propósito:

“APELAÇÃO CRIMINOSA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, §2º, §3º E §4º, IV, DA LEI 12.850/2013). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. [...] PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. CONJUNTO PROBATÓRIO CONVICTENTE A INDICAR QUE OS RÉUS INTEGRAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (PRIMEIRO GRUPO CATARINENSE - PGC). [...] DOSIMETRIA. [...] TERCEIRA FASE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO §2º, DO ART. 2º, DA LEI 12.850/2013. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS PARA INDICAR QUE O PGC EMPREGA ARMA DE FOGO. ESTATUTO DA ORGANIZAÇÃO QUE DISPÕE EXPRESSAMENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DE ARMAMENTO. DEPOIMENTOS QUE REVELAM O PODER BÉLICO DO PGC. ADEMAIS, FATO PÚBLICO E NOTÓRIO JÁ REVELADO EM OUTROS JULGADOS DESTA TRIBUNAL. PRESCINDIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, APREENSÃO E DE COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE DOS ARTEFATOS BÉLICOS. RECURSO DESPROVIDO NO PONTO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 2º, §4º, IV, DA LEI 12.850/2013. IMPOSSIBILIDADE. CONEXÃO COM OUTRAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DEVIDAMENTE COMPROVADA. PROVA ORAL DEMONSTRANDO A LIGAÇÃO DO PGC COM O “COMANDO VERMELHO - CV” E COM A “FAMÍLIA DO

NORTE - FDN”, ATUANTES RESPECTIVAMENTE NOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO E AMAZONAS. COOPERAÇÃO ENTRE ORGANIZAÇÕES PARA O COMÉRCIO DE DROGAS E ARMAS. AUMENTO MANTIDO.” [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0001091-28.2014.8.24.0023, da Capital, rel. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 10-05-2018) - grifei.

Feitas tais considerações iniciais, observo que as condutas descritas na denúncia se amoldam perfeitamente ao fato típico delineado no artigo 2º, *caput*, e §§2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/2013.

É importante destacar, inicialmente, a ausência de qualquer circunstância a mitigar a inafastável eficácia probatória dos depoimentos do Delegado de Polícia e Policiais Civis ouvidos nos autos que, na qualidade de agentes estatais, incumbidos de concretizar a repressão penal, apenas exerceram o *munus* que era exigível, em especial se considerarmos que as declarações prestadas foram corroboradas por outros meios de prova.

Os depoimentos dos policiais possuem presunção de veracidade *juris tantum*, e, quando firmes, harmônicos entre si e convincentes exatamente como no caso em comento mostram-se meios eficazes para embasar a condenação criminal.

As palavras dos agentes estatais não são meras especulações ou presunções aleatórias, mas escoradas em intensa e bem sucedida investigação, que perdurou por diversos meses até se apurar a autoria de todos os envolvidos.

Evidentemente, há de se destacar que as declarações prestadas pelos agentes públicos que participaram das investigações e lograram êxito em elucidar o grande esquema envolvendo os acusados, são firmes e harmoniosas com os demais elementos de convicção presentes no caderno processual, merecendo credibilidade.

Verifica-se que cada um dos policiais ficou incumbido de importante papel durante a investigação, sendo que alguns deles participaram diretamente dos trabalhos investigativos, enquanto outros participaram apenas do cumprimento dos mandados de prisão e busca e apreensão. Contudo, cada um dos agentes públicos narrou perante este juízo de forma clara e sem demonstrar qualquer interesse particular na condenação dos acusados a função de cada um neste esquema criminoso.

Não ficou demonstrado, portanto, nenhum indício de que os acusados tivessem sofrido perseguição pelos policiais atuantes nas investigações destes autos, de modo que plenamente válidas e suficientes a amparar a condenação criminal as declarações prestadas pelos agentes públicos.

Ressalta-se também que segundo anunciado pela Autoridade Policial, a investigação se iniciou na DPCAMI, uma vez que os fatos inicialmente narrados mencionavam que a companheira do denunciado Marcelo havia sido vítima de uma tentativa de homicídio, contudo, no decorrer das investigações, foi apreendido e analisado o aparelho celular do acusado, onde se verificou indícios de seu envolvimento com o tráfico de drogas, cooptando menores, além de seu envolvimento em organização criminosa juntamente com outras pessoas.

Nesse sentido, cumpre anotar que a maior parte (senão todos) os membros do PGC possuem apelidos junto ao grupo, prática usual entre os integrantes de organização criminosa no afã de se identificarem entre si e dificultarem a identificação por parte das autoridades públicas.

Diante disso, é plenamente possível e válido que os acusados tenham sido identificados por seus apelidos, quando confrontados e confirmados com os demais dados coletados pela Autoridade Policial e seus agentes, até mesmo porque tratam-se de integrantes de organização criminosa que atua de maneira clandestina, não havendo um registro público em cartório demonstrando quem são os filiados ao PGC.

Logo, os dados coletados pela Polícia Civil a partir da intensa investigação realizada nestes autos são elementos válidos e merecem acolhida.

Com isso, passo, a seguir, à análise individualizada da autoria e culpabilidade dos acusados quanto ao crime de integrar organização criminosa que lhes é imputado na exordial acusatória.

1. Luciano José dos Santos, vulgo “Tigrão”, “Coroa” ou “Cachorrão”:

Luciano José dos Santos já conhecido de longa data pelo envolvimento com a facção criminosa e inclusive se encontrava preso por outros crimes até pouco tempo atrás. Desde meados de 2020 haviam informações e denúncias dando conta da narcotraficância praticada por ele. Ainda, tem-se que é membro do alto escalão da organização criminosa, ajudando nas decisões relevantes, com funções de comando, chegando a comprar um revólver de Marcelo para incluí-lo no paiol de armas da cidade de Brusque-SC e deixá-lo à disposição dos integrantes da organização criminosa.

Há denúncia anônima juntada na fl. 5 do Inquérito Policial 8, Evento 1 do IP apenso, onde o denunciante informa que o acusado Luciano é participante ativo na organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense, laborando em prol do tráfico de drogas.

Na época em que estava em liberdade, Luciano exercia a função de “disciplina geral da cidade”, mais alto cargo de um membro dentro de uma cidade, o qual esta incumbido de gerenciar o trabalho dos demais membros da facção, manter contato com os superiores, repassar as eles as situações que precisam de uma solução, decidir pendências, determinar consequências aos membros que não cumprem seu papel, bem como fiscalizar a ação dos demais membros que possuem funções de comando, como “sintonia”, “dizimista”, “CDC”, etc.

O depoimento da testemunha sigilosa, integrante do PGC, anexado às fls. 7-9 do Inquérito Policial 2, Evento 1 do IP apenso, também aponta para a participação de Luciano na organização criminosa, descrevendo suas alcunhas e mencionando que o acusado era membro ativo do grupo, mesmo quando estava preso, e, quando em liberdade, era representante de membros do alto escalão da facção, tendo adquirido o revólver do denunciado Marcelo para incluir no paiol de armas da cidade de Brusque.

O policial civil Guilherme destacou que o denunciado Luciano tinha muita influência dentro do grupo criminoso, sendo um dos representantes da facção dentro do Estado, sendo que nas mensagens apenas eram citados os apelidos dele, “Balotelli”, Tigrão e Coroa”, mas não o nome.

O delegado de polícia responsável pelas investigações declarou que Luciano já havia sido preso anteriormente por tráfico de drogas e exerceu o cargo de disciplina geral da facção dentro da cidade de Brusque, sendo o responsável por fazer contatos com o alto escalão do grupo criminoso, repassar informações e, após ser preso, passou o cargo de disciplina geral ao denunciado Luciomario.

Os agentes públicos Charles e Dennis prestaram depoimento no mesmo sentido, afirmando que “Coroa” possuía uma liderança dentro da facção, atuando como disciplina geral do município, gestor da organização.

Em uma das conversas transcritas nos relatórios de investigação, datada de 03/10/2020, o denunciado Marcelo presta contas ao denunciado Luciomario, dizendo que “Balotelli” pediu que lhe deixasse ciente, pois recentemente havia sido preso e que já havia entrado em contato com ele, o que demonstra que Luciano possuía uma função de poder, mesmo preso.

Em outra conversa, em 29/09/2020, Luciomario afirma que a pessoa que possui o “verde”(maconha) é o “Balotelli”. Em mais um diálogo, o denunciado Marcelo menciona que seu fornecedor de drogas na época era “Balotelli”

Assim, verifica-se que o fato de o acusado estar preso não inviabilizou as suas práticas criminosas, até mesmo porque grande parte dos integrantes do PGC, especialmente os titulares dos cargos de liderança, encontram-se recolhidos nas unidades prisionais do Estado, de onde organizam os crimes e repassam as ordens para os membros em liberdade, fomentando cada vez mais a visibilidade da organização criminosa.

Frente a este contexto, verifica-se que o acusado possuía maior visibilidade e atuação dentro da organização criminosa, de sorte que o reconhecimento da agravante inculpada no parágrafo 3º do dispositivo legal em comento, tal qual requerido pelo Ministério Público, é medida necessária, uma vez que devidamente comprovada a sua condição de um dos líderes do PGC nesta urbe.

Diante de todo esse colacionado, não há dúvidas que até sua prisão, que aconteceu no mês de novembro de 2020, o acusado Luciano executava a função de comando de disciplina geral da cidade, atendendo as ordens e interesses do alto escalão do PGC, participando ativamente de grupo criminoso que atua usando armas de fogo nas práticas criminosas, bem como envolvendo adolescentes nas atividades ilícitas, devendo o acusado ser responsabilizado como incurso nas sanções do artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013.

2. Luciomário Brito dos Santos:

Luciomario Brito dos Santos trava longas e diversas conversas com o denunciado Marcelo, demonstrando estreitos laços entre eles, especialmente na prática do tráfico de drogas e integração na facção criminosa. Além disso, Luciomario exercia, ao menos na época dos fatos, cargo de disciplina geral da cidade de Brusque, responsável por organizar a estrutura criminosa, com função de comando a outros membros, após a prisão de Luciano, conforme já mencionado.

A denúncia anônima já mencionada, também aponta Luciomario como membro do grupo

criminoso, bem como descreve que ele é o “disciplina geral” da cidade, sendo o ocupante do mais alto grau hierárquico da organização no município, atuando de forma conjunta e coordenada aos outros membros no tráfico de drogas.

Nas conversas que o acusado mantém com o também denunciado Marcelo, datadas de outubro de 2020, este questiona Luciomario se é possível colocar adolescentes para realizarem o tráfico de drogas sob sua responsabilidade. Diz ainda que apoiará o projeto da facção na quantia de cem reais mensais e informa que parte do lucro auferido com a venda de drogas será destinado a custear despesas com advogados.

Resta claro que o acusado Marcelo busca orientações junto ao denunciado Luciomario, demonstrando a hierarquia existente entre eles, sendo que este menciona ser o “geral da cidade”, cargo máximo de liderança dentro do grupo criminoso no município.

Adiante, no diálogo, o acusado Luciomario explica a Marcelo como funciona a central de crédito da facção criminosa, mencionando que os dados do inadimplente devem ser repassados a pessoa de alcunha “Charada”. A expressão padrinho também é comumente utilizada pelos denunciados e por membros da facção, pois para adentrar no grupo criminoso eles precisam ser avalizados por outras pessoas, que serão seus padrinhos, que os batizam perante o grupo.

Aliás, o próprio acusado, ao ser ouvido em juízo, declarou que o que consta na denúncia é verdadeiro e que fez parte da facção criminosa, tendo ingressado em 2020, mas saiu em dezembro do mesmo ano, sendo que para tal teve que pedir autorização. Contudo, negou que fosse o “disciplina geral da cidade”.

O depoimento da testemunha sigilosa, integrante do PGC, anexado às fls. 7-9 do Inquérito Policial 2, Evento 1 do IP apenso, descreve que o denunciado Luciomario, ao menos na época dos fatos mencionados na denúncia, era membro ativo do grupo criminoso e exerceu até o final do ano de 2020 o cargo de “disciplina geral” ou “geral da cidade”, responsável por organizar a estrutura da facção criminosa neste município, distribuir hierarquias, comandar os faccionados, dirimir dúvidas e orientar os membros em como proceder no exercício das atividades escusas.

O policial civil Guilherme Simon esclareceu que nas conversas transcritas Luciomario se intitulava “disciplina geral” da cidade de Brusque e que o acusado Marcelo pediu aval a ele para vender drogas no Bairro Cedro Alto, nesta cidade. Ainda esclareceu que o denunciado Luciomario vendia cocaína em prol do grupo criminoso.

No mesmo sentido foram as declarações da Autoridade Policial responsável pelas investigações, a qual destacou que após o acusado Luciano ser preso, o denunciado Luciomario assumiu o cargo de “disciplina geral na cidade”.

Os agentes públicos Dennis e Charles também esclareceram que haviam conversas com o acusado Luciomario tratando sobre os pontos de vendas que este tinha em alguns bairros e ele se identificou como “Geral” e que após a prisão de Luciano, Luciomario assumiu a função de “disciplina geral” da facção na cidade.

Em trechos das conversas, ainda é possível perceber que o denunciado Luciomario utiliza a expressão “salve”, que se refere a um cumprimento comumente utilizado pelos integrantes de facções criminosas, bem como a expressão “forte e leal abraço”. Ainda, o denunciado repassava aos integrantes da base as diretrizes para o que poderia ou não ser feito, bem como quais as consequências disso e como funcionaria o processo, orientando os membros com a superioridade que o cargo permitia.

Diante de todo esse colacionado, não há dúvidas que na época dos fatos mencionados na denúncia, o acusado Luciomario executava a função de comando de disciplina geral da cidade, participando ativamente de grupo criminoso que atua usando armas de fogo nas práticas criminosas, bem como envolvendo adolescentes nas atividades ilícitas, devendo o acusado ser responsabilizado como incurso nas sanções do artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013.

3. Daniel de França Pires, vulgo “Charada” ou “Charadinha”:

De acordo com o apurado, o acusado Daniel de França Pires possui envolvimento com a organização criminosa PGC desde a menoridade, tendo inclusive sido investigado nos autos do inquérito policial relativo à Operação Opus, que desencadeou a ação penal n. 0004319-42.2017.8.24.0011 e condenado por integrar a organização criminosa na Operação Realeza, nos autos n. 0004552-05.2018.8.24.0011, com sentença prolatada mês de janeiro do ano de 2020.

A referida ação penal está relacionada ao envolvimento de Daniel com a organização criminosa até o dia 10-12-2018 (data do oferecimento da denúncia naqueles autos). Naquele feito, Daniel foi condenado à pena de cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e cento e seis (106) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 2º, *caput*, e §§ 2º, 3º e 4º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013, por integrar o PGC na qualidade de disciplina do Bairro Águas Claras.

Contudo, o denunciado, agora conhecido pelo vulgo “Charada” ou “Charadinha”, mesmo após ter sido condenado, continuou a integrar o grupo criminoso, sendo um dos padrinhos do acusado Marcelo na facção e denunciado nos presentes autos por ser o responsável pela central de crédito do grupo criminoso, denominada “CDC”.

Em meados do ano de 2020, durante a investigação relacionada aos presentes autos, Daniel apareceu em diversas conversas, tratando especialmente de assuntos sobre o tráfico de drogas e organização criminosa. Em sua residência, foram apreendidos dois telefones celulares e cartas ligadas ao grupo criminoso. Além disso, na época dos fatos narrados na denúncia, era o responsável por comandar a central de crédito da organização, denominada “CDC”, mantendo o cadastro de pessoas que deviam à facção.

O depoimento da testemunha sigilosa anexado às fls. 7-9 do Inquérito Policial 2, Evento 1 do IP apenso, revela que o acusado Daniel, vulgo “Charada”, ao menos na época dos fatos narrados na denúncia, era membro bastante ativo da facção criminosa e exercia o cargo de administrador da Central de Crédito (CDC), responsável por manter o cadastro de devedores da cidade de Brusque, os quais poderiam ser ameaçados e, inclusive, poderiam sofrer até violência física para quitar os

débitos. O depoente ainda relatou que o acusado Daniel também exercia o comércio espúrio de drogas, principalmente crack, cocaína e maconha, em prol do grupo criminoso.

Cabe mencionar que em uma conversa entre os acusados Luciomario e Marcelo, àquele explica a este como funciona a central de crédito da facção e diz que os dados devem ser repassados a “Charada”, responsável pelo “CDC” e ainda menciona que este é seu padrinho dentro da facção criminosa e fornecedor de drogas.

Em certa oportunidade, o acusado Daniel utilizou o aparelho celular de Marcelo para travar diálogos com Guilherme de Almeida Bavaresco, vez que seu aparelho estava sem bateria. As conversas tratam abertamente sobre o comércio espúrio de drogas.

Em outras conversas, datadas de 06/10/2020, tidas entre Marcelo Salum da Costa Junior e André Leonardo Fachi, o primeiro realiza uma cobrança em face do segundo, sendo que Marcelo relatou os fatos a Luciomario, “Disciplina Geral” e posteriormente ao denunciado Daniel, que era responsável pelo cadastro de inadimplentes da facção.

Ambos os acusados, Luciomario e Daniel, lideranças do grupo criminoso, enviaram mensagens ao denunciado Marcelo acerca das medidas a serem adotadas contra o devedor, as quais este repassou a André, para que tomasse conhecimento das sanções que poderiam ser impostas caso não cumprisse com sua obrigação.

Ao ser ouvido em juízo, o denunciado Daniel declarou que foi “batizado” no grupo criminoso com 16 anos de idade e com 18 anos foi preso por tráfico de drogas, sendo que após sair da cadeia, em 2020, pediu sua exclusão da facção para o “Primeiro Ministério” e, enquanto não vinha a resposta, continuou pagando o dízimo. Assumiu que já ocupou o cargo de disciplina geral do Bairro Águas Claras, no qual também vendia drogas.

Aliás, mesmo que o acusado tenha negado possuir os apelidos de “Charada” ou “Charadinha”, nas fls. 13-14, do Inquérito Policial 6, Evento 1 do IP apenso, é possível perceber o denunciado Marcelo conversando com o próprio Daniel, mas a conversa está apagada, contudo, o nome que Marcelo tem salvo como sendo Daniel é “Charadinha”, comprovando que o apelido lhe pertence.

Em algumas conversas, percebe-se claramente Daniel, Marcelo, Paulo Ricardo e Leonardo articulando que precisam verificar sobre uma dívida que Leonardo possuía com a traficante Chaiani, sendo que isso foi debatido e ele foi inscrito no “CDC” por Daniel, sendo lhe dado prazo para pagamento, e se não pagasse, sofreria as consequências que a facção determinasse.

O policial civil Guilherme esclareceu que o denunciado Daniel realizou cobranças de uma das pessoas que fez a venda de drogas para ele, destacando que ele era o representante do “CDC” dentro da facção criminosa, sendo o responsável por registrar pessoas que tinham algum tipo de dívida com a organização. Que em uma das conversas, verificou-se que quando o usuário possuía dívidas e não pagava, o membro responsável por cobrá-lo ficava com parte do pagamento. Que se a pessoa não pagasse, poderia ser cobrado de qualquer outra forma, inclusive violenta.

O agente público Dennis também descreveu que nas mensagens extraídas dos aparelhos celulares apreendidos nos autos o acusado Luciomario diz que o denunciado Daniel possui cargo de “CDC”, cobrando os devedores da organização e diz que Daniel é um de seus padrinhos.

Diante de todo esse colacionado, não há dúvidas que na época dos fatos mencionados na denúncia, o acusado Daniel executava a função de responsável pela central de crédito do grupo criminoso, denominada “CDC”, participando ativamente de grupo criminoso que atua usando armas de fogo nas práticas criminosas, bem como envolvendo adolescentes nas atividades ilícitas, devendo o acusado ser responsabilizado como incurso nas sanções do artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013.

4. Paulo Roberto Carneiro, vulgo “Mumu”:

Conforme apurado nos autos, Paulo Roberto Carneiro, vulgo “Mumu” foi condenado por este juízo nos autos n. 0004319-42.2017.8.24.0011 (referentes à operação OPUS) e também nos autos 0004552-05.2018.8.24.0011 (referentes à operação Realeza), ambos por integrar o PGC.

As referidas ações penais estão relacionadas ao envolvimento de Paulo Roberto Carneiro com a organização criminosa, na primeira até o dia 28-10-2017 e na segunda até 10-12-2018, datas do oferecimento das denúncias naqueles autos.

A denúncia oferecida no presente processo menciona que Paulo parou de atuar no grupo criminoso depois de um tempo em que estava preso, mas que recentemente voltou a entrar em “sintonia” com a facção e com seus aliados, especialmente o denunciado Marcelo, a fim de tocar seus pontos de venda de drogas espalhados pela cidade e arrecadar um dinheiro para contribuir com o bom andamento dos planos da organização criminosa.

Em uma conversa, datada de 03/10/2020, o denunciado Marcelo menciona que seu ponto de venda de drogas está cadastrado em nome de seu padrinho, “Paulo Mumu”, sendo este o responsável pelo ingresso daquele no grupo criminoso. Adiante, o acusado Marcelo afirma que o acusado Paulo Roberto deixou o ponto de venda de drogas sob sua responsabilidade e que todo o lucro advindo do comércio espúrio seria destinado a custear despesas com o advogado que colocaria a disposição do denunciado Paulo Roberto.

Contudo, muito embora hajam indicativos de que o denunciado Paulo Roberto tenha voltado a integrar a organização criminosa após permanecer um tempo preso, não há provas seguras para que seja novamente condenado pelo delito de integrar o grupo criminoso denominado PGC.

Ao ser interrogado em juízo, o acusado aduziu não ser verdade que Marcelo é seu afilhado dentro do PGC e que quando a pessoa quer integrar a facção pode colocar o nome de qualquer pessoa como padrinho. Que entrou no PGC em 2014, quando estava preso em Curitiba/SC, permanecendo no grupo criminoso até 2019, quando pediu sua exclusão, contudo, por possuir “pendências”, ainda não conseguiu se desligar totalmente.

Assim, o simples fato de ter sido mencionado por Marcelo como seu padrinho dentro da

facção e de ainda possuir um ponto de venda de drogas cadastrado em seu nome em um espaço mantido pelo PGC, desprovido de outros elementos mais robustos e concludentes, não permite a conclusão segura quanto à sua condição de ainda integrante da aludida organização criminosa na época dos fatos mencionados na denúncia.

Destaca-se, inclusive, que o policial civil Guilherme, ao falar sobre o denunciado Paulo Roberto, apenas descreveu que ele já foi alvo de outra operação e condenado por organização criminosa, tendo surgido numa conversa entre Marcelo e Luciomario, sendo o responsável pela comercialização de drogas em um bairro e um dos padrinhos de Marcelo.

O Delegado de Polícia Dr. Alex Bonfim Reis esclareceu que em uma das conversas Marcelo pede esclarecimentos acerca de pontos de venda de drogas e diz que assumiu os pontos de Paulo Roberto, vulgo “Mumu”, o qual admitiu tal situação em troca de uma porcentagem sobre a venda. Ainda disse que Marcelo foi batizado na facção criminosa por “Mumu” e Daniel, seu padrinhos dentro da organização. Ou seja, não apresentou nenhuma informação concreta quanto ao efetivo envolvimento do acusado com o PGC na época dos fatos narrados na presente denúncia.

Por demais consabido que o tráfico de drogas é comandado por organizações criminosas, sobretudo o PGC em nosso Estado, já que é a facção com mais membros e domínios em Santa Catarina, de modo que os traficantes que desejam efetuar a venda dos entorpecentes em espaços dominados pelo grupo são obrigados a repassar parte do lucro, sem que isso signifique que integram aquela determinada facção.

Nesse contexto, ainda que a testemunha sigilosa já mencionada, cujas declarações foram de suma relevância para identificação dos demais acusados como membros do grupo criminoso, tenha informado que Paulo Roberto ainda é integrante do PGC, o restante da prova produzida é invariavelmente frágil para justificar uma nova responsabilização criminal do denunciado.

Este juízo não afasta a possibilidade de o acusado ainda integrar o PGC, tal qual narrado na denúncia, uma vez que a negativa de autoria por si sustentada não se reveste de inquestionável credibilidade, pois todos os elementos levam à conclusão de que efetivamente ainda mantenha laços com a organização criminosa e, portanto, possua alguma vinculação com seus membros.

Porém, ainda assim, a condenação criminal exige a convicção racional formada a partir das provas produzidas nos autos, quando ratificadas sob o crivo do contraditório, não bastando conjecturas ou indícios para sua efetivação, os quais são suficientes à deflagração da ação penal, mas incapazes de, sem o respaldo probatório, fomentar a reversão do estado de inocência.

Concluo, portanto, haver frágeis elementos informativos que indiquem a autoria e culpabilidade do acusado quanto ao delito de integrar organização criminosa que lhe é apontado na peça acusatória, os quais, por não terem sido comprovados a contento pela acusação, são insuficientes para amparar a sentença condenatória, devendo as incertezas que permeiam o adequado esclarecimento dos fatos favorecer o acusado, com alicerce no princípio do *in dubio pro reo*.

Assim, imperativa a absolvição do acusado Paulo Roberto Carneiro, vulgo “Mumu”, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CPP.

5. Marcelo Salum da Costa Júnior, vulgo “Menor” ou “Gnomo”:

Marcelo Salum da Costa Junior teve aprendidos em sua residência dois pés de maconha, bem como pontas de cigarros artesanais da mesma substância. De acordo com as investigações, Marcelo, além de ser integrante da facção criminosa PGC, comercializa ilicitamente drogas e possui arma de fogo. Também foi possível identificar eventuais compradores e associados na prática dos delitos, alguns deles menores de idade.

O depoimento da testemunha sigilosa, integrante do PGC, anexado às fls. 7-9 do Inquérito Policial 2, Evento 1 do IP apenso, aponta para a participação de Marcelo na organização criminosa, descrevendo suas alcunhas e mencionando que o acusado foi batizado por Paulo Roberto, vulgo “Mumu”, na época em que estavam presos juntos, bem como, que ao deixar a unidade prisional, Marcelo assumiu os pontos de venda de drogas pertencentes ao padrinho. Que todos os integrantes da organização criminosa sabiam que Marcelo possuía uma arma de fogo e que ele ainda comentou com os membros que mentiu para os policiais militares que atenderam a ocorrência.

As mensagens extraídas do aparelho celular do acusado não deixam dúvidas quanto a sua condição de integrante do grupo criminoso, atuante de forma assídua no tráfico de drogas.

Em um dos diálogos, Marcelo conversa com Luciomario acerca da organização criminosa PGC, veja-se: Mensagem de áudio enviada dia 06/10/2020 às 18h36min por Luciomario Brito dos Santos para Marcelo Salum da Costa Júnior: ‘Entendeu ali, né, ta assumindo ali que ta devendo ali entendeu, vamo ta dando trinta dias pra ele pagar ali entendeu? Até pra poder ta comunicando nosso irmão CHARADA pra ta colocando no CDC, entendeu? Ta colocando ele no prazo ali entendeu? A CDC funciona assim ó, é 10% ali do valor cobrado ali fica pra nação entendeu, se ele pagar. Depois que se passar o prazo ali, ele não pagar ali entendeu? Ai ela pode ta puxando o bonde dele, entendeu? Pedindo uma cobrança em cima, não sei uma disciplina uma coisa assim, entendeu?’

Em resposta, Marcelo diz: “Certinho, bem certinho meu irmão, ei o Charada ali é meu padrinho, tá ligado? Já cheguei na pessoa dele ali, já mandei pra ele os prints, já mandei pra ele o meu áudio, o teu áudio, tá ligado? O áudio da mina, mandei tudo pra ele ali, tá ligado? Pra ele ta tirando o entendimento ali bem certinho ali, já ta cadastrando o mano ali entendesse?”

Já em 03/10/2020, Marcelo informa que seu ponto de venda de drogas está cadastrado junta a facção criminosa em nome de seu padrinho “Paulo Mumu”. A expressão “padrinho”, utilizada por Marcelo para se dirigir a Paulo, é usada para identificar como sendo o responsável pelo ingresso de Marcelo no seio da organização criminosa.

Nas fls. 16-17, do inquérito Policial 7 e fls. 1-2 do Inquérito Policial 8, ambos juntados ao Evento 1 do IP apenso, há conversas travadas entre Marcelo e André Leonardo Fachi, onde àquele intimida este para que pague os valores devidos e informa que vai colocá-lo na central de crédito da facção.

O policial civil Guilherme, um dos responsáveis pela investigação, narrou nos autos que no celular do acusado Marcelo haviam diversas conversas dele com outras pessoas relacionadas a tráfico de drogas, organização criminosa e associação para o tráfico. Também descreveu que Marcelo disse

ter dois padrinhos no PGC e pediu a Luciomario o aval para vender drogas no Bairro Cedro Alto, sendo este responsável pela comercialização naquela localidade e um dos padrinhos de Marcelo.

A Autoridade Policial responsável pelas investigações também declarou que foi apreendido e analisado o celular de Marcelo, onde se verificou seu envolvimento com o tráfico de drogas, cooptando menores, além de seu envolvimento em organização criminosa juntamente com outras pessoas. Relatou que em uma das conversas, Marcelo pede esclarecimentos acerca de pontos de venda de drogas e diz que assumiu os pontos de Paulo, vulgo “Mumu”, sendo que Marcelo foi batizado na facção criminosa por “Mumu” e Daniel, seu padrinhos dentro da organização.

O policial Charles igualmente esclareceu que nas conversas Marcelo fala abertamente sobre assuntos relacionados ao grupo criminoso, além de valores repassados a organização, bem como se utilizou adolescentes em prol da organização criminosa e, em certa oportunidade, pediu autorização para traficar em uma localidade e utilizar menores de idade.

Ressalta-se que mesmo tendo mudado sua versão em juízo, a testemunha Iamara Chaiani dos Santos Duarte confirmou, durante sua oitiva na fase policial, que comprava drogas de Marcelo e disse ainda que ele “veste a camisa” da facção, referindo-se ao fato de integrar a organização criminosa de forma ativa e responsável.

Diante de todo esse colacionado, não há dúvidas que na época dos fatos mencionados na denúncia, o acusado Marcelo participava ativamente de grupo criminoso denominado “PGC”, que atua usando armas de fogo nas práticas criminosas, bem como envolvendo adolescentes nas atividades ilícitas, devendo o acusado ser responsabilizado como incurso nas sanções do artigo 2º, § 2º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013.

Com relação ao crime tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), imputado aos acusados Paulo Ricardo, Marcelo, Daniel e Felipe:

1. Marcelo Salum da Costa Junior e Paulo Ricardo Thives de Souza:

Como já visto, a facção criminosa Primeiro Grupo Catarinense - PGC, é mantida, precipuamente, com o lucro obtido pelo comércio ilícito de entorpecentes, não havendo dúvidas de que a venda de drogas é o principal meio de formação de capital da *societas delinquentium*, garantindo a compra de armamento para a execução de crimes, e o pagamento das despesas, tais como, transporte e manutenção dos familiares dos presos, pagamento de advogados, corrupção de agentes públicos, e o abastecimento de um caixa central, que serve como uma espécie de “fundo de reserva”.

Além disso, o comércio espúrio constitui a principal fonte de renda de diversos integrantes do grupo criminoso, que fazem do tráfico de drogas um meio de vida.

Analisando o processo, verifica-se que no dia 21 de maio de 2021 foi cumprido mandado de busca e apreensão na casa do denunciado Marcelo (autos n. 5005233-79.2021.824.0011), sendo que no local foram apreendidas duas plantas de maconha, medindo cerca de 19cm e 50cm, bem como um pote de vidro contendo em seu interior 16 pontas de cigarros artesanais elaborados com

maconha, pesando 4,6 gramas, sendo confeccionado o laudo pericial definitivo juntado ao Inquérito 22, fls. 12-13 do IP apenso-Evento 1.

Restou amplamente demonstrado que tais drogas eram comercializadas pelos denunciados Marcelo e Paulo Ricardo, bem como por alguns adolescentes que agiam a mando do primeiro.

Ressalta-se ainda que não foram apreendidas mais drogas porque descobriu-se que Marcelo estocava o entorpecente no imóvel em que vivia e sim em outro local que mantinha apenas como ponto de venda de drogas, conhecido como “casa amarela”, o qual era gerenciado pelo seu subalterno, o adolescente João Henrique Ramos, vulgo “Teta”, de apenas 16 anos de idade na época dos fatos.

No local mencionado, a quantidade maior de entorpecente era guardada, fracionada e preparada para a venda pelos adolescentes que obedeciam as ordens de Marcelo, vendiam as drogas para os usuários e depois somente entregavam o dinheiro ao seu superior.

Em uma conversa com a usuária Luana Christiny Rojanski, datada de 29/09/2020, esta questiona Marcelo: “O então menor, eu to esperando o piação de bicicleta aqui anda, eu tenho que ir em casa pra depois voltar daí, ele ta vindo?”

Marcelo então responde: “Então, olha só, o gurizão trouxe aqui pra mim, tá ligado? Só que ele um trinta ali, tá ligado, por agora na moeda ali, tá ligado? Daí mais de noite ele vai conseguir ali outro vinte pra ti ali, tá ligado?”

Em resposta, Luana diz: “Então manda ele, tu ou ele vir aqui trazer. Eu to aqui na Sol, pô. Daí ela vai me levar em casa ainda, por isso que eu preciso pra já.”

Analisando a troca de mensagens entre Marcelo e Luana, percebe-se a venda ilícita de drogas realizada pelo primeiro, tanto que, em 29/09/2020, a usuária questiona a demora da entrega, sendo que Marcelo manda uma fotografia da droga (uma porção de cocaína) em seu poder e afirma que ele mesmo realizará a venda pela quantia de R\$ 30,00 (trinta reais). Em seguida, Marcelo combina um ponto de encontro para efetivar a transação.

Em conversa com Jaqueline Veiga Silveira Valiati, datada de 10/10/2020, esta questiona Marcelo dizendo: “O menor, mas tu não tens os piação que faz o corre meu? Pra mandar um agora aqui pra nós”.

O acusado Marcelo então responde: “Ei, tem os pias ali na real, tem os pia ali que tão no, eles tão ali no corre pra mim ali pô [...] Ta ligado indo pra casa ali? Tu vai passar ali a padaria Teixeira, tá ligado? Vai passar a escola Cedro Alto, embaixo vai ter a entrada pro Ribeirão do Mafra e pro Cedro Grande, tem um ponto de ônibus bem ali naquelas duas entradas e atrás tem uma casa amarela, bem ali na casa amarela, os pias tão bem ali pô, os pias tão sem contato.”

Verifica-se ainda, que, mais uma vez, o teor do diálogo é a compra e venda de drogas. O denunciado Marcelo afirma ainda, que há pessoas associadas a ele que efetuam a entrega da droga de sua propriedade. Mais adiante, ele explica à usuária a localização da residência utilizada para venda ilegal de entorpecentes por seus subordinados.

Em conversa com o adolescente João Henrique Ramos, vulgo “Teta”, no dia 02/10/2020, o acusado Marcelo diz: “Olha só, será que não tinha condição de tu descer ali na casa amarela ali. Vê se ele tá ali, dá uma ideia nele ali piá pra ele cortar aquela situação que eu lancei pra ele ali ontem, pô. Pra ele já deixar tudo picadinho ali pô [...] Ei, o piá, só tu mesmo dar essa atenção pra mim ali feio. Tá ligado aonde que é ali né? No quartinho onde que fica o colchão? Tu vai ali, vai ter o colchão, bem ali do lado ali vai ter o buraco naquele teto ali pô. Daí tem que subir em cima ali e botar a mão pra dentro do teto, tá ligado? Só botar a mão ali pra dentro ali que tu vai achar, tá ligado feio, não tem [...] daí pega 10 daquela de 20 e joga tudo na do menor, tá ligado? Só tu mesmo piá, daí tira 10 pro menor de 20 e me fala quanto que ficou lá de 20, tá ligado?”.

Em outro diálogo, no dia seguinte, Marcelo diz a João Henrique: “Ei, fala pro Paulinho dar uma adiantada ali naquele corre ali feio, e vê o que ele consegue vender ali o mais rápido ali piá. Dá uma acelerada nos corre aí pô, o bagulho tá precisando de dinheiro feio, tá foda”.

Já no dia 09/10/2020, Marcelo fala a João Henrique: “Pode crer daí tem ó 150 do OP, 300 do fumo, dá 500 pila. Daí o feio, desse dinheiro não pode gastar nada que tem que pagar o fumo e o OP ainda, tá ligado?”.

Do que se percebe, o acusado Marcelo troca mensagens com João Henrique, adolescente com 16 (dezesesseis) anos de idade na época dos fatos, sobre a compra e venda de drogas, para tanto, utilizam as expressões “OP” para se referirem a “pó” ou cocaína e “FM” ou “fumo” para maconha.

Em outra troca de mensagens através do aplicativo *whatsapp*, no dia 14/10/2020, Marcelo conversa com Mateus Rubison de Souza, vulgo “Menor Ruivo”, sobre o tráfico de drogas. As conversas deixam claro que Marcelo aliciou Mateus para juntos exercerem o comércio espúrio, explicando como será o funcionamento do ponto de drogas através de turnos alternados. O acusado diz também que irá até o imóvel utilizado por eles (casa amarela) para picar os entorpecentes, ou seja, fracionar a droga em porções pequenas para revendê-las aos usuários.

Em determinado momento, Mateus afirma que está sem drogas para vender e o denunciado lhe orienta a buscar mais drogas com a pessoa de alcunha “Paulinho”. Diz também que, não leva consigo toda a droga que Marcelo lhe entrega para vender, deixando a maior parte escondida em sua residência.

Assim, não há dúvidas de que o acusado Marcelo exercia o tráfico de drogas na época dos fatos narrados na denúncia, o que fazia com o envolvimento de adolescentes.

Com relação ao denunciado Paulo Ricardo Thives de Souza, entendo que igualmente restou comprovada sua condição de traficante de drogas.

Inicialmente, tem-se que Paulo Ricardo, em 14-08-2020 foi abordado no interior do Bar da Selma, juntamente com João Henrique Ramos, na posse de maconha, a qual certamente seria destinada ao comércio espúrio de drogas, conclusão que se chega analisando as demais provas produzidas no processo.

Em um das conversas extraídas dos aparelhos celulares apreendidos aos autos, do dia 02/10/2020, o acusado Marcelo questiona o acusado Paulo Ricardo se ele “fez a mão” que pediu e este responde: “Não pô, por causa que essa balança ali não tá indo direito, pesando de pouco em pouco é muito ruim, feio. E aí eu tenho que ir na lotérica ainda feio. Não tive tempo de nada ainda feio, eu deixei mocado daí depois que voltar da lotérica eu vou lá e vou fazer essa sintonia aí.”

O denunciado Marcelo então responde: “Ei aí feio, pelo menos vai lá na casa lá feio. Olha só, vai lá na casa lá e faz assim o mano, pelo menos deixa duzentos pila de fumo picado com o menor ali feio, deixa dez pedaços de vinte com o menor ali [...] ei então feio, o mano aqui quer cinquenta de fumo feio. Separa um cinquenta de fumo ali”.

Em outra conversa, datada de 09/10/2020, Marcelo fala a Paulo Ricardo: “Ei aí o mano, olha só o feio, como é que tu deixa mano, ninguém ali no bar ali feio com a situação? O mano, que loucura feio. Ei, nós precisa fazer um dinheiro feio, nós tem que lançar ali ó setecentos e cinquenta pila pro Charada feio, até quarta-feira nego, até quarta-feira [...] aí nós vai fazer assim ó, a CHAY vai pegar 35 gramas agora tá ligado? No 1250 aí nós vai fazer 3250, tá ligado? Aí vamos tirar o da mercadoria, vamos pegar outra 35 no dinheiro, tá ligado? Daí o lucro da outra 35 do dinheiro daí nós vai começar a pá, entendeu? [...] Pra ela me dar uma ideia ali, que daí eu vou colar ali na casa dela ali, pra nós, daí nós cola ali pra embalar essa situação aí, tá ligado feio? É, mas nós temos que arrumar uma balancinha daquela quadradinha, tá ligado? Aquela de precisão, aquela de pesar coca mesmo, tá ligado? Porque aquela outra lá é só pra pesar maconha feio”.

O acusado Paulo Ricardo responde: “Não, tranquilidade, ei olha só feio, tem um monte de corre de OP feio”.

O denunciado Marcelo continua: “O piá, na real é o seguinte, nós vai pegar ali essa 35, que não vai dar pra fazer a mão na casa dela ali. Dessa 35, nós não tem balança, mas nós vai fazer o seguinte, dessa 35 nós tem que fazer 70 petecas, tá ligado mano? Fazer tudo 0,5 que daí pelo menos ali é uma top né feio, é uma top o bagulho, tá ligado? E tu sabe mano que o bagulho é um top, tá ligado? Daí da pra fazer ali tudo 0,5, da pra fazer 70, tá ligado? Da pra fazer tudo no olho, tirar uma base tudo certinho, 70 petecas, entendesse?”

Analisando a troca de mensagens entre partes, vislumbra-se se tratar do tráfico de drogas exercido de forma conjunta pelos acusados Marcelo e Paulo Ricardo, verificando-se que nos diálogos, o primeiro pede para que o segundo fracione a droga que está em seu poder e entregue para outra pessoa que está exercendo a venda de drogas na tal casa amarela.

Verifica-se que ambos tratam sobre a pessoa de alcunha “Chay” e relatam a aquisição de 35 gramas cocaína por ela, a qual será repassada para Marcelo e, após pesada e embalada, será disponibilizada à venda para que Paulo Ricardo e os demais vendedores ofereçam aos usuários.

Assim, plenamente comprovado o exercício do comércio ilegal de drogas também por parte do acusado Paulo Ricardo.

Dispõe o artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

Tratando-se de crime de ação múltipla ou conteúdo variado, que apresenta vários verbos em seu corpo, para a sua configuração, é suficiente a prática de uma das ações ali previstas, não se exigindo o flagrante da venda ou entrega da substância.

Frente a este contexto, observo que as conversas extraídas dos aparelhos celulares apreendidos nos autos evidenciam que os acusados Marcelo e Paulo Ricardo atuavam no comércio espúrio de drogas, incidindo na conduta típica acima delineada.

Além das conversas telefônicas, os policiais responsáveis pela investigação igualmente confirmaram sob o crivo do contraditório o envolvimento deles com a venda de drogas, conforme pode-se extrair dos depoimentos acima colacionados.

Pelas provas já mencionadas, igualmente restou demonstrada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, que dispõe:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação”.

Cabe ressaltar que o policial civil Guilherme confirmou em seu depoimento que o acusado Marcelo era muito atuante no tráfico de drogas e era o responsável por adquirir os entorpecentes e colocar outras pessoas para realizar a venda, dentre eles adolescentes.

Não há dúvidas de que o acusado Marcelo se utilizava de menores para auxiliá-lo na prática do tráfico de drogas, sobretudo o adolescente João Henrique Ramos, vulgo “Teta”, de apenas 16 anos de idade na época dos fatos, conforme amplamente demonstrado pelas provas colacionadas.

Da mesma forma, não há falar em desclassificação do crime de tráfico para uso próprio, posto que todos os elementos de convicção amealhados aos autos conduzem a certeza quanto a autoria e culpabilidade dos denunciados Marcelo e Paulo Ricardo na comercialização do estupefaciente, tal qual narrado na denúncia.

E depois, é pacífico o entendimento de que a mera condição de usuário não é incompatível com o exercício da narcotraficância; pelo contrário, porquanto, as mais das vezes, as figuras de usuário e traficante se reúnem na mesma pessoa, passando de uma condição à outra e vice-versa.

Destarte, para a prática do crime imputado não é necessário que o agente seja surpreendido comercializado o entorpecente e, diante da prova colhida nos autos, configurado está o delito capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em absolvição ou desclassificação para o tipo previsto no artigo 28, da citada Lei.

Ainda, inaplicável ao caso em análise a causa de isenção ou diminuição da pena, prevista no artigo 45 e artigo 46, ambos da Lei n. 11.343/2006, pois não demonstrado nos autos que os agentes, no momento da infração, em razão da dependência, eram inteiramente ou parcialmente incapazes de compreender o caráter ilícito da ação.

De igual modo, não há como reconhecer as figuras privilegiadas previstas nos §§ 2º e 3º, do artigo 33, da Lei Especial, uma vez que comprovada a destinação comercial dos entorpecentes.

Por outro lado, inviável o reconhecimento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, uma vez que apesar de o acusado Paulo Ricardo ser primário e não registrar antecedentes criminais em seu desfavor, as conversas transcritas acima revelam que ele exercia o tráfico de drogas de forma reiterada e habitual, fazendo da prática espúria uma de suas fontes de renda.

Quanto ao denunciado Marcelo, verifica-se que é reincidente específico, o que igualmente impede o reconhecimento do privilégio em seu favor.

No mesmo sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU SOLTO). CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INSURGÊNCIAS VOLTADAS TÃO SOMENTE À REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PLEITOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL COM O AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA E DE REVISÃO DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA (RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - Na hipótese, possível a elevação da pena-base em 2/5 (dois quintos) com fundamento na nocividade e quantidade da droga apreendida (905,1 gramas de crack), procedimento autorizado pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o qual inclusive prevê a preponderância de tal circunstância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal. - **Não se aplica a causa especial de diminuição de pena estabelecida no § 4.º do art. 33 da Lei Antidrogas quando demonstrado nos autos que o réu dedicava-se à atividade criminosa com habitualidade, ainda que primário e de bons antecedentes.** (TJSC, Apelação Criminal n. 0000024-34.2018.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 09-07-2019 – grifou-se).

Logo, inviável o reconhecimento do tráfico em sua modalidade privilegiada.

2. Daniel França Pires:

No que se refere ao acusado Daniel França Pires, inicialmente, ressalta-se que no dia 21 de maio de 2021 foi cumprido mandado de busca e apreensão em sua residência (autos n. 5005233-79.2021.824.0011), sendo que no local foram apreendidos dois aparelhos de telefone, marca Samsung, e 52 cartas manuscritas.

Contudo, mesmo que a apreensão do entorpecente seja prescindível para a configuração do crime de tráfico de drogas, para fins de comprovação da materialidade delitiva, deve ao menos

existir de nexó etiológico entre o agente e as substâncias de uso proscrito apreendidas na posse de usuários ou outros traficantes relacionados, além de outras provas que confirmem o exercício do comércio espúrio.

A respeito do assunto, veja-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME ABERTO E NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. [...] 3. **Ainda que não houvesse sido apreendida droga em posse da recorrente, em sua residência, não prosperaria a alegação de falta de comprovação da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, pois houve apreensão de entorpecentes com corréu - seu filho -, tendo sido demonstrado o liame entre os agentes indicados na denúncia.** [...] 10. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para que a recorrente aguarde o trânsito em julgado da condenação, em estabelecimento adequado ao regime aberto fixado na sentença.” (RHC 71.320/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).

No mesmo sentido, colaciona-se da Corte Catarinense que: “O fato de os entorpecentes não terem sido apreendidos na posse direta do apelante, mas sim de outros traficantes ou usuários, não restringe a estes a demonstração da materialidade delitiva, de modo a ensejar a sua absolvição. Deve ser perquirida a existência de nexó etiológico entre o réu e as substâncias encontradas, que submetidas a exame pericial foram qualificadas como de uso proscrito.” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.060291-1, de Videira, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 23-10-2012).

Na hipótese dos autos, não houve a apreensão de entorpecentes na posse do acusado Daniel, tampouco de usuário ou traficante que pudessem ser vinculadas ao acusado, apesar de as provas elencadas sugerirem que ele vinha se dedicando ao tráfico de drogas.

Mesmo que tenha restado amplamente comprovada sua condição de integrante da organização criminosa PGC, a qual possui como uma de suas principais atividades o comércio espúrio de entorpecentes, não há provas contundentes nos autos que demonstrem o exercício do tráfico de drogas por parte dele.

Este Juízo não desconhece que os integrantes do PGC buscam na venda de drogas e prática de outros ilícitos a forma de subsistência. Todavia, não havendo comprovação extreme de dúvidas do nexó etiológico entre as drogas apreendidas com outros acusados e usuários, inviável a sua responsabilização pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

Ressalta-se que o acusado Daniel já foi preso e processado pelo seu envolvimento com a traficância e, o que há nos relatórios de investigação são conversas relacionadas a central de crédito da facção criminosa, mas não diálogos que comprovem, com a certeza exigida, que além de integrar o grupo criminoso ele também estava comercializando entorpecentes.

Assim, na hipótese dos autos, além de não ter havido a apreensão de entorpecentes na posse do acusado Daniel, entendo que também não há prova suficiente da prática do tráfico de drogas narrado na denúncia.

Vale frisar que não se afasta a possibilidade da veracidade dos fatos narrados na denúncia, uma vez que por se tratar de integrante da facção criminosa PGC, certamente o acusado possuía envolvimento com o tráfico de drogas.

Contudo, ainda sim, a condenação criminal exige a convicção racional formada a partir das provas produzidas nos autos, quando ratificadas sob o crivo do contraditório, não bastando meras conjecturas ou indícios para sua efetivação, os quais são suficientes à deflagração da ação penal, mas incapazes de, sem o respaldo provatório, fomentar a reversão do estado de inocência.

3. Felipe Sales Salum da Costa:

Com relação ao denunciado Felipe, entendo que igualmente não restou demonstrada nos autos sua condição de traficante.

A denúncia menciona que, por ser irmão do acusado Marcelo, Felipe estaria o auxiliando nas vendas, pois fornecia sua conta para que o irmão e os usuários depositassem dinheiro advindo das transações proibidas.

Mesmo que o relatório de informação nº 014/CMF/2021 juntado ao Evento 20 do Inquérito Policial aponte que de alguma forma o acusado Felipe pode ter colaborado com a venda de drogas realizada por seu irmão, vez que emprestou a conta bancária para receber valores espúrios, as provas colhidas nos autos são frágeis para amparar um édito condenatório.

Em juízo, o denunciado Felipe descreveu ter ciência de que seu irmão Marcelo vendia drogas e que teve muitos desentendimentos com ele por causa disso, pois era contra tal atividade. Disse que em determinado dia seu irmão lhe disse que duas pessoas iriam depositar dinheiro em sua conta, mas não passou seu *pix* para ele, acreditando que ele tenha testado o número de celular como chave, que é o que funcionava, e acabou recebendo dois depósitos em sua conta que na verdade pertenciam a ele. Aduziu que uma única vez transacionou drogas com ele, pois ele lhe devia dinheiro, então pediu que ele lhe pagasse em drogas, que seriam destinadas ao seu consumo, pois é usuário.

Tal situação foi confirmada pelas testemunhas de defesa que aduziram que Felipe é usuário de maconha, mas que sempre trabalhou e nunca teve envolvimento com o tráfico.

Assim sendo, a colaboração de Felipe na atividade espúria do irmão não restou suficientemente comprovada, não sendo possível demonstrar com clareza que ele auxiliava Marcelo na venda dos entorpecentes.

Portanto, as incertezas que permeiam o adequado esclarecimento dos fatos deve favorecer o acusado, devendo este ser absolvido quanto ao crime de tráfico de drogas com alicerce no princípio do *in dubio pro reo*, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Com relação ao crime de associação para o tráfico (art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), imputado aos acusados Marcelo e Felipe:

A denúncia narra que há um liame claro entre os irmãos Marcelo e Felipe, mas também há associação de vontades entre o primeiro e os adolescentes Mateus e João Henrique, para que todos trafiquem drogas em conluio, objetivando a arrecadação de dinheiro e a prática contínua da atividade ilícita, um se apoiando e se beneficiando das ações do outro.

Contudo, conforme narrado acima, não ficou demonstrado o exercício do tráfico de drogas por parte do acusado Felipe e tampouco sua associação a Marcelo para juntos exercerem a comercialização espúria.

Ressalta-se que a colaboração de Felipe na atividade do irmão não restou suficientemente comprovada, não sendo possível demonstrar com clareza que ele auxiliava Marcelo nas vendas de entorpecentes. Além do parentesco deles, não se verificou que tenha havido uma união de vontades entre eles para comercializar drogas, de modo que o caminho a ser seguido quanto a Felipe é a absolvição também em relação a este crime.

Com relação ao acusado Marcelo, igualmente entendo não ser caso de condenação em relação a este delito pois, conforme analisado alhures, a organização criminosa PGC é mantida especialmente com o lucro obtido do tráfico de drogas, o que permite a conclusão de que os seus membros estavam associados, dentre outras, com a finalidade precípua de vender entorpecentes.

Neste cenário, conclui-se que o acusado Marcelo se uniu, de forma organizada e hierarquizada com os demais acusados e alguns adolescentes para o fim de praticarem delitos cujas penas máximas superam 4 anos, dentre estes o tráfico de drogas (em maior escala), enquadrando-se no tipo do artigo 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/13, que assim prevê:

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

E em assim sendo, a conduta de integrar o PGC com a finalidade de praticar delitos também abrange o crime de tráfico de drogas, o que impede a condenação do acusado Marcelo pelo artigo 35, da Lei n. 11.343/2006, sob pena de se incorrer em verdadeira dupla punição (*bis in idem*) pelos mesmos atos ilícitos.

Este juízo não desconhece que os artigos 2º, da Lei n. 12.850/2013 e 35, da Lei n. 11.343/2006 versam sobre tipos penais distintos, isto é, de objetividades jurídicas diversas: o primeiro, a

organização estruturalmente ordenada de quatro ou mais pessoas, caracterizada pela divisão de tarefas, com a finalidade de praticar infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional; o segundo, a associação habitual de duas ou mais pessoas com o intuito de praticar a narcotraficância.

Todavia, a associação ao tráfico de drogas se dilui em meio ao ilícito da organização criminosa, em razão do princípio da especialidade, que traz regras próprias para punir as condutas típicas nela inerentes.

De fato, tratam-se de crimes autônomos, tanto que o preceito secundário do artigo 2º, da Lei n. 12.850/2013 ressalva que não haverá “prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.

O legislador, no entanto, visa punir o *animus* do agente e, na hipótese em apreço, o *animus* associativo do acusado Marcelo aos seus comparsas é característica comum aos crimes de integração à organização criminosa e associação ao tráfico de drogas.

Segundo extrai-se do voto da Desembargadora Salete Silva Sommariva nos autos da Apelação Criminal n. 0016251-25.2016.8.24.0023, julgada em 5 de junho de 2018:

“Importa registrar que, conquanto a parte final do preceito secundário do art. 2º da Lei n. 12.850/13 explicita que as penas serão aplicadas sem prejuízo daquelas correspondentes às demais infrações penais, tem-se que esta medida não tem cabimento na hipótese vertente, haja vista que a estabilidade e a permanência são requisitos tanto do delito de associação para o tráfico, quanto de organização criminosa, diferenciando-se em relação à finalidade específica, a estrutura e o número de agentes. ‘Ambos os crimes são autônomos, mas o ordenamento legal visa punir o *animus* do agente. Se reunidos apenas para a prática das condutas previstas nos arts. 33 e 34 da Lei de Drogas, subsistirá o crime de associação para o tráfico; todavia, caso reunidos na forma do § 1º do art. 1º da Lei n. 12.850/13, configurado estará o delito de organização criminosa. Daí porque, tem lugar o princípio da especialidade da lei penal mais específica, de modo a evitar a dupla punição pelos mesmos fatos.

‘A propósito:

[...] 14. Acaso a imputação abarcasse a prática de mais de um delito, e não somente da associação para o tráfico de drogas, os fatos, poderiam vir a caracterizar a organização criminosa tipificada pela Lei 12.850/2013, isso em virtude do concurso de pelo menos 04 (quatro) integrantes, da estrutura operacional do grupo criminoso, altamente organizado, escalonado e ramificado em diversos núcleos, com ampla divisão de tarefas. No entanto, à míngua desse cenário, correto o juízo sentenciante ao enquadrar a conduta como associação para o tráfico internacional de drogas - artigo 35 c/c o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006. [...] (TRF4, ACR 5054993-08.2014.4.04.7100, Oitava Turma, rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus, j. em 05-09-2017). ‘Por outro lado, não se desconhece a possibilidade de ambos os crimes ocorrerem em uma mesma hipótese, desde que praticados em momentos distintos e com desígnios autônomos, o que não é o caso dos autos, notadamente porque,

conforme acima demonstrado, as provas coligem e os crimes foram praticados dentro de um só contexto, no qual o réu comandava uma rede organizada e estruturada, com a presença de outros indivíduos, com o objetivo de cometerem delitos de tráfico interestadual de entorpecentes, lavagem de capitais e adulteração de sinal de veículo automotor. ‘Assim sendo, tendo em vista o conflito aparente de normas no caso em apreço (unidade de fato, aparente aplicação de duas normas e efetivação de uma só), tal confronto deve ser solucionado pelo critério da subsidiariedade implícita, na medida em que o delito de organização criminosa (norma principal) afasta a incidência da associação para o tráfico (norma secundária).’ (TJSC, Apelação Criminal n. 0016251-25.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 05-06-2018).

In casu, os crimes foram praticados num mesmo contexto, eis que o acusado Marcelo e seus comparsas menores de idade, o primeiro na condição de integrante da facção criminosa PGC, estavam associados em comunhão de esforços com o objetivo de, além de outros delitos, cometerem o tráfico ilícito de entorpecentes (em maior escala) em prol da organização criminosa, de modo que, por força do princípio da especialidade, a norma principal deve afastar a norma secundária, subsistindo apenas o delito de organização criminosa.

Aliás, imperativo destacar que a acusação não se desincumbiu do ônus de comprovar que os crimes foram praticados em contextos fáticos autônomos. Ao contrário, a própria denúncia narra que a atividade principal da organização criminosa PGC era a prática do tráfico de drogas.

Assim, diante do conflito aparente de normas no caso em tela, imperativa a aplicação do princípio da especialidade, ou seja, o crime principal (integrar organização criminosa) afasta o crime subsidiário (associação ao tráfico de drogas).

No mesmo sentido, colaciona-se de recente julgado da Corte Catarinense:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, § 2º E 4º, IV, DA LEI Nº 12.850/13) E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35, C/C. ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DEFENSIVO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM QUANTO A CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS, NO ENTANTO, ACOLHIDA. DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PREVISTA NO ART. 1º, § 1º, DA LEI Nº 12.85 QUE EXIGE A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIIS CUJA PENA MÁXIMA SEJA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE PRISÃO. ANIMUS ASSOCIATIVO, ADEMAIS, PRESENTE TANTO NOS DELITOS DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, QUANTO DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS ESPECÍFICA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06 QUE SE IMPÕE. READEQUAÇÃO DA PENA. [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. CORREÇÃO, EX OFFICIO, DE ERRO MATERIAL CONSTANTE NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA.” (Apelação Criminal n. 0134046-88.2013.8.24.0045, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 15-10-2019 grifou-se). Destaquei.

Frente a este contexto e, uma vez comprovada a condição do acusado Marcelo de integrante

da organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense, de rigor a absolvição quanto ao crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Com relação ao delito de tráfico de drogas na modalidade de consentir para o uso de imóvel para traficância por terceiros (artigo 33, §1º, inciso III, da Lei 11.343/2006), imputado à acusada Selma:

Narra a denúncia que a acusada Selma Capistrano Lopes era proprietária do Bar e Cancha da Selma, estabelecimento situado na rua Francisco José Thives de Souza, n. 125, Bairro Cedro Alto, nesta cidade de Brusque, e, no local, os denunciados Marcelo Salum da Costa Júnior e seus subalternos adolescentes, bem como o denunciado Paulo Ricardo Thives de Souza, e outros traficantes comercializavam entorpecentes.

A peça acusatória ainda descreve que a denunciada Selma não só sabia que seu estabelecimento estava sendo utilizada para o desenvolvimento da atividade ilícita, como também consentiu para que o narcotráfico acontecesse naquele local, mesmo sabendo que tais condutas eram proibidas.

O tipo penal imputado à acusada está assim disposto:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...] § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas”.

Ao ser interrogada em juízo, Selma relatou que é dona do Bar da Selma, onde esses “meninos” (Marcelo, Paulinho e João – adolescente) ficavam bebendo, comendo e jogando sinuca. Alegou que quando mencionava que a polícia estaria chegando era no sentido de que eles estavam incomodando, fazendo “algazarras”, mas não porque eles estivessem vendendo drogas, pois ficavam do lado de fora do bar e não via o que eles estavam fazendo.

Com a oitiva dos acusados e das testemunhas em juízo, verificou-se que, na verdade, eles frequentavam diariamente o bar de propriedade de Selma para beber, comer e jogar, ocasião em que ficavam perto da entrada do bar ou até mesmo do lado de fora, onde então acabavam efetuando a venda de drogas, não tendo sido demonstrado que a atividade espúria era de conhecimento da acusada, sobretudo porque ela ficava na parte interior do bar, cuidando do balcão e da cozinha e não via o que se passava na área externa, não tendo contato com a atividade desenvolvida pelos acusados.

Assim, entendo que não restou suficientemente comprovado que a acusada sabia que seu estabelecimento estava sendo utilizada para o desenvolvimento da atividade ilícita ou consentiu para que o narcotráfico acontecesse naquele local, de modo que deve ser absolvida, nos moldes do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Do crime de denúncia caluniosa (artigo 339, caput, do Código Penal) imputado aos acusados Karolaine e Marcelo:

Narra a denúncia que em 15-10-2020 os acusados Marcelo e Karolaine denunciaram uma suposta ocorrência de tentativa de feminicídio, na qual ambos estavam sentados em frente a casa de Marcelo, quando Odair José Stumpf, ex-namorado de Karolaine, teria efetuado um disparo de arma de fogo na direção dela, enquanto passava conduzindo uma motocicleta.

Quando ouvidos pela Autoridade Policial, Marcelo e Karolaine disseram não terem visto as características da motocicleta ou do autor do disparo, mas desconfiavam que o ex-namorado de Karolaine, Odair José Stumpf, pudesse ter praticado o delito, já que não aceitava o término do namoro.

Entretanto, durante diligências, o Delegado de Polícia que procedeu à oitiva de Marcelo e Karolaine percebeu algumas inconsistências nos depoimentos, suspeitando que eles estivessem faltando com a verdade. Assim, a fim de esclarecer o ocorrido, procedeu-se a apreensão do telefone de Marcelo e foi representando judicialmente pela autorização para acesso e extração de dados telefônicos, o que foi deferido.

Efetuada o acesso ao telefone e analisados os dados do aparelho, descobriu-se que o casal havia mentido para acobertar um tiro acidental efetuado pelo próprio Marcelo. Além disso, o aparelho continha diversas informações sobre atividades ilícitas, como tráfico de drogas e organização criminosa.

Neste norte, os dados foram encaminhados à Divisão de Investigação Criminal de Brusque, onde se apurou que, além de Marcelo e Karolaine mentirem no registro da ocorrência policial, o primeiro é integrante de da organização criminosa PGC e tem envolvimento com o tráfico de drogas.

É cediço que para a configuração do crime de denúncia caluniosa são necessários os seguintes requisitos: pessoa determinada; imputação de crime previsto em lei penal vigente; o fato pode ser real ou fictício, mas deve ter os elementos que levem à sua configuração como crime, e por fim, a ciência da inocência. O agente deve saber que o imputado é inocente, seja porque não foi o autor do crime, seja porque o delito não existiu.

No caso dos autos, verifica-se que a denunciada Karolaine descreveu em juízo que na ocasião dos fatos escutou um estouro, e, quando viu, Marcelo já tinha um ferimento na perna e estava com uma arma de fogo. Ainda aduziu que em momento algum foi na delegacia denunciar os fatos, porquanto foi a polícia que a procurou.

Já o acusado Marcelo disse que Karolaine é sua esposa e que na ocasião dos fatos acabou disparando a arma em sua própria perna acidentalmente, admitindo, de certo modo, que a primeira informação que forneceu à Autoridade Policial era falsa.

O delegado de polícia, Dr. Alex Bonfim Reis, declarou que trabalhou na investigação do presente processo, a qual se iniciou na DPCAMI, uma vez que os fatos inicialmente narrados mencionavam que Karolaine, companheira de Marcelo Salum, havia sido vítima de uma tentativa

de homicídio e no decorrer das investigações foi constatado que Marcelo estava manuseando uma arma de fogo e acidentalmente efetuou um disparo em sua perna.

O policial civil Guilherme também descreveu que as investigações se iniciaram a partir da apreensão do aparelho celular de Marcelo, porque ele havia sido vítima de um disparo acidental de arma de fogo e, ao acionar a Polícia Militar, imputou a autoria a outra pessoa.

O fato de Karolaine e Marcelo não terem ido diretamente na Delegacia de Polícia registrar boletim de ocorrência não impede a concretização do crime, pois o tipo penal se refere a dar causa à instauração de Inquérito Policial ou de procedimento investigatório criminal contra alguém, imputando-lhe crime que sabia ser inocente, sem especificar o local em que isso tenha que ser feito.

Assim, percebe-se que os acusados Marcelo e Karolaine praticaram o crime de denunciação caluniosa, posto que deram causa à instauração de Inquérito Policial, inicialmente contra Odair José Stumpf, imputando-lhe a suposta prática do crime de tentativa de feminicídio, quando sabiam que era inocente, eis que o disparo de arma de fogo foi desferido pelo próprio denunciado Marcelo de forma acidental.

Ressalta-se ainda que o fato de Marcelo não ter apontado diretamente, mas ter dito que Odair poderia ser o autor do tiro bastou para que este fosse investigado pelos fatos, vez que aparentemente e pela versão dos denunciados, ele ameaçava Karolaine, então teria realmente interesse em cometer este tipo delito contra ela.

Outrossim, acusada Karolaine, mesmo sabendo que isso não era verdade, confirmou a versão de Marcelo, imputando a Odair uma conduta criminosa que ele não havia cometido, e, com isso, ele foi investigado em um procedimento policial.

Com efeito, da análise do contexto probatório, ressoa de forma segura o fato dos acusados terem imputado à Odair José Stumpf o crime já descrito, do qual sabiam ser ele inocente.

Assim, analisando os autos, colhe-se que os acusados agiram com dolo, pois informaram perante a autoridade policial que teriam sido vítimas de um crime que sequer ocorreu.

A propósito:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA (ARTIGO 339, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADA QUE, IMPELIDA POR CIÚMES E RAIVA PELO ROMPIMENTO CONJUGAL, DÁ CAUSA À INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL E PROCESSO JUDICIAL AO IMPUTAR FALSAMENTE A SEU EX-COMPANHEIRO O CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO, QUE O SABIA SER INOCENTE, VINDO A RETRATAR-SE EM JUÍZO SOMENTE NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGADO DAQUELA AÇÃO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÃO DA APELANTE ASSOCIADO COM O DEPOIMENTO PESSOAL DO OFENDIDO, TESTEMUNHAS

E DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO CONTIDOS NOS AUTOS. PREJUÍZO A HONRA DA VÍTIMA. OFENSA DIRETA AO REGULAR ANDAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PROVIDÊNCIA JÁ ADOTADA PELO MAGISTRADO SINGULAR. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. DE OFÍCIO, FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORA NOMEADA PARA APRESENTAR RAZÕES DE APELAÇÃO. REMUNERAÇÃO DEVIDA PELA ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL. EXEGESE DO ARTIGO 85, §§ 2º E 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0003423-48.2013.8.24.0040, de Laguna, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 07-02-2019).

Deste modo, não há que se falar em absolvição dos acusados pela negativa de autoria, falta ou fragilidade probatória, ou ausência de dolo, pois os acusados tinham pela consciência de que Odair era inocente, agindo com dolo específico, ao lhe imputar falsamente a prática de crime do qual sabiam não ter ocorrido.

De igual modo, não se pode dizer que a conduta ilícita foi insignificante, posto que provocada a Autoridade Policial e demais entidades para investigações de um registro de crime que na verdade não ocorreu.

No caso, restou cabalmente comprovado a infração ao tipo penal previsto no art. 339 da Lei Penal, o que desautoriza qualquer desclassificação do ilícito penal.

Leciona Nelson Hungria quanto a denúncia caluniosa:

“[...] deve ser objetivamente e subjetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição. O elemento subjetivo é a vontade livremente dirigida à imputação, sabendo positivamente o denunciante que o acusado é inocente, e visando (dolo específico) à instauração de investigação policial ou de processo contra ele. Não é suficiente o dolo eventual, isto é, não basta que o agente proceda em dúvida de ser ou não ser verdadeira a acusação, é necessária a certeza moral da inocência do acusado” (Comentários ao Código Penal, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, p. 140).

Assim, a prova oral e demais elementos constantes nos autos constituem indicativos suficientes, seguros e irrefutáveis de autoria e culpabilidade dos acusados na conduta criminosa ao dar ensejo à investigação criminal contra pessoa na qual sabiam que era inocente.

Prescreve a norma penal contida no artigo 339 do Código Penal, constituir crime de denúncia caluniosa a conduta do agente em “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.”

No caso vertente, tem-se que a conduta dos denunciados, resultando na instauração de Inquérito Policial contra Odair José Stumpf, agiram com dolo e praticaram o crime de denúncia caluniosa, uma vez que tinham perfeita consciência da inocência do imputado.

Com relação ao crime de porte irregular de arma de fogo de uso permitido (artigo 14, da Lei 10.826/2003) imputado ao acusado Marcelo:

Da prova amealhada aos autos, não resta dúvida que o acusado praticou o crime descrito na denúncia.

Colhe-se dos autos que, com a extração de dados do telefone de Marcelo Salum da Costa Júnior foi possível apurar que ele estava na posse de uma arma de fogo, calibre .38, a qual lhe pertencia e ele mantinha oculta em sua residência, bem como transportava consigo pela cidade, sendo que esta arma foi a que ele disparou contra sua perna acidentalmente.

Na fl. 10 do relatório do Inquérito 4, juntado ao Evento 1 do Inquérito Policial apenso, há uma foto enviada por Marcelo ao adolescente João Henrique Ramos, onde ele diz que está em casa “brincando com oitão”, referindo-se ao armamento, sendo que ele também envia uma fotografia e um vídeo ao menor.

Aliás, nos crimes de perigo abstrato não há necessidade de apreensão da arma de fogo ou das munições disparadas pelo acusado, pois a lesividade ao bem jurídico tutelado é presumida.

Ressalta-se que a Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é firme no entendimento de que confirmada por outros elementos, a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido prescinde da apreensão do instrumento bélico.

“[...] PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - NÃO ACOLHIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - RELATOS DA VÍTIMA, CORROBORADOS PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES E DE TESTEMUNHAS, QUE FORMAM UM CONJUNTO PROBATÓRIO PLENAMENTE CAPAZ DE EMBASAR A CONDENAÇÃO - APREENSÃO DO ARTEFATO BÉLICO PRESCINDÍVEL - CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO QUE DISPENSA APREENSÃO DE ARMA DE FOGO - CONDENAÇÃO MANTIDA. Nos crimes de perigo abstrato não há necessidade de apreensão da arma de fogo ou das munições disparadas pelo réu, pois a lesividade ao bem jurídico tutelado é presumida [...]” (TJSC, Apelação Criminal n. 0002385-07.2012.8.24.0017, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 25-01-2022).

Aliás, ressalta-se que o projétil retirado da perna de Marcelo é compatível com a arma de fogo que se vê na fotografia (laudo de fls. 35 do IP 22 do evento 1 do IP em apenso), reforçando que ele estava na posse do armamento na data em que o disparo acidental aconteceu.

O próprio acusado admitiu que acabou disparando a arma em sua perna acidentalmente e que havia pego o artefato emprestado para sua proteção pessoal.

Constitui crime a conduta do agente “portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, consoante tipificado no *caput* do artigo 14 da Lei 10.826/03.

Tratando-se de tipo misto alternativo, qualquer das condutas descritas no tipo penal já caracteriza o crime. A propósito:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ART. 14, DA LEI 10.826/03. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DOS RÉUS. PRELIMINAR. PLEITO DE EMENDATIO LIBELLI. NÃO ACOLHIMENTO. TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO. PREENCHIMENTO DAS ELEMENTARES DO CRIME DE PORTE DE ARMA NA MODALIDADE “ADQUIRIR” E “FORNECER”. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO SOB A TESE DE ERRO DE TIPO POR DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DA ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS QUE DETINHAM CONHECIMENTO ACERCA DA ORIGEM ESPÚRIA BEM COMO CIÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS PARA AQUISIÇÃO DO ARTEFATO BÉLICO. DOLO PLENAMENTE CONFIGURADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, SOB FUNDAMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS QUE EXERCIAM A FUNÇÃO DE AGENTES SOCIOEDUCATIVOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA ALEGADA AMEAÇA DE MORTE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. ADEMAIS, PODERIAM BUSCAR OS MEIOS LEGAIS PARA POSSE OU PORTE DE ARMA, NOS TERMOS DO ART. 10 DA LEI 10.826/2003. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO VERIFICADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DO AUMENTO EFETUADO NA PRIMEIRA FASE EM RAZÃO DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RÉU QUE AGENTE SOCIOEDUCATIVO, POSSUINDO CONHECIMENTO NECESSÁRIO SOBRE AS NORMAS LEGAIS, BEM COMO TERIA FUNÇÃO DE ASSEGURAR A JUSTIÇA AOS MENORES. CULPABILIDADE EXACERBADA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS”. (TJSC, Apelação Criminal n. 0817026-30.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 28-06-2018).

Não há dúvidas, portanto, quanto à materialidade e autoria delitivas quanto ao crime aqui apurado, de modo que impossível sua absolvição.

Não obstante, a simples assertiva de que portava a arma para defesa pessoal, não possui o condão de excluir a tipicidade do fato, posto que se fosse assim, todas as pessoas poderiam portar livremente armas de fogo, sem qualquer autorização da autoridade, o que é vedado em nosso ordenamento.

Ora, se o acusado realmente pretendia se proteger, deveria ter buscado os meios legais para adquirir o registro e porte da arma de fogo e munições junto às autoridades competentes.

A propósito:

“APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU SOLTO) - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI N. 10.826/03, ART. 14, “CAPUT”) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE “ESTADO DE NECESSIDADE” - DESCABIMENTO - PERIGO ATUAL E CONCRETO E IMPOSSIBILIDADE DE USO DE OUTROS MEIOS NÃO DEMOSTRADOS. Para o reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade é imprescindível a comprovação de situação de perigo concreto e eminente e a impossibilidade de uso

de outros meios. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI N. 10.826/03, ART. 12) - INVIABILIDADE - TRANSPORTE DO ARTEFATO DENTRO DO CARRO - APREENSÃO EM VIA PÚBLICA - LOCAL QUE NÃO SE CONSIDERA EXTENSÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.”(TJSC, Apelação Criminal n. 0000360-64.2018.8.24.0064, de São José, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 26-05-2020).

Ainda, não é caso de erro de proibição, pois denota-se que o acusado possuía hígidez e capacidade suficiente para conhecer a ilicitude da conduta perpetrada, além de ser de conhecimento e amplamente divulgado que para posse da arma de fogo é necessário o registro. Aliás, a falta de aparelhamento estatal não justifica que um cidadão adquira uma arma de fogo, sob o argumento de que não tem conhecimento dos seus direitos e deveres.

Sobre o tema, colhe-se de julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03), SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE NECESSIDADE E DA LEGÍTIMA DEFESA. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PERIGO ATUAL OU DE INJUSTA AGRESSÃO IMINENTE. ADEMAIS, DELITO DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DE ERRO DE PROIBIÇÃO. INVIABILIDADE. AGENTE QUE TEM OU DEVERIA TER CONDIÇÕES DE ESTAR CIENTE ACERCA DO CARÁTER ILÍCITO DE SUA CONDUTA. ADEMAIS, DELITO AMPLAMENTE DIVULGADO E DE CONHECIMENTO PÚBLICO. ALMEJADA A DEVOLUÇÃO DO ARTEFATO BÉLICO. IMPOSSIBILIDADE. ARMA QUE NÃO ESTÁ REGISTRADA EM NOME DO APELANTE. DOSIMETRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. PLEITO NÃO ACOLHIDO. VALOR COERENTE COM AS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO APELANTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0016775-16.2014.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Primeira Câmara Criminal, j. 04-06-2020).

Também não há que se falar em desclassificação para posse de arma de fogo, já que devidamente comprovado que o denunciado portou o armamento fora da residência, o que configura o crime de porte ilegal previsto no artigo 14, da Lei 10.826/03.

Assim, permitindo os elementos contidos nos autos a segura conclusão quanto à materialidade e autoria, bem como a culpabilidade do acusado, necessária a sua responsabilização criminal.

Dos bens apreendidos:

No tocante aos aparelhos telefônicos apreendidos nos autos, é certo que foram obtidos com a prática criminosa e utilizados para fins ilícitos, o que autoriza o perdimento e destruição, pois amplamente comprovado nos autos que eram utilizados com a finalidade de trocar informações, estruturar a organização criminosa PGC e viabilizar a prática de delitos.

Segundo disposto no artigo 91, do Código Penal:

“Art. 91 - São efeitos da condenação:

‘[...]’

‘II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

‘a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

‘b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso’.

Registra-se, ademais, que a defesa não comprovou a origem lícita dos eletrônicos, ônus que lhe era devido, a teor do disposto no art. 156 do CPP, o que permite inferir que foram auferidos com a prática criminosa.

Ao final, cumpre destacar o notável e elogiável trabalho de investigação realizado pelo Doutor Alex Bonfim Reis e sua equipe de policiais civis, os quais, com muito esmero, dedicação e competência profissional, utilizando-se das técnicas e recursos que estavam a disposição, após a deflagração das operações OPUS e Realeza e identificação de vários membros do PGC, não cessaram as atividades investigativas e novamente construíram um caderno investigatório com elementos de provas robustos quanto à materialidade e indícios de autoria dos acusados, permitindo a deflagração, persecução e responsabilidade criminal de envolvidos com a organização criminosa.

Passo, pois, a aplicação das correspondentes censurais criminais.

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DAS PENAS:

Com relação ao acusado Luciano José dos Santos:

Observados os parâmetros do artigo 59, do Código Penal, consigno que a **culpabilidade** do acusado, enquanto compreendida como maior grau de reprovabilidade da conduta não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie.

É **reincidente** e registra **antecedentes criminais** contra si, uma vez que possui condenações por posse de arma de fogo de uso restrito (trânsito em julgado em 25-08-2021 - ainda pendente de cumprimento de pena) e por roubo (trânsito em julgado 11-09-2019 - ainda pendente de cumprimento de pena). A segunda condenação será usada para fins de reincidência e a primeira como maus antecedentes. A **conduta social** e a **personalidade** não restaram melhor apuradas e devem ser consideradas normais, apesar de haver indicativos de que são voltadas aos sinuosos caminhos do crime.

Os **motivos** podem ser considerados normais à espécie. As **circunstâncias** do crime devem ser valoradas de forma negativa, tendo em vista que o Primeiro Grupo Catarinense – PGC constitui uma facção delituosa de alta periculosidade, que atua paralelamente ao Estado Democrático de

Direito, possuindo «leis», regras e disciplinas próprias, com a finalidade precípua de praticar crimes. Além disso, tem por base aproximadamente quatro mil integrantes, dispostos a atentar contra os Poderes Constituídos, por meio da execução de atos criminosos atentatórios à ordem pública e à segurança das instituições, na intenção de enfraquecer a soberania Estatal. As **consequências** do crime não implicam em agravamento ou atenuação. Não há que se falar em **comportamento da vítima**.

Com relação ao delito de integrar organização criminosa:

Tendo em vista que ao menos as circunstâncias do crime e os maus antecedentes lhe são negativos, necessária a elevação da pena-base (em 1/6, para cada, conforme entendimento dominante), que fixo em quatro (4) anos de reclusão, e oitenta (80) dias-multa, a razão 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 o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa.

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 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, como circunstância agravante tem-se aquela prevista no art. 2º, §3º, da Lei n. 12.850/13, uma vez que amplamente comprovado nos autos que o acusado exercia um dos cargos de comando da organização criminosa, atuando como membro do alto escalão, ajudando nas decisões relevantes. Ainda como agravante tem-se a reincidência, de modo que elevo a pena em um sexto (1/6) para cada e fixo-a em cinco (5) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição. Incidem, no entanto, as causas de aumento previstas no artigo 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/2013, por se tratar de organização criminosa armada, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes e que conta com a participação de crianças e adolescentes, conforme fundamentação exarada acima. Assim, elevo a pena em três sextos (3/6), aumento de um sexto (1/6) para cada majorante, totalizando-a em **sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão, e cento e vinte (120) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante da reincidência, maus antecedentes e reiteração na prática de crimes, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena imposta (artigo 33, §3º, do Código Penal).

Com relação ao acusado Luciomario Brito dos Santos:

Observados os parâmetros do artigo 59, do Código Penal, consigno que a **culpabilidade** do acusado, enquanto compreendida como maior grau de reprovabilidade da conduta não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie.

É reincidente e registra **antecedentes criminais** contra si, uma vez que possui condenações por roubo majorado (trânsito em julgado 27-07-2011 e extinção da pena em 14-06-2016) e por tráfico de drogas (trânsito em julgado 07-06-2021 - ainda sem extinção da pena). A segunda condenação será usada para fins de reincidência e a primeira como maus antecedentes. A **conduta social** e a **personalidade** não restaram melhor apuradas e devem ser consideradas normais, apesar de haver indicativos de que são voltadas aos sinuosos caminhos do crime.

Os **motivos** podem ser considerados normais à espécie. As **circunstâncias** do crime devem ser valoradas de forma negativa, tendo em vista que o Primeiro Grupo Catarinense – PGC constitui uma facção delituosa de alta periculosidade, que atua paralelamente ao Estado Democrático de Direito, possuindo «leis», regras e disciplinas próprias, com a finalidade precípua de praticar crimes. Além disso, tem por base aproximadamente quatro mil integrantes, dispostos a atentar contra os Poderes Constituídos, por meio da execução de atos criminosos atentatórios à ordem pública e à segurança das instituições, na intenção de enfraquecer a soberania Estatal. As **consequências** do crime não implicam em agravamento ou atenuação. Não há que se falar em **comportamento da vítima**.

Com relação ao delito de integrar organização criminosa:

Tendo em vista que ao menos as circunstâncias do crime e os maus antecedentes lhe são negativos, necessária a elevação da pena-base (em 1/6 para cada, conforme entendimento dominante), que fixo em quatro (4) anos de reclusão, e oitenta (80) dias-multa, a razão 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 o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa.

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 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, como circunstância agravante tem-se aquela prevista no art. 2º, §3º, da Lei n. 12.850/13, uma vez que amplamente comprovado nos autos que o acusado exercia um dos cargos de comando da organização criminosa, atuando como “disciplina geral” da cidade Brusque, responsável por organizar a estrutura criminosa, com função de comando a outros membros. Ainda, tem-se a reincidência, de modo que elevo a pena em um sexto (1/6) para cada e fixo-a em cinco (5) anos de reclusão. Como atenuante, tem-se a confissão espontânea, ainda que parcial, motivo pelo qual diminuo a pena em um sexto (1/6), a partir da pena base, totalizando-a em quatro (4) anos e seis (6) meses de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição. Incidem, no entanto, as causas de aumento previstas no artigo 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/2013, por se tratar de organização criminosa armada, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes e que conta com a participação de crianças e adolescentes, conforme fundamentação exarada acima. Assim, elevo a pena em três sextos (3/6), aumento de um sexto (1/6) para cada majorante, totalizando-a em **seis (6) anos e nove (9) meses de reclusão, e cento e vinte (120) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante da reincidência, maus antecedentes e reiteração na prática de crimes, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena imposta (artigo 33, §3º, do Código Penal).

Com relação ao acusado Daniel de França Pires:

Observados os parâmetros do artigo 59, do Código Penal, consigno que a **culpabilidade** do acusado, enquanto compreendida como maior grau de reprovabilidade da conduta não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie.

É **primário** e não registra **antecedentes criminais** contra si, uma vez que apesar de já possuir condenação por integrar organização criminosa, esta ainda não transitou em julgado e não pode ser considerada em seu desfavor. A **conduta social** e a **personalidade** não restaram melhor apuradas e devem ser consideradas normais, apesar de haver indicativos de que são voltadas aos sinuosos caminhos do crime.

Os **motivos** podem ser considerados normais à espécie. As **circunstâncias** do crime devem ser valoradas de forma negativa, tendo em vista que o Primeiro Grupo Catarinense – PGC constitui uma facção delituosa de alta periculosidade, que atua paralelamente ao Estado Democrático de Direito, possuindo “leis”, regras e disciplinas próprias, com a finalidade precípua de praticar crimes. Além disso, tem por base aproximadamente quatro mil integrantes, dispostos a atentar contra os Poderes Constituídos, por meio da execução de atos criminosos atentatórios à ordem pública e à segurança das instituições, na intenção de enfraquecer a soberania Estatal. As **consequências** do crime não implicam em agravamento ou atenuação. Não há que se falar em **comportamento da vítima**.

Com relação ao delito de integrar organização criminosa:

Tendo em vista que ao menos as circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a elevação da pena-base (em 1/6 para, conforme entendimento dominante), que fixo em três (3) anos e seis (6) meses de reclusão, e quarenta e cinco (45) dias-multa, a razão 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 o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa.

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 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, como circunstância agravante tem-se aquela prevista no art. 2º, §3º, da Lei n. 12.850/13, uma vez que amplamente comprovado nos autos que o acusado exercia um dos cargos de comando da organização criminosa, atuando como responsável pela central de crédito do grupo criminoso, denominada “CDC”. Assim, elevo a pena em um sexto (1/6) e, na ausência de atenuantes, fixo a pena em quatro (4) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição. Incidem, no entanto, as causas de aumento previstas no artigo 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/2013, por se tratar de organização criminosa armada, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes e que conta com a participação de crianças e adolescentes, conforme fundamentação exarada acima. Assim, elevo a pena em três sextos (3/6), aumento de um sexto (1/6) para cada majorante, totalizando-a em **seis (6) anos de reclusão, e sessenta e sete (67) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante da reiteração na prática de crimes e circunstâncias do crime negativas, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena imposta (artigo 33, §3º, do Código Penal).

Com relação ao acusado Paulo Ricardo Thives de Souza:

Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, tenho que o acusado agiu com grau de **culpabilidade**, normal à espécie, uma vez que comercializava a substância maconha, que possui nocividade relativa.

É **primário** e não registra **antecedentes criminais** contra si, apesar de responder a outro processo por tráfico de drogas. A **conduta social** e a **personalidade** não restaram melhor apuradas e devem ser consideradas normais. Os **motivos** foram o lucro fácil, às expensas do vício e saúde alheia, logo, inerentes ao tipo. Não há **circunstâncias** que mereçam destaque, enquanto que as **consequências** podem ser consideradas como graves, em razão do pós-consumo trazidos pelo vício dos entorpecentes, contudo, são normais à espécie e não podem ser valoradas.

Com relação ao crime de tráfico de drogas:

Considerando as circunstâncias judiciais acima apontadas, desnecessária a exacerbação da pena-base, a qual fixo em cinco (5) anos de reclusão, e quinhentos (500) dias-multa, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, de modo que mantenho a pena no mesmo patamar, vez que mesmo reconhecida a confissão espontânea, ainda que parcial, a pena já se limitou ao mínimo legal e não pode vir abaixo nesta fase de aplicação.

Na derradeira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, pelo que totalizo a pena em **cinco (5) anos de reclusão, e quinhentos (500) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante do *quantum* de pena aplicado e primariedade do acusado, tenho como necessário aplicar o regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda corporal, nos termos do art. 33, §2º, 'b', do Código Penal.

Com relação à acusada Karolaine de França Pereira:

Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, tenho que a acusada agiu com **culpabilidade** inerente ao tipo. É primária e não registra **antecedentes criminais** contra si. **Conduta social** não é digna de nota. **Personalidade** normal. Os **motivos** podem ser tributados a intenção de ajudar seu companheiro Marcelo. **Circunstâncias** já analisadas e consequências normais à espécie. É certo que a vítima, com seu **comportamento**, não contribuiu para o desiderato criminoso.

Com relação ao crime de denúncia caluniosa:

Diante de tais circunstâncias judiciais, não observo necessidade para exacerbação da pena base, que fixo em dois (2) anos de reclusão, e dez dias multa, no valor um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal.

Não há circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas, tendo em vista que mesmo reconhecida a confissão espontânea, ainda que parcial, a pena já se limitou ao mínimo legal e não pode vir abaixo nesta fase de aplicação.

Não se verificam causas de aumento ou de diminuição, de modo concretizo a pena em **dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados, fixando o regime aberto para início de cumprimento, ante a primariedade e circunstâncias judiciais positivas (art. 33, §2º, "c" e §3º, CP).

Com relação ao acusado Marcelo Salum da Costa Junior:

Observados os parâmetros do artigo 59, do Código Penal, consigno que a **culpabilidade** do acusado, enquanto compreendida como maior grau de reprovabilidade da conduta não se afasta da linha de normalidade prevista às espécies.

É reincidente e, portanto, registra **antecedentes criminais** contra si, uma vez que possui condenação por tráfico de drogas (trânsito em julgado 28-01-2020, ainda sem extinção da pena). A condenação mencionada será usada na segunda fase de aplicação como maus antecedentes. A **conduta social** e a **personalidade** não restaram melhor apuradas e devem ser consideradas normais, apesar de haver indicativos de que são voltadas aos sinuosos caminhos do crime.

Os **motivos** podem ser considerados normais às espécies. As **circunstâncias** do crime de integrar organização criminosa devem ser valoradas de forma negativa, tendo em vista que o Primeiro Grupo Catarinense – PGC constitui uma facção delituosa de alta periculosidade, que atua paralelamente ao Estado Democrático de Direito, possuindo “leis”, regras e disciplinas próprias,

com a finalidade precípua de praticar crimes. Além disso, tem por base aproximadamente quatro mil integrantes, dispostos a atentar contra os Poderes Constituídos, por meio da execução de atos criminosos atentatórios à ordem pública e à segurança das instituições, na intenção de enfraquecer a soberania Estatal. As circunstâncias dos demais crimes devem ser consideradas normais às espécies. As **consequências** do crime não implicam em agravamento ou atenuação. Não há que se falar em **comportamento da vítima**.

Com relação ao delito de integrar organização criminosa:

Tendo em vista que ao menos as circunstâncias do crime lhe são negativas, já que a reincidência será considerada na segunda fase de aplicação de pena, necessária a elevação da pena-base (em 1/6 para, conforme entendimento dominante), que fixo em três (3) anos e seis (6) meses de reclusão, e quarenta e cinco (45) dias-multa, a razão 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 o aumento da reprimenda corporal e da pena de multa.

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 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, como circunstância agravante tem-se a reincidência, já como atenuante tem-se a menoridade relativa, de modo que procedo a compensação entre a reincidência e a menoridade e mantenho a pena no mesmo patamar. Ainda, tem-se como atenuante a confissão espontânea, ainda que parcial, motivo pelo qual diminuo a pena em um sexto e fixo-a em três (3) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição. Incidem, no entanto, as causas de aumento previstas no artigo 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/2013, por se tratar de organização criminosa armada, que mantém conexão com outras organizações criminosas independentes e que conta com a participação de crianças e adolescentes, conforme fundamentação exarada acima. Assim, elevo a pena em três sextos (3/6), aumento de um sexto (1/6) para cada majorante, totalizando-a em **quatro (4) anos e seis (6) meses de reclusão, e sessenta e sete (77) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Com relação ao crime de denúncia caluniosa:

Diante de tais circunstâncias judiciais, observo a necessidade para exacerbação da pena base em um sexto, que fixo em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e vinte e nove (29) dias multa, no valor um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal.

Na segunda fase, como circunstância agravante tem-se a reincidência, já como atenuante tem-se a menoridade relativa, de modo que procedo a compensação entre a reincidência e a menoridade e mantenho a pena no mesmo patamar.

Não se verificam causas de aumento ou de diminuição, de modo concretizo a pena em **dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e vinte e nove (29) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Quanto ao crime de porte irregular de arma de fogo de uso permitido:

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, desnecessária a exacerbação da pena base, que fixo no seu mínimo legal, ou seja, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, no valor de um trinta avos (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, para cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Na segunda fase, como circunstância agravante tem-se a reincidência, já como atenuante tem-se a menoridade relativa, de modo que procedo a compensação entre a reincidência e a menoridade e mantenho a pena no mesmo patamar. Ainda, tem-se como atenuante a confissão espontânea, mas deixo de considerá-la, já que a pena não pode vir abaixo do mínimo legal nesta fase de sua aplicação.

Não havendo causas de aumento ou diminuição, fixo a pena em **dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Com relação ao crime de tráfico de drogas:

Considerando as circunstâncias judiciais acima apontadas, desnecessária a exacerbação da pena-base, a qual fixo em cinco (5) anos de reclusão, e quinhentos (500) dias-multa, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Na segunda fase, como circunstância agravante tem-se a reincidência específica, já como atenuante tem-se a confissão espontânea, de modo que procedo a compensação entre a reincidência e a confissão e mantenho a pena no mesmo patamar. Consigno que nessa fase não considero a menoridade, posto que ao cometer o citado crime já era maior de 21 anos de idade.

Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena do art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, conforme declinado acima, razão pela qual elevo a pena no patamar de dois sextos (2/6) – em razão de o acusado ter envolvido pelo menos dois menores de idade para a prática criminosa, tornando-a definitiva, na ausência de causas especiais de diminuição, em **seis (6) anos e oito (8) meses de reclusão, e seiscentos e sessenta e seis (666) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Do concurso material:

Considerando que, consoante acima analisado, o denunciado, mediante mais de uma ação e unidade de desígnios, praticou os crimes de integrar organização criminosa, denúncia caluniosa, porte irregular de arma de fogo e tráfico de drogas com causa de aumento, imperativo o reconhecimento do concurso material, motivo pelo qual somo as penas, tornando-a definitiva em

quinze (15) anos e seis (6) meses de reclusão, e setecentos e oitenta (782) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Diante da reincidência, quantidade de pena aplicada e reiteração na prática de crimes, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena imposta (artigo 33, §2º, 'a', do Código Penal).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE, em parte**, a denúncia para:

I) **absolver** os acusados **FELIPE SALES SALUM DA COSTA** e **MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR**, vulgo “**Menor**” ou “**Gnomo**”, ambos identificados nos autos, quanto à prática do crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, Marcelo com a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da citada Lei, o que faço com suporte no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;

II) **absolver** os acusados **FELIPE SALES SALUM DA COSTA, SELMA CAPISTRANO LOPES** e **DANIEL DE FRANÇA PIRES**, vulgo “**Charada**” ou “**Charadinha**”, todos qualificados nos autos, quanto à prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e quanto a Selma no artigo 33, § 1º, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, o que faço com suporte no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;

III) **absolver** o acusado **PAULO ROBERTO CARNEIRO**, vulgo “**Mumu**”, já identificado nos autos, dado como incurso nas sanções do artigo 2º, § 2º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013, o que faço com suporte no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;

IV) **condenar** o acusado **LUCIANO JOSÉ DOS SANTOS**, vulgo «**Balotelli**», «**Coroa**» e “**Tigrão**”, já identificado nos autos, à pena de **sete (7) anos e seis (6) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **cento e vinte (120) dias-multa**, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV da Lei n. 12.805/2013;

V) **condenar** o acusado **LUCIOMÁRIO BRITO DOS SANTOS**, já identificado nos autos, à pena de **seis (6) anos e nove (9) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **cento e vinte (120) dias-multa**, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013;

VI) **condenar** o acusado **DANIEL DE FRANÇA PIRES**, vulgo “**Charada**” ou “**Charadinha**”, já identificado nos autos, à pena de **seis (6) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **sessenta e sete (67) dias-multa**, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 2º, § 2º, § 3º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013;

VII) **condenar** o acusado **MARCELO SALUM DA COSTA JÚNIOR**, vulgo «**Menor**» ou “**Gnomo**”, já identificado nos autos, à pena de **quinze (15) anos e seis (6) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **setecentos e oitenta (782) dias-multa**, a razão 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 previstos no artigo 2º, § 2º, § 4º, inciso I e IV, da Lei n. 12.850/2013, artigo 339, *caput*, do Código Penal, artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, e artigo 33 e 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal;

VIII) **condenar** o acusado **PAULO RICARDO THIVES DE SOUZA**, vulgo “**Paulinho**”, já identificado nos autos, à pena de **cinco (5) anos de reclusão**, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de **quinhentos (500) dias-multa**, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006;

IX) **condenar** a acusada **KAROLAINE DE FRANÇA PEREIRA**, já identificada nos autos, à pena de **dois (2) anos de reclusão**, em regime inicial aberto, e ao pagamento de **dez (10) dias-multa**, a razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput*, do Código Penal.

Condeno os acusados Luciano, Paulo Ricardo, Luciomario, Daniel, Karolaine e Marcelo ao pagamento das custas processuais, na proporção de um sexto (1/6) para cada um, que deverão ser satisfeitas juntamente com a multa tipo aplicada, no prazo de dez (10) dias, a contar do trânsito em julgado da sentença (art. 50 do CP), vez que lhes indefiro os pedidos de gratuidade da Justiça por insuficiência de comprovação da hipossuficiência e por possuírem condições financeiras para suportar as despesas processuais.

Diante do *quantum* de penas aplicadas, circunstâncias judiciais negativas e alto grau de reprovabilidade de suas condutas, já que integrantes da organização criminosa PGC – Primeiro Grupo Catarinense, facção delituosa de alta periculosidade, que atua paralelamente ao Estado Democrático de Direito, possuindo “leis” e disciplinas próprias, com a finalidade precípua de praticar crimes, na intenção de enfraquecer a soberania Estatal, por certo que incabível, desarrazoado e insuficiente a substituição das reprimendas corporais dos acusados Luciano, Paulo Ricardo, Luciomario, Daniel e Marcelo por restritivas de direitos, multa pecuniária ou *sursis*, já que não preenchidos os requisitos dos artigos 44 e 77, *c/c* artigo 59, todos do Código Penal.

Logo, nego-lhes tais benesses legais, as quais têm por objetivo abrandar as penas de crimes menos graves, nos quais não se enquadra o delito de integrar a organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense – PGC e o tráfico de drogas.

No tocante a denunciada Karolaine, considerando que diante das circunstâncias judiciais indicadas, apresenta-me suficiente para a reprovação e prevenção do crime a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos para cada acusado, nos termos do artigo 59 *c/c* o artigo 43, incisos I e IV, artigo 44, inciso I e § 2º, parte final, todos do Código Penal, aplico-lhe:

a) Prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente à época do efetivo pagamento, em favor de entidade credenciada junto ao juízo, que deverá ser pago em trinta dias, através de guia judicial, em conta vinculada ao juízo, nos termos da Portaria n. 001/2018, da Vara Criminal de

Brusque. Na aplicação da prestação pecuniária foi levado em consideração as condições financeiras e materiais da acusada, bem como, a reprovação de sua conduta; e,

b) Prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por cada dia de condenação, que deverão ser cumpridas em entidade assistencial credenciada junto ao juízo, de acordo com as aptidões da condenada, mediante controle e fiscalização do responsável legal, bem como, remessa de relatório ao juízo.

Deixo de dar cumprimento ao disposto no artigo 387, §2º, do CPP, pois os sentenciados Luciano, Luciomario, Marcelo e Daniel possuem execuções penais em andamento, encontrando-se presos em outros autos, de modo que a detração deverá ser objeto de análise na fase de execução penal.

Diante da absolvição do acusado Paulo Roberto Carneiro, determino a expedição de alvará de soltura em seu favor nos presentes autos, contudo, deverá permanecer preso em outro processo.

Concedo aos acusados Paulo Ricardo e Karolaine o direito de recorrerem em liberdade, uma vez que responderam soltos a toda ação penal, comparecendo a todos os atos processuais aos quais foram intimados, de modo que ausentes, ao menos por ora, os requisitos autorizadores de suas segregações cautelares.

Outrossim, nego aos acusados Luciano, Luciomario, Marcelo e Daniel o direito de recorrer em liberdade. Não é razoável que após terem permanecido segregados durante a tramitação processual, em razão da decretação das prisões preventivas, sejam libertados justamente quando condenados pelo cometimento do crime de integrar organização criminosa armada, com o envolvimento de adolescente, *in casu*, o Primeiro Grupo Catarinense – PGC, facção dotada de alta periculosidade, que vem aterrorizando o Estado de Santa Catarina com suas práticas delitivas.

No caso dos autos, as prisões dos acusados devem ser mantidas em razão da alta periculosidade que possuem e risco notório de reiteração criminosa, já que integrantes do crime organizado, sem olvidar a gravidade concreta dos ilícitos pelos quais foram condenados, sendo necessário o afastamento do convívio social para acautelar a ordem pública.

Assim, porque preenchidos os requisitos dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, mantenho as prisões preventivas de Luciomário Brito dos Santos; Daniel de França Pires; vulgo “Charada” ou “Charadinha”; Marcelo Salum da Costa Júnior, vulgo “Menor” ou “Gnomo”; e Luciano José dos Santos, vulgo “Balotelli”, “Coroa” e “Tigrão”.

Com relação ao denunciado Luciomario, **mantenho a prisão domiciliar** que lhe foi concedida no Evento 461.

Mantenham-se os réus nas prisões em que se encontram.

Diante da condenação e não concessão ao direito de recorrerem em liberdade, requisitem-se imediatas vagas junto ao DEAP e expeçam-se PEC’s provisórios imediatamente.

Transitada em julgado, lance-se-lhes os nomes 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 pedido expresso na denúncia (RESP n. 1.707.850/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 13/03/2018, DJe 12/04/2018).

Declaro o perdimento e determino a destruição dos aparelhos celulares apreendidos em poder dos sentenciados, obtidos com a prática criminosa e utilizados para fins ilícitos, pois amplamente comprovado nos autos que eram utilizados com a finalidade de trocar informações, estruturar a organização criminosa PGC e viabilizar a prática de delitos.

Considerando que os sentenciados Luciomario, Daniel, Luciano, Paulo Roberto e Marcelo possuem processos de Execução Criminal em andamento, certifique-se a prolação da sentença nos respectivos PEC's ou comunique-se ao Juízo competente, caso o processo tramite em Comarca diversa, para os devidos fins.

Cumpridos todos os desdobramentos da sentença, arquivem-se os autos, com as baixas necessárias.

Publicada e registrada eletronicamente, intimem-se.

De acordo com a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1349935, representativo do Tema 959, e, diante da orientação do Conselho Nacional de Justiça no PCA n. 000420-24.2013.2.00.0000, tratando-se de processo digital, determino a intimação pessoal dos representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, com vista dos autos, por meio do portal eletrônico.

Documento eletrônico assinado por **EDEMAR LEOPOLDO SCHLOSSER, Juiz de Direito**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, mediante o preenchimento do código verificador **310030102168v319** e do código CRC **e3584120**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): EDEMAR LEOPOLDO SCHLOSSER

Data e Hora: 1/11/2022, às 11:53:10

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº 5000601-51.2019.8.24.0020/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: ERICA GHEDIN ORLANDIN

RÉU: MARCIO BURIGO

SENTENÇA

Vistos etc.

I - RELATÓRIO.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no exercício de suas atribuições legais, ajuizou ação civil pública contra Márcio Búrigo e Erica Ghedin Orlandin, qualificados no introito dos autos, pela prática de atos de improbidade administrativa que, em tese, infringiram princípios da Administração Pública. Narrou as condutas supostamente ímprobas e pugnou, ao final, o reconhecimento de atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, *caput* e inc. II, da LIA, bem como a condenação dos requeridos nas sanções do art. 12, inc. III, da LIA.

Notificados (eventos 3, 8 e 11), os requeridos constituíram advogada e apresentaram manifestação por escrito (eventos 12 e 13).

A inicial foi recebida (evento 16).

Citados (eventos 25 e 35), os réus ofereceram contestação (evento 36).

Houve réplica (evento 40).

Foi cientificada a pessoa jurídica interessada (eventos 45, 46 e 47).

Saneado o processo, o Ministério Público não manifestou interesse em outras provas e os réus postularam a oitiva de testemunhas (eventos 42, 40 e 48).

Designada audiência de instrução e julgamento, foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelos requeridos (evento 94).

Encerrada a instrução, as partes apresentaram suas alegações finais por meio de memoriais escritos (eventos 99 e 111).

O julgamento foi convertido em diligência, com a intimação das partes para manifestação em relação à Lei n. 14.230/21 (evento 114).

Instadas, as partes se manifestaram (eventos 121 e 123).

Vieram, então, os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO.

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público de Santa Catarina contra Márcio Búrigo e Erica Ghedin Orlandin, qualificados no introito dos autos, por meio da qual pugna, em síntese, o reconhecimento de atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, *caput* e inc. II, da LIA, bem como a condenação dos requeridos nas sanções do art. 12, inc. III, da LIA.

Inexistindo preliminares, passo ao exame do mérito.

O advento da Lei n. 14.230/21 promoveu profundas alterações na Lei n. 8.429/92, trazendo disposições de natureza processual (referentes ao procedimento administrativo e ao processo judicial) e de natureza material (referentes à definição e alcance dos atos ímprobos, às sanções, aos agentes abrangidos, ao elemento volitivo necessário para a sua configuração e à tipificação das condutas). Há, por outro lado, disposições de natureza híbrida (referentes à prescrição intercorrente, à prescrição da pretensão punitiva e ao acordo de não persecução cível).

Sobre as disposições de natureza processual, tem-se que não retroagem e nem atingem os atos praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência dos dispositivos modificados ou revogados (art. 14 do CPC). No entanto, devem ser aplicadas de imediato aos processos em curso, inclusive na presente demanda, desde que compatíveis com a respectiva etapa processual (art. 6º da LINDB).

Por sua vez, as disposições de natureza material devem ser examinadas com maior cuidado, na medida que, tratando de alteração legislativa benéfica ao réu, deve ser aplicada retroativamente. Isso porque, a teor do art. 17-D, *caput*, da LIA, a ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanção pessoal e não constitui ação civil pública, possuindo natureza de direito administrativo sancionador, consoante art. 1º, § 4º, da LIA.

Nesse contexto, as disposições de natureza material mais favoráveis ao requerido, por limitarem o poder punitivo do Estado, devem ter aplicação retroativa, o que restou igualmente pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do ARE n. 843.989 (Tema 1.199).

Colhe-se da jurisprudência:

“A Lei 14.230/21 alterou substancialmente a Lei 8.429/92 (a Lei de Improbidade Administrativa). As modificações foram tão representativas, alterando-se valorativamente o regramento anterior, que surge, pode ser dito, uma “Nova Lei de Improbidade Administrativa”. Há tendência nas instâncias ordinárias de considerar que (a) a atual disciplina tem aplicação retroativa quanto ao direito material, se favorável ao acusado - derivação constitucional, que assim prega quanto ao direito penal, mas que vale identicamente para

o direito administrativo sancionador, e (b) a regulamentação de caráter processual valerá apenas para o futuro, preservando-se o que se deu perante o regramento revogado. Adere-se a esse posicionamento, ressalvando-se que nos casos de pontos de estrangulamento (Cândido Rangel Dinamarco) entre direito material e processual (como as condições da ação, provas, coisa julgada e regime econômico) a questão mereça maior reflexão. O STF ainda cuidará da aludida retroatividade em repercussão geral, mas não há, por ora, ordem de suspensão.” (TJSC, AI n. 5019639-75.2020.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 05-04-2022).

Ainda:

“O legislador foi mais além na Lei n. 14.230/2021 e, de certa forma, impôs uma radical modificação no entendimento pretoriano, que atestava, até então, a natureza extrapenal da Lei n. 8.429/92. Com a modificação advinda do art. 17-D, da Lei n. 14.230/2021, impôs o legislador a todos os tribunais pátrios, a ideia da natureza sancionadora da Lei de Improbidade, deixando-se expresso no texto normativo que não se trata de uma “ação civil”. É uma claríssima mensagem ao intérprete, para que confira as garantias penais compatíveis ao caso concreto” (TJSC, Apelação n. 0900085-81.2014.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-03-2022).

Assim, as alterações legislativas que modificaram a definição de ato de improbidade administrativa, a sua tipificação e o elemento volitivo, bem como que elencaram e quantificaram as sanções aplicáveis, todas de natureza material, deverão retroagir para favorecer o réu sempre que forem mais benéficas.

Feitas essas considerações, passo à análise do caso concreto.

Segundo a narrativa constante na inicial, os requeridos teriam mantido a contratação de servidores temporários e comissionados de forma ilegal e utilizando dos cargos públicos que ocupavam junto ao Município de Criciúma. A inicial ainda refere que os réus teriam praticado fraude consistente na imediata recontração dos servidores que haviam sido exonerados por força de decisão judicial.

O Ministério Público enquadrou a conduta dos requeridos como atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, *caput* e inc. II, da LIA, ao pretexto de violação de princípios da Administração Pública, bem como por terem retardado e deixado de praticar indevidamente ato de ofício inerente ao cargo.

Ocorre, contudo, que a nova redação dada ao art. 11 da LIA não mais permite a tipificação dos atos atentatórios contra os princípios com base na descrição genérica do *caput*, sendo necessária a subsunção da conduta às hipóteses específicas previstas nos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, XI ou XII do *caput*.

Para melhor ilustrar:

Redação anterior à Lei n. 14.230/21	Redação dada pela Lei n. 14.230/21
<p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e <u>notadamente</u>:</p>	<p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, <u>caracterizada por uma das seguintes condutas</u>:</p>

Por conseguinte, antes era um rol meramente exemplificativo, caracterizando tipo aberto e introduzido pela expressão “notadamente”, agora tornou-se um tipo fechado ao exigir que a ação ou omissão seja caracterizada por alguma das condutas previstas nos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, XI ou XII. Não há improbidade administrativa se a conduta não se encontra tipificada dentre aquelas do rol taxativo.

Não se pode ignorar, ainda, que a Lei n. 14.230/21 revogou o inc. II do art. 11 da Lei n. 14.230/21, que tipificava como improbidade administrativa retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício. Por derradeiro, a conduta daquele que viola os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, mesmo retardando ou deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício, não incorre em improbidade administrativa se a ação ou omissão não se enquadrar em outra hipótese específica do art. 9º, do art. 10 ou dos incisos do art. 11 da LIA.

Inexiste dúvida, portanto, de que a modificação do tipo de improbidade administrativa, excluindo de sua estrutura típica determinada conduta, é considerada norma de natureza material mais benéfica, devendo ser aplicada retroativamente para isentar de responsabilidade todos aqueles que respondem a imputações de condutas que não mais podem ser enquadradas naquele tipo de ato ímprobo.

No caso concreto, ainda que se considerassem verdadeiras as imputações deduzidas pelo Ministério Público, não se está mais diante de conduta que possa ser qualificada como improbidade administrativa (fato atípico), uma vez que a alegada prática de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício não mais caracteriza ato ímprobo que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUDANÇAS NA LEI. DIREITO MATERIAL FAVORÁVEL AO RÉU. APLICAÇÃO AOS FATOS PASSADOS. RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVIÇÃO. 1. A Lei 14.230/21 alterou substancialmente a Lei 8.429/92 (a Lei de Improbidade Administrativa). As modificações foram

tão representativas, alterando-se valorativamente o regramento anterior, que surge, pode ser dito, uma “Nova Lei de Improbidade Administrativa”. Há tendência nas instâncias ordinárias de considerar que (a) a atual disciplina tem aplicação retroativa quanto ao direito material, se favorável ao acusado - derivação constitucional, que assim prega quanto ao direito penal, mas que vale identicamente ao direito administrativo sancionador; e (b) a regulamentação de caráter processual valerá apenas para o futuro, preservando-se o que se deu perante o regramento revogado. Adere-se a esse posicionamento, ressaltando-se que nos casos de pontos de estrangulamento (Cândido Rangel Dinamarco) entre direito material e processual (condições da ação, provas, coisa julgada e regime econômico) a questão mereça maior reflexão. O STF ainda cuidará da aludida retroatividade em repercussão geral, mas não há, por ora, ordem de suspensão. 2. Caso em que, ante o novo regramento, não existe mais tipificação no art. 11 (a ofensa a princípios administrativos), que reclama a intenção de atender a propósito pessoal - o que não se caracterizou. Faltam, no caso, os elementos objetivo e subjetivo para o enquadramento como ato ímprobo. 3. Recurso provido para julgar improcedente o pedido. (TJSC, Apelação Cível n. 0900124-77.2018.8.24.0035, de Ituporanga, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 03-03-2022). (grifou-se).

Inviável, ainda, acolher a tese de inconstitucionalidade da nova redação do art. 11 da LIA, pois o rol de condutas de atos de improbidade administrativa não é imutável e isso, por si só, não viola o princípio da vedação ao retrocesso e tampouco configura proteção deficiente. Os bens jurídicos continuam sendo protegidos, mesmo com sucessivas e questionáveis alterações legislativas, ao passo que não há qualquer óbice constitucional quanto à modificação da norma de regência.

No ponto, conforme bem referido pelo eminente Desembargador Paulo Henrique Moritz da Silva, “criticável ou não fato é que essa é a opção legislativa, e, não havendo inconstitucionalidade, as regras já em vigor devem ser observadas e aplicadas.” (TJSC, Apelação Cível n. 0001517-39.2013.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, Primeira Câmara de Direito Público, j. 08-02-2022).

A propósito:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I E II, DA LEI N. 8.429/1992. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. POSTERIOR INOVAÇÃO LEGISLATIVA. LEI N. 14.230/2021. REVOGAÇÃO DOS TIPOS QUE PREVIAM AS CONDUTAS IMPUTADAS AO RÉU. 1) INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, VI, DA LEI N. 14.230/2021, QUE REVOGOU OS INCISOS I, II, IX E X DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMUTABILIDADE DO ROL DE CONDUTAS. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA RETROCESSO OU PROTEÇÃO DEFICIENTE. 2) INAPLICABILIDADE DA LEI N. 14.230/2021 AOS ATOS PRATICADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. TESE AFASTADA. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PENAL, EM ESPECIAL O ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, PREJUDICADO O DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (TJSC, Apelação Cível n. 0900599-55.2017.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 01-02-2022). (grifou-se).

Do aresto é possível extrair a seguinte conclusão:

“Ao adotar o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o objetivo não é negar o caráter fundamental da proteção à probidade administrativa. Seguindo o paralelo com o Direito Penal, é possível notar que, mesmo com sucessivas alterações legislativas, os bens jurídicos continuam sendo protegidos, mas isso não obsta que, eventualmente, haja abolitio criminis. A mesma lógica aplica-se ao direito administrativo sancionador - e não porque eventual conduta ímproba passa a ser socialmente aceita, mas pelo fato de o legislador reconhecer que já não era mais viável puni-la com as penas duras e severas previstas na Lei de Improbidade Administrativa. O objetivo continua sendo a proteção do direito fundamental, mas o rol de condutas não é imutável e isso, por si só, não viola o princípio da vedação ao retrocesso e tampouco configura proteção deficiente. Assim, não há falar em inconstitucionalidade do art. 4º, VI, da Lei n. 14.230/2021.”

Não há falar, ademais, em readequação típica para o inciso V do art. 11 da LIA, uma vez que restou alterado pela Lei n. 14.230/21 e não pode retroagir para prejudicar os requeridos. É válido reforçar que as modificações de natureza material trazidas pela Lei n. 14.230/21 somente podem retroagir para beneficiar o réu, a teor do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199).

Impende ressaltar que, a partir da vigência da Lei n. 14.230/21, o réu não se defende mais apenas dos fatos, mas também da capitulação jurídica e do tipo indicado na inicial, passando a Lei n. 8.429/93 a vedar a modificação da capitulação apresentada pela parte autora e a condenação por tipo diverso daquele definido na inicial, na forma do art. 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F, da LIA, *in verbis*:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

§ 10-F. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que:

I - condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial;

Não diverge a jurisprudência catarinense:

“As recentes alterações normativas já citadas conferiram ao art. 17, § 10-C, da Lei n. 8.429/1992 redação que prevê, expressamente, vedação à modificação do fato principal e da capitulação legal pelo magistrado responsável pela causa. Além disso, o § 10-F do mesmo artigo prevê que a decisão de mérito que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial será considerada nula. No caso em discussão, restou evidente que o magistrado não aplicou sanções relacionadas aos atos de improbidade apontados pelo Ministério Público na petição inicial, motivo que leva à confirmação de que a capitulação legal apresentada

pelo autor foi modificada. Deste modo, em respeito à disposição específica da Lei de Improbidade neste sentido, há que se reconhecer a nulidade da sentença, com fundamento no art. 17, §§ 10-C e 10-F, da Lei n. 8.429/1992.” (TJSC, Apelação n. 0900044-19.2017.8.24.0013, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 30-08-2022).

Por fim, apesar das razões trazidas pelo Ministério Público, o pedido de suspensão do processo e do prazo prescricional não comporta acolhimento, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já deliberou acerca do Tema 1.199 e estabeleceu os parâmetros que possibilitam a retroatividade da Lei n. 14.230/21. Inexiste, portanto, qualquer impedimento para o prosseguimento e julgamento da demanda.

Assim, impõe-se a improcedência dos pedidos.

III - DISPOSITIVO.

DIANTE DO EXPOSTO, com fundamento no art. 487, inc. I, do CPC c/c art. 17, § 11, da LIA, **julgo improcedentes** os pedidos deduzidos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina para, em consequência, **absolver** os réus Márcio Búrigo e Erica Ghedin Orlandin das imputações constantes na inicial.

Sem custas ou honorários (art. 23-B da LIA).

Indefiro o pedido de suspensão do feito, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sem remessa necessária (art. 17-C, § 3º, da LIA).

Sobrevindo interposição de recurso, intime-se a parte contrária para, no prazo legal, apresentar suas contrarrazões. Após, independente de nova conclusão, remetam-se os autos imediatamente à Instância Superior.

Após o trânsito em julgado, procedam-se com as anotações necessárias e arquivem-se os autos, dando-se as baixas de estilo.

Documento eletrônico assinado por **EVANDRO VOLMAR RIZZO, Juiz de Direito**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, mediante o preenchimento do código verificador **310036159893v11** e do código CRC **33cd72a6**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): EVANDRO VOLMAR RIZZO

Data e Hora: 21/11/2022, às 8:33:55



DISCURSOS

ATA N. 438 – SESSÃO SOLENE DO TRIBUNAL PLENO

SESSÃO SOLENE DE HOMENAGEM AO MINISTRO JORGE MUSSI, OCORRIDA AOS VINTE E TRÊS DIAS DO MÊS DE SETEMBRO DE 2022

Aos vinte e três dias do mês de setembro do ano de dois mil e vinte e dois, nesta cidade de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina, reuniu-se às dezessete horas e vinte minutos, em sessão solene presencial por videoconferência, na sala de sessões Ministro Teori Zavascki, o egrégio Tribunal Pleno, com a presença dos Excelentíssimos Desembargadores João Henrique Blasi - Presidente, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, José Antônio Torres Marques, Salete Silva Sommariva, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cid José Goulart Júnior, Jaime Ramos, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Jorge Luiz de Borba, Rejane Andersen, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Sérgio Antônio Rizelo, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Saul Steil, Newton Varella Júnior, Gilberto Gomes de Oliveira, José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Bruggemann, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, André Carvalho, André Luiz Dacol, Denise de Souza Luiz Francoski, José Agenor de Aragão, Sidney Eloy Dalabrida, Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Antônio Zoldan da Veiga, Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Siegert Schuch, Bettina Maria Maresch de Moura, Sandro José Neis, Diogo Nicolau Pítsica e Marcos Fey Probst.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Cláudio Barreto Dutra, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Alexandre d'Ivanenko, Jânio de Souza Machado, Soraya Nunes Lins, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Tulio José Moura Pinheiro, Carlos Alberto Civinski, Robson Luz Varella, Sebastião César Evangelista, Ernani Guetten de Almeida, Carlos Adilson Silva, Rogério Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Volnei Celso Tomazini, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll, Janice Goulart Garcia Ubialli, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Júnior, Hélio do Valle Pereira, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Rosane Portella Wolff, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Luiz Cesar Schweitzer, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Júlio César Machado Ferreira de Melo, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Carlos Roberto da Silva, José Maurício Lisboa, Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, Flavio Andre Paz de Brum, Sílvio Dagoberto Orsatto e Edir Josias Silveira Beck.

Foram convidados para compor a mesa de representatividade, juntamente com o Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi – Presidente, os Excelentíssimos Senhores Jorge Mussi, Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Moacir Sopelsa, Governador do Estado de Santa Catarina em exercício; Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Presidente do Superior Tribunal de Justiça; Luís Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor-Geral de Justiça;

Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina; Conselheiro Herneus João de Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Cláudia da Silva Prudêncio, Presidente da Ordem do Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina.

Foram registradas, ainda, as presenças das seguintes autoridades: Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Antônio Carlos Ferreira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Luiz Fernando Bandeira de Mello, Conselheiro Ouvidor do Conselho Nacional de Justiça; Wanderley Godoy Junior, Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; Jorge Bornhausen, ex-Governador do Estado de Santa Catarina; José Laurindo de Souza Neto, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Rafael de Assis Horn, Vice-Presidente da Ordem do Advogados do Brasil; Cesar Ásfor Rocha, Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça; Erika Giovanini Reupke, Juíza Federal e Diretora do Foro da Seção Judiciária da Justiça Federal de Santa Catarina; Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses; Georgino Melo e Silva, Procurador Federal em Santa Catarina; Renan Soares de Souza, Defensor Público-Geral de Santa Catarina e Alisson de Bom de Souza, procurador-geral do Estado de Santa Catarina, e dos Desembargadores e ex-presidentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Antônio Fernando do Amaral e Silva, Nelson Juliano Schaefer Martins e Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço.

O Desembargador João Henrique Blasi – Presidente deu início à sessão solene de homenagem ao Ministro Jorge Mussi.

Todos foram convidados para, em posição de respeito, acompanhar a execução do Hino Nacional.

Na sequência, houve a exibição de vídeo comemorativo dos 131 anos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a ser comemorado no próximo dia 1º de outubro.

O Excelentíssimo Senhor Ministro Jorge Mussi foi convidado a se dirigir ao círculo central do pleno, à frente da mesa de representatividade, para receber a homenagem do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O Ministro Jorge Mussi é natural de Florianópolis, Santa Catarina. Estudou no Colégio Catarinense e no Instituto Estadual de Educação. Ingressou na Universidade Federal de Santa Catarina em 1972, formando-se bacharel em direito em 1976. Foi advogado entre 1977 a 1994, período em que, também, foi consultor jurídico do Estado de Santa Catarina, Procurador-geral do município de Florianópolis, Conselheiro e Tesoureiro da OAB Seccional Santa Catarina. Em fevereiro de 1994, após ser eleito pelo quinto constitucional, tomou posse como Desembargador no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde exerceu vários cargos na administração do Tribunal, dentre os quais a 2º vice-presidência entre os anos de 2002 e 2003. No Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina exerceu a presidência de março de 2003 a janeiro de 2004. Em 04 de dezembro de 2003 foi eleito, em sessão do Tribunal Pleno, presidente do Tribunal de Justiça catarinense, assumindo a presidência em fevereiro de 2004 e a exercendo até fevereiro de 2006. Exerceu o cargo de Governador do Estado em exercício em janeiro de 2006. Em 12 de dezembro de 2007 foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Em Brasília, foi Corregedor-Geral da Justiça Federal,

membro substituto e efetivo do Tribunal Superior Eleitoral, Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Corregedor Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. Foi vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, bem como Vice-Presidente e Corregedor-Geral do Conselho da Justiça Federal.

O Excelentíssimo Desembargador Jorge Henrique Blasi – presidente fez a entrega de homenagem ao Ministro Jorge Mussi.

Para saudar o Ministro Jorge Mussi, o Excelentíssimo Desembargador André Luiz Dacol, em nome da Corte Catarinense, proferiu o seguinte discurso: “Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi, Digno Presidente; Excelentíssima Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Digna Presidente do Superior Tribunal de Justiça; Caríssimo Ministro Luís Felipe Salomão, Digno Corregedor Nacional do CNJ; Excelentíssimo Ministro Jorge Mussi, nosso sempre Homenageado; e Excelentíssimo Ministro Marco Buzzi, filho deste solo gentil que nos brinda com seu retorno nesta importante sessão. Em nome de Vossas Excelências, cumprimento cordial e respeitosa todas as elevadas autoridades que se fazem presentes neste ato; colegas Desembargadoras e Desembargadores; membros do Ministério Público; advogadas e advogados; senhoras e senhores servidores; familiares e amigos do homenageado; meus senhores e minhas senhoras. Antes de prosseguir nesta difícil missão, quero agradecer ao “Meu Tribunal” (como diz o homenageado - MEU TRIBUNAL), por me honrar com o convite especial para expressar admiração, gratidão e orgulho do filho ilustre desta terra de Desterro que, sem jamais negar suas origens e raízes, ascendeu aos mais elevados cargos do Poder Judiciário Nacional. O dia é seu, caríssimo Ministro, mas eu sairei daqui presenteado pela honraria, advinda da gentileza dos colegas que sabem da importância que Vossa Excelência tem em minha trajetória pessoal e profissional. A missão não é fácil: resumir em uma simples saudação as inúmeras qualidades e falar um pouco da trajetória de um homem exemplar, um gigante e, para pesar mais o meu fardo, um tribuno de primeira grandeza, é tarefa por demais difícil para qualquer um, principalmente para quem tem o costume de falar com simplicidade. Sinceramente, ao tempo em que já me desculpo, lamento que minhas limitações impeçam de proferir saudação à altura do merecimento do nosso homenageado. Contudo, encaro essa missão com desvelada tranquilidade, porque falo de HOMEM DE BEM, que para mim, e todos que aqui estão, é exemplo. Então, cumpro a designação honrosa, traçando singelas linhas com a pena da consciência e da verdade embebida nas tintas do coração. Falar de Jorge Mussi é sempre lembrar Gilbert Keith Chesterton, escritor inglês, quando diz: “Há grandes homens que fazem com que todos se sintam pequenos. Mas o verdadeiro grande homem - O Gigante - é aquele que faz com que todos se sintam grandes”. Com isso, quero evidenciar a primeira e, para mim, uma das principais características do nosso homenageado: fazer com que aqueles que estão com ele na trajetória da vida sintam-se grandes. Ele, apesar de gigante, nunca se fez sombra, mas apoio àqueles que lutam estribados nos bons princípios, na ética e nos valores edificantes. De sua trajetória profícua, ousou inverter a ordem lógica de um discurso feito para agradecer e homenagear a quem tanto fez em favor do Poder Judiciário Catarinense e Nacional, para principiar, trazendo a público as qualidades humanas, as quais, como sempre digo, devem estar na ribalta da vida e transcender à Toga. Como filho, foi e sempre será, na memória eterna de Alfredo Mussi e Walda de Oliveira Mussi, motivo de

orgulho. Filho carinhoso, respeitável, respeitoso, dedicado e atento aos ensinamentos daqueles que lhe deram a luz da vida e tiveram sempre tanto a lhe ensinar. Com eles foi presente, mesmo nos momentos de distância física. Sempre esteve ciente da responsabilidade de ostentar o importante legado ético e moral deixado por seus genitores. Com eles, cumpriu o comando bíblico de “honrar pai e mãe”. E seguindo firme nos preceitos de sua fé, enfim deixou a casa paterna e se uniu à sua mulher e eles se tornaram uma só carne. Na condição de esposo de Dona Juliane, a doce Dulcinéia do nosso cavaleiro andante homenageado, trouxe à luz sua amada Roberta - nossa querida Robertinha. É companheiro de vida, amoroso, o esteio, que apesar das ausências certamente sentidas, decorrentes do imenso comprometimento profissional e das batalhas que travou para cumprir seu destino, sempre deixou claro no seu dia a dia que ambas nunca estiveram nas notas de rodapé do diário de sua vida, mas sim nos capítulos principais da enciclopédia de sua existência que, diante de tantos feitos, resta eternizada. A Robertinha, caríssimo Ministro, certamente saberá conservar os valores de Justiça e amor ao Direito, porque carregará consigo a aliança inquebrantável de união familiar pela concretização do bem; ela seguirá em sua caminhada todos os preceitos de vida de seu maior exemplo, de seu melhor amigo, de seu conselheiro, de seu admirável pai. No que diz aos amigos, dentre os quais me incluo - e daí a emoção -, sempre simples, verdadeiro, leal, disposto a encarar desafios, celebrar nos momentos de glória, ouvir os lamentos nos dias difíceis e estender a mão para amparar a retomada da marcha existencial após a queda. Vossa Excelência se notabiliza pela qualidade fraterna. Quanto à amizade, quase que com dom divino, nosso homenageado materializou o poema “Soneto do Amigo”, de Vinícius de Moraes, que diz: “Enfim, depois de tanto erro passado, Tantas retaliações, tanto perigo, Eis que ressurge noutro o velho amigo. Nunca perdido, sempre reencontrado. É bom sentá-lo novamente ao lado. Com olhos que contêm o olhar antigo. Sempre comigo um pouco atribulado. E como sempre singular comigo. Um bicho igual a mim, simples e humano. Sabendo se mover e comover. E a disfarçar com o meu próprio engano. O amigo: um ser que a vida não explica. Que só se vai ao ver outro nascer. E o espelho de minha alma multiplica”. Vossa Excelência tem a capacidade, em razão de suas virtudes, de multiplicar exponencialmente o círculo de amigos e admiradores. E se na sua vida particular pude apontar um mínimo, de maneira singela, evidenciando o quão digno é o nosso homenageado, falemos um mínimo de Jorge Mussi na condição de homem público. Como advogado marcou a história Oabena entre 1977 e 1994, notabilizando-se como um dos maiores expoentes da advocacia criminal em Santa Catarina, com destaque especial de seu acendrado amor e vocação pela advocacia de júri, reflexo de sua alma humana voltada ao próximo e para servir a causa da Justiça. Em conversa que tivemos, onde indaguei do que mais gostou no exercício do múnus de advogado, disse-me certa vez com os olhos repletos de saudosismo: “O júri, pois, sempre foi e permanecerá sendo fascinante. Ali, Dacol, fui advogado em plenitude, com liberdade, sem descurar da boa técnica, produzi minhas orações emocionadas e persuasivas na defesa intransigente do ser humano. No júri, pude me deparar com os dramas e tragédias humanas”. Quem viveu ou, como eu, conhece pelos contos a história de sua advocacia no Tribunal do Júri é testemunha da dedicação exaustiva, mas sempre leve e bem humorada, para o melhor desempenho na defesa daqueles que, apesar de acusados, tinham o direito sagrado de ver-se julgado com observância às garantias legais. Vossa Excelência, a exemplo de Sobral Pinto, sempre foi ciente de que a advocacia é sacerdócio em favor do próximo e não “mímica

do dever”. Em fevereiro de 1994, nosso homenageado depôs temporariamente a Beca que ostentou com o melhor de seu caráter e de alma por quase duas décadas, e, sendo reconhecido pela OAB, foi alçado à lista sêxtupla para, nomeado, fazer nascer o bom magistrado, envergando a Toga em sua plenitude nesta Corte Catarinense até o ano de 2007. Aqui, caríssimo Ministro Luís Felipe Salomão, a quem nosso homenageado dispensa tratamento de irmão, nosso Ministro julgou com todos os predicados técnicos que se exige de quem cumpre o dever divino de julgar a vida do próximo: com firmeza, altivez e independência; mas sem distanciar-se das virtudes humanas indispensáveis a quem veio ao mundo predestinado a servir à deusa Atena: com prudência, temperança, equidade, serenidade e humildade para reconhecer e ser benevolente com as falibilidades humanas. Proferiu aqui milhares de decisões, honrando o juramento de bem desempenhar, leal e honradamente, o cargo de Desembargador, cumprindo e fazendo cumprir as leis e a Constituição. Seu êxito nesta Corte foi reconhecido com a eleição para Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no ano de 2003, portanto com menos de dez anos de ingresso na carreira, o que evidencia o reconhecimento, para além de suas habilidades judicantes e de sua elevada personalidade humana, dos predicados de agente político conciliador, de diálogo fácil e de espírito republicano no trato com todos os Poderes constituídos, marcando a história da administração do “seu Tribunal”. Sua gestão à frente desta Casa foi notabilizada pela preocupação com a efetividade das decisões judiciais, com a aproximação entre todos que exercem as funções essenciais à administração da Justiça (Magistratura, Ministério Público e Advocacia). Geriu o Tribunal com os olhos voltados ao jurisdicionado, implementando diversas medidas para aparelhar juízes no intuito de melhorar a prestação jurisdicional em termos qualitativos e quantitativos. E então, para orgulho de seus familiares, amigos e do povo catarinense, em dezembro de 2007, o manézinho ilustre foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a Casa da Cidadania. Lá, como bom marinheiro que é, soube navegar em mares desconhecidos com tranquilidade e sabedoria, dando continuidade ao seu projeto de bem servir aos cidadãos – agora não apenas os catarinenses, mas todos os brasileiros -, de honrar o legado de seus pais, de orgulhar família e amigos, dando evidência a este pequeno, mas pujante Estado da Federação, dedicando já quinze anos de vida em verdadeiro sacerdócio àquela Corte Superior. Naquele ano, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina perdeu um de seus mais notáveis integrantes, mas ganhou um verdadeiro embaixador em Brasília, sempre disposto a travar o bom combate em defesa desta Corte que, para nosso orgulho, nunca deixou de chamar de sua. Neste Plenário, muito mais do que suas constantes aparições físicas em solenidades, Ministro Jorge Mussi, desde de que levantou âncora deste porto seguro, permanecem as lembranças de sua presença moral, intelectual, sua personalidade extrovertida e agregadora, enfim os registros de sua trajetória modelar. Lá, foi o mesmo Jorge Mussi, sem roupagens ou disfarces, e assim como cá, estabeleceu suas relações com a linguagem do caráter leal e agregador, fazendo muito mais do que colegas de Toga, verdadeiros irmãos e irmãs. Em sua trajetória, que neste ano completa 15 anos, fez germinar no coração de muitos Ministros da Casa da Cidadania apreço especial pelos rincões catarinenses antes mesmo de terem colocado os pés neste solo sagrado. Para além da realização do seu sonho na busca incansável da Justiça, preocupou-se em enaltecer a qualidade do seu Tribunal, de sua terra e de sua gente, dando concretude a dois dos valores que lhe são mais caros: gratidão e lealdade. Naquela Corte Superior, na condição de julgador, relatando milhares de processos de grande

importância para os destinos da nação, pautou-se na incansável busca pela Justiça, deixando em seus votos as digitais do amor às pessoas, à sociedade e às leis, sempre gentil, solidário e respeitoso com seus colegas, porém sem negligenciar com sua independência e suas convicções. É impossível não registrar que, apesar de ocupar os mais elevados cargos que um homem dedicado ao Direito pode almejar, o nosso homenageado nunca se deixou seduzir pelo poder, não permitiu que este debilitasse de sua alma o sentimento humanitário, manteve-se fiel às suas virtudes, exercitadas na vida simples, na satisfação do convívio com familiares e amigos, e na plena consciência de que os homens públicos devem estar vocacionados a servir. O nosso homenageado, em todos os cargos que ocupou, fez das aspirações de Ulysses Guimarães acerca do homem público verdadeira concretude. Disse o saudoso constituinte: “O homem público é o cidadão de tempo inteiro, de quem as circunstâncias exigem o sacrifício da liberdade pessoal, mas a quem o destino oferece a mais confortadora das recompensas: a de servir a Nação em sua grandeza e projeção na eternidade”. Quem dera, meu estimado amigo e conselheiro Ministro Jorge Mussi, para o bem da sociedade, que todos os que exercem múnus público conseguissem fazer a mesma trajetória de Vossa Excelência, honrando sua função com a consciência da fragilidade do poder, seguindo a passos firmes, orientado pela bússola dos princípios edificantes, mantendo-se defensor intransigente da dignidade humana, sensibilizando-se com as lágrimas dos mais humildes e constituindo exemplo no imperativo quanto ao compromisso de servir. Sei que este singelo discurso de saudação e reconhecimento não chega a ser digno de sua estatura e, mesmo que o fosse, seria apenas simbólico, pois o que deve alegrar Vossa vida e tranquilizar a Vossa consciência, permanentemente, é a certeza da missão cumprida. Estou exultante por esta justa homenagem a quem tenho a honraria de chamar de amigo e mentor. Esta Corte demonstra, neste ato, dar valor aos filhos ilustres que tanto dedicaram de suas vidas a bem da instituição e da Justiça, seu passado está eternizado em boas obras e seu futuro será a promissora colheita de sua digna sementeira. Ministro Jorge Mussi, Vossa Excelência enfrentou desafios e sobressaltos que afugentariam a maioria das pessoas, venceu seus moinhos de vento, venceu o Mundo e sempre com galhardia, segurança, firmeza, mas sem perder o bom humor e a ternura. Vossa Excelência dignificou e dignifica sua família, os amigos, a advocacia e o Poder Judiciário, honrando a benção divina da existência humana. Ministro Jorge Mussi, Santa Catarina é o porto seguro onde sua gente estará sempre à espera, de braços abertos, e esta Corte será sempre sua morada acolhedora. Enfim, encerro esta simples e justa saudação, parafraseando seu amigo Moacir Pereira, em referência ao saudoso Eder Graf, um de seus irmãos de vida, que certamente está feliz em outro plano e de mãos dadas com o “velho Alfredo Mussi”, assistindo a esta solenidade, para dizer que Vossa Excelência, Ministro Jorge Mussi, ostenta “A Toga da Dignidade” e sua caneta carrega as tintas da integridade e da luta pela realização da Justiça. Muito obrigado.”

Em seguida, a Excelentíssima Senhora Cláudia da Silva Prudêncio, Presidente da Ordem do Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina, prestou o seguinte discurso: “Boa tarde a todos e a todas. Quero fazer um cumprimento especial ao nosso Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi, Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; ao nosso homenageado, Ministro Jorge Mussi; ao nosso Governador em exercício, Moacir Sopesa; a nossa Excelentíssima Senhora Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Presidente do Superior Tribunal de Justiça; ao Excelentíssimo Senhor Luís Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Corregedor-

Nacional de Justiça; ao Excelentíssimo Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça; Excelentíssimo Conselheiro Herneus João de Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Cumprimento toda a advocacia catarinense na pessoa do Doutor Rafael de Assis Horn. Tão logo recebi o convite do Tribunal, entendi que esta seria uma boa oportunidade para agradecer. Agradecer ao Poder Judiciário catarinense, a Sensibilidade para compreender as nuances de nossa profissão, os percalços que temos enfrentado também e ainda por causa da pandemia, os desafios que temos de transpor rotineiramente. E é assim, com autoridade, mas com sensibilidade, e humanidade, que o Poder Judiciário e a OAB/SC têm estreitado uma parceria histórica e que melhora a cada dia. Por isto, os agradecimentos. Começando pelo reajuste na tabela da advocacia dativa, quando foi assegurado aumento de 50% sobre o piso e 20% sobre o teto dos honorários advocatícios dos defensores dativos do Estado. Conquista que só foi obtida graças à interlocução com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Governo do Estado, que vêm se mostrando sempre sensível às causas da advocacia catarinense. Serão R\$ 172 milhões pagos à Advocacia Dativa, garantindo àqueles que já pouco têm, o direito a um advogado ou uma advogada, que lhes assistam no caminho para obter justiça. Somos defensores ferrenhos da justiça de 1º grau. Diante disso, vemos com bons olhos a notícia do futuro concurso da magistratura, nos trazendo mais de 30 juízes de primeiro grau. Sem falar nas contratações de servidores. Tudo isso é preciso para equipar e melhor atender às demandas da sociedade. Assim, Senhor Presidente, Senhoras Desembargadoras e Senhores Desembargadores, trago aqui o solene agradecimento de toda a Advocacia catarinense a esta gestão de excelência em nosso Tribunal, reafirmando nossos laços e assumindo o compromisso de continuar colaborando para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, nosso objetivo comum. Mas o foco desta Sessão Solene é um grande homenageado. E agora, me permitam dar os louros a quem os merece. O Ministro Jorge Mussi é um florianopolitano de alma e coração e que dedicou sua trajetória profissional a serviço do Direito, e assim fez brilhante carreira, colaborando em órgãos públicos, galgando cargos e chegando ao Superior Tribunal de Justiça, para nosso orgulho. E nos orgulhamos não somente porque é um catarinense brilhando no cenário jurídico nacional, mas porque é oriundo do Quinto da Advocacia, e já pudemos contar com ele como Conselheiro estadual e Tesoureiro da Seccional, e mais recentemente com seu apoio na questão dos precatórios. Foi durante sua passagem pela presidência interina do Conselho da Justiça Federal que mais uma vez demonstrou sua nobreza e sensibilidade à nossa classe, pautando o pleito da advocacia para garantir a preferência do pagamento dos honorários contratuais destacados nos precatórios federais, acatado pelo Conselho em agosto deste ano. Ele é afável, bem-humorado, simples. Os caminhos que o trouxeram ao TJSC e à sua Presidência também o levaram a Brasília. Nomeado Ministro em dezembro de 2007, chegou a presidir também o Superior, enfrentando com bravura as dificuldades inerentes ao cargo. Entretanto, os horizontes de Brasília são bons profissionalmente, mas não levam ao mar. E o Ministro gosta do mar, por isto volta quando pode a nossa querida Florianópolis onde os olhos, ao se alongarem até o horizonte, antes encontram o Atlântico que ora é calmo, ora é brusco, mas é sempre alento para os aqui nascidos. E os olhos carregam o coração afetuoso do nosso homenageado, que ama sua terra natal, e todos sabemos que nosso verdadeiro lar é onde está nosso coração. Assim, se “além do horizonte deve ter algum

lugar bonito pra viver em paz”, este lugar para Jorge Mussi é, certamente, Florianópolis. Aqui ele encontra um tesouro que conquistou desde sempre, todos “amigos de fé, irmãos, camaradas” com quem ri, conversa, canta Roberto Carlos, joga dominó, fala sobre o Botafogo e sobre o Avaí, que tem o coração grande e pode ser dividido. Aqui ele é feliz com a esposa Juliane e a filha Roberta, a Robertinha, que já está cursando Direito, fiel à tradição jurídica que o pai edificou. Aqui ele é nosso amigo, nunca se valendo da autoridade de Magistrado, mas da solidariedade de conterrâneo, desta pessoa rara que é, fiel à sua essência, conhecedor das mazelas humanas e atuante para minorá-las, sempre que lhe é possível. Dias atrás, voltando à Turma que compõe há quase 15 anos, ele disse: “Retorno com uma vontade firme de aprender com Vossas Excelências”, dirigindo-se aos pares e referindo-se às mudanças jurisprudenciais e aos novos dispositivos legais que surgiram enquanto esteve afastado da rotina dos julgamentos de direito penal. Um mestre que se declara aprendiz, mais uma virtude que ele nos demonstra, entre tantas que aqui destacamos. Caro Ministro Jorge Mussi, que merece esta Sessão Solene para a qual tenho a honra de ter sido convidada, e mais ainda, na qual tenho a alegria de poder homenageá-lo. Estamos todos aqui para reafirmar: “Como é grande nosso amor por você!” Muito obrigada!”

O Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, prestou a seguinte homenagem: “Muita boa tarde a todas as senhoras e senhores. Cumprimento inicialmente o Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça Desembargador João Henrique Blasi. Cumprimento também o Governador do nosso Estado, em exercício, Presidente da Assembleia Legislativa, o Deputado Moacir Sopelsa. Cumprimento a Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, dizendo que é uma honra aos catarinenses tê-la na nossa capital. Cumprimento o Ministro Luís Felipe Salomão, Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, grande liderança do Tribunal da Cidadania, que nos honra com sua presença. Cumprimento também o Ministro Marco Buzzi, grande liderança do Tribunal da Cidadania, egresso do nosso Tribunal de Justiça. Cumprimento também o Ministro Antônio Carlos Ferreira, que tem grande amizade com o Ministro Mussi. Peço vênias para cumprimentar também o Ministro Cesar Asfor Rocha, Ministro aposentado, mas que continua sempre sendo grande referência do Superior Tribunal de Justiça para todos nós. Cumprimento o Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ricardo Teixeira do Valle Pereira; o Presidente em exercício do Tribunal de Contas de Santa Catarina, o Conselheiro Herneus De Nadal; meus queridos amigos e irmãos da OAB, nossa presidente da Seccional de Santa Catarina, doutora Claudia Prudêncio, e Rafael Horn que nos orgulha na vice-presidência da OAB Nacional. Cumprimento todas as autoridades aqui presentes, Desembargadoras e Desembargadores deste honrado Tribunal de Justiça. Todos os magistrados, na pessoa do presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, em nome do Dr. Marcelo Pizollati. Ministro Jorge Mussi: poucas vezes este plenário teve oportunidade de reunir tantas pessoas que o reverenciam como uma grande liderança do nosso sistema de justiça, como grande amigo, pessoa honrada, que representa todos os catarinenses no Superior Tribunal de Justiça. Nosso Estado é diferenciado. Santa Catarina tem aproximadamente 1% do território nacional e é composto por um mosaico de etnias pelo seu processo histórico de formação ao longo do tempo, portugueses, açorianos, vicentinos, a colonização alemã, italiana, russos, poloneses, austríacos, até japoneses. E Santa Catarina empresta hoje ao Superior Tribunal

de Justiça dois dos seus melhores catarinenses: um italiano, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, e um descendente de libaneses, que aqui nesta terra construíram uma trajetória de trabalho, de valores, de princípios, que é o Ministro Jorge Mussi. Ministro Jorge Mussi é filho mais velho de Alfredo Mussi, que era comerciante de tecidos, que tinha loja no Mercado Público, a casa Mussi. Ministro Mussi tem dois irmãos, a irmã Joyce fotógrafa e o irmão mais novo, o Dr. José Alfredo, médico cardiologista. Casado com dona Juliane, pai da Roberta, que orgulha certamente seu pai pela trajetória que inicia na área jurídica, cursando a terceira fase de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. O Ministro Jorge Mussi tem o mesmo sobrenome do avô paterno, comerciante libanês, que veio para o Brasil no final do século XIX, foi casado com Sofia Boabaid, também libanesa e que veio para o Brasil criança. Sempre foi, segundo familiares, pessoa alegre, vivaz, participativa, sempre cercado de grandes e bons amigos, a exemplo do Kaiser Jorge Bornhausen, aqui presente, a exemplo do Cláudio Ávila da Silva. O Ministro sempre gostou de música, da geração da Jovem Guarda, gosta de Roberto Carlos, sempre gostou de cantar. Para a família, sempre foi motivo de orgulho, sempre pronto para ajudar os outros, os parentes, os necessitados, com bons conselhos, sobretudo nas questões jurídicas, como se notabilizou. Fez o ginásio no Colégio Catarinense, formou-se em Direito na UFSC. Começou sua carreira criminal com o Dr. José Manoel Soar, o Doutor Jaraguá, um dos grandes e maiores tribunos do Tribunal do Júri. Ministro Mussi foi um grande advogado no Tribunal do Júri. Sempre teve um senso político muito forte. Foi muito participativo na OAB, tendo sido Conselheiro em diversos mandatos. Ingressou na magistratura pelo quinto e em menos de dez anos se transformou em presidente deste Tribunal de Justiça. No Superior Tribunal de Justiça o Ministro se tornou grande referência, não apenas de judicatura, mas sobretudo líder dotado de aguçada capacidade de comunicação e de construção de amizades e relacionamentos, capazes de fortalecer a Corte da Cidadania e torná-la um elemento fundamental na transformação positiva do sistema de justiça, aproximando de uma posição de equilíbrio e coerência, sobretudo na área penal, mediante juízos sempre ponderados, entre a observância das liberdades e garantias individuais e os direitos e interesses sociais e coletivos. Ministro Jorge Mussi é um catarinense que honra sua terra, que honra a trajetória dos ancestrais, que honra o seu povo. É um catarinense “gente nossa”, que faz brilhar mais forte o sistema de justiça de nosso país. Muito Obrigado”.

Na sequência, o Excelentíssimo Senhor Luís Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor-Geral de Justiça, manifestou-se nos seguintes termos: “Boa noite a todos. Vou procurar ser breve nas saudações. A primeira, ao presidente do Tribunal Desembargador Blasi, e em nome dele saúdo todos os Desembargadores aqui presentes. Por extrema gentileza da minha presidente, Ministra Maria Thereza, e dos demais colegas Ministros que aqui se encontram, eu falarei algumas palavras para dizer do apreço e carinho que temos pelo nosso homenageado de hoje. Saúdo, portanto, a Ministra Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Maria Thereza, e meus queridos colegas, Ministro Antônio Carlos Ferreira, Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, e também, nosso sempre presidente, Ministro Cesar Ásfor Rocha, que também comparece para homenagear Ministro Jorge Mussi. Saúdo também o Governador Moacir Sopesa, e em nome dele cumprimento todos do Executivo que aqui vieram para aqui saudar esta liderança de Santa Catarina. Também destaco a presença do Conselheiro Bandeira, que hoje comigo no Conselho Nacional de Justiça trabalha em conjunto pelas políticas públicas do judiciário. O Presidente Ricardo Pereira,

do TRF da 4ª Região. O presidente do Tribunal de Contas, Doutor Herneus de Nadal, também em nome dele saúdo os integrantes do legislativo. O Procurador-Geral de Justiça, Doutor Comin, e a todos os advogados, nas pessoas da presidente Cláudia, e do Vice-Presidente do Conselho Federal da Ordem, o Doutor Rafael Horn. E aos meus colegas juízes eu faço uma referência especial pela presença do presidente da Associação de Magistrados o Doutor Marcelo Pizzolati. Ministro Jorge Mussi, a minha fala será da sua etapa como juiz. Eu o conheci no início da década de 2000. Naquela década marcante, quando começavam a surgir estas ferramentas modernas que hoje são tão comuns pra nós: Facebook, Youtube. O mundo estava colapsado pela Guerra do Iraque. Naquele começo de 2000, pela força de amigos em comum, eu ainda juiz participante da vida associativa conheci o então Desembargador Jorge Mussi. E eu diria que foi ali uma afinidade à primeira vista. Tivemos uma relação de empatia muito forte. Logo ainda no começo da sua gestão, na presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tive a oportunidade de vir aqui e tivemos aqui uma confraternização muito grande. O Ministro Jorge Mussi me recebeu com toda hospitalidade. Formou-se uma profunda amizade. Depois nós viemos a nos encontrar tantas vezes e ainda nos encontraremos tantas e quantas outras vezes. Do Vieira, grande orador, sempre se recorda esta frase: “o bem ou é presente ou passado ou futuro. Se é presente, causa gosto. Se é passado, causa saudade, se é futuro, causa desejo”. É difícil esta tarefa de saudá-lo nesta casa. O Ministro Jorge Mussi é filho ilustre deste Tribunal. E aqui os que me precederam deixaram clara a solidez da sua liderança, a cordialidade do seu trato, a forma segura com que representa o Tribunal da Cidadania. E nestas desalinhadas ideias que apresento aqui de maneira breve e resumida, diminuta frente aos talentos e realizações do nosso homenageado, ele que foi formador de jurisprudência nesta casa, que forma a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e que marcam com seus precedentes quase toda a jurisprudência na área criminal. Desde a primeira vez (...) eu tive uma grande empatia porque pude perceber, no trato que desenvolvia com seus colegas, com advogados, com as partes, que ele idealizava aquela figura que o Helio Tornaghi menciona, a figura do bom juiz: “utilíssimo para um povo ter boas leis, mas é melhor ainda ter bons juízes. A grande aspiração do jurista é a justiça. O legislador busca traduzi-la em fórmulas. O jurista a estuda, esquadrinha, investiga, sonda. O juiz mais que qualquer pessoa é quem a realiza. O bom juiz resiste às leis iníquas, corrige as imperfeitas, dá polimento e vida às excelentes e põe em prática a norma que se aproxima do ideal. Este é o bom juiz, que tem a firmeza no agir e a suavidade no trato. O bom juiz é antes de mais nada um justo”. O Ministro Jorge Mussi tem uma carreira na magistratura imaculada. Tanto quando presidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina no biênio 2004/2006 onde reestruturou toda a parte administrativa e de gestão, como também deu ênfase às soluções adequadas de conflito, realizou mutirões de conciliação e cidadania e obteve marcantes resultados tendo saído aclamado pelos seus pares naquela presidência. Depois, ele foi Ministro do STJ. E para ficar apenas no último precedente recente, com a força da sua jurisdição, ele garantiu a liberdade de expressão e de imprensa, em caso bastante rumoroso, e que atingiu interesse de Presidente da República. Mas ainda assim, o Ministro Jorge Mussi garantiu a liberdade de expressão e manteve um artigo publicado por um jornalista de renome que se buscava estabelecer algum tipo de censura. Também teve atuação marcante quando passou pelo Tribunal Superior Eleitoral, a quem eu sucedi, na mesma cadeira. Ele foi Corregedor e atuou de maneira muito firme na eleição de 2018. Foi relator de casos emblemáticos, inclusive naquelas hipóteses de

cassação de chapas envolvendo candidaturas fictícias de mulheres, onde ele pode exercer com rigidez o papel de Corregedor da Justiça Eleitoral. E mais recentemente, Sua Excelência foi Vice-presidente do Conselho da Justiça Federal, Corregedor da Justiça Federal. Realizou notável trabalho à frente desta atividade e hoje retorna para a 5ª Turma para continuar como um farol da jurisprudência no âmbito criminal. Ministro Jorge Mussi, nós viemos aqui, eu com uma pequena parcela dos colegas, e falo em nome deles, todos pediram para dar um abraço, dizer quanto nós tempos apreço por ele, quanto sabemos que ele honra esse Tribunal e que, portanto, nós também honramos a amizade com ele. Era o que eu queria trazer como contribuição para esta sessão solene justíssima de homenagem a este dileto filho do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Parabéns”.

Dando continuidade à sessão, o homenageado Ministro Jorge Mussi proferiu o seguinte discurso:

“Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi – Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual e Governador do Estado de Santa Catarina em exercício Moacir Sopelsa; Excelentíssima Senhora Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Digna Presidente do meu Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça; meu particular amigo Corregedor-Nacional de Justiça Ministro Luís Felipe Salomão; Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, catarinense que brilha no Tribunal da Cidadania; Excelentíssimo Senhor Ministro Antônio Carlos Ferreira; Conselheiro Bandeira de Mello; ex-presidentes da nossa grande liderança durante 20 anos no Superior Tribunal de Justiça, Ministro Cesar Asfor Rocha; Excelentíssimo Senhor Conselheiro Herneus João de Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; a primeira mulher catarinense a ocupar a presidência da nobre classe dos Advogados, doutora Cláudia da Silva Prudêncio. Ao cumprimentá-la, também o faço de maneira extensiva ao Vice-presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, primeiro catarinense a alçar este cargo, o Advogado Rafael Horn. [...] Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann; Excelentíssimo Senhor Desembargador do Trabalho Wanderley Godoy Junior, Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; ex-governador do Estado de Santa Catarina, meu amigo Jorge Konder Bornhausen; Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, José Laurindo de Souza Neto; Desembargador aposentado, ex-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Francisco Xavier Medeiros Vieira; Desembargador aposentado, ex-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, João José Ramos Schaefer; Desembargador aposentado, ex-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Antônio Fernando do Amaral e Silva; Desembargador aposentado, ex-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Nelson Juliano Schaefer Martins; Desembargador aposentado, ex-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço; Excelentíssima Senhora Juíza Federal Erika Giovanini Reupke, Diretora do Foro da Seção Judiciária da Justiça Federal de Santa Catarina; Procurador-Federal em Santa Catarina, Doutor Georgino Melo e Silva; Excelentíssimo Defensor Público, Doutor Renan Soares de Souza; Alisson de Bom de Souza, procurador-geral do Estado de Santa Catarina; Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, Doutor Marcelo Pizolati. Senhores Desembargadores, Desembargadoras, Magistrados, Procuradores e Promotores de Justiça; Advogados, autoridades militares, Servidores, todos que

prestigiam pelo canal oficial do Youtube do Poder Judiciário de Santa Catarina. Servidores desta Casa, muitos que reconheço em seus anos de valioso serviço prestado à causa da Justiça. A minha gratidão a todos que renunciaram aos seus afazeres para estarem ao meu lado neste importante momento da minha vida profissional. Quero registrar o meu carinho e gratidão pelas palavras generosas a mim dirigidas, e que somente a grandeza da alma tiveram forças para inspirá-los: ao Desembargador André Luiz Dacol, que neste ato representa o Poder Judiciário de Santa Catarina, ao ilustre Procurador-Geral de Justiça, Fernando da Silva Comin, orgulho para todos os integrantes do Ministério Público do nosso Estado, à minha querida amiga Advogada Cláudia Prudêncio, representando a Ordem dos Advogados e, para dizer na expressão de Roberto e Erasmo na música “amigo meu irmão de fé camarada”, Luís Felipe Salomão, que ao cumprimenta-lo também faço na presença do seu filho Luís Felipe Salomão Filho. A homenagem que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu de me prestar depois de 15 anos que dele me afastei para o exercício do honroso cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça só pode ser recebida com gratidão de quem buscou pautar sua atuação para o alcance dos valores constitucionais, voltados ao bem comum. Este momento para mim transcende qualquer aspecto formal, quando vejo nesta sessão solene, compartilhando deste meu sentimento de gratidão, pessoas extremamente chegadas pelos laços de afeto, de amizade, as quais muito devo pelo incentivo e confiança delas recebido em ocasiões, circunstâncias e formas das mais variadas. Vivo um instante em que a alma vibra, o coração pulsa mais forte e as recordações emergem e bailam no espírito. Em 1994, na vaga reservada ao Quinto Constitucional da OAB, que tive a honra de ingressar nas fileiras da Magistratura Catarinense como Desembargador deste Tribunal, que a generosidade dos meus pares me concedeu a honra de presidi-lo de 2004 a 2006, biênio em que, vivenciando com ainda maior intensidade os méritos e as dificuldades do Poder Judiciário de nosso Estado, pude testemunhar a dedicação e o denodo de magistrados e servidores na busca pela melhor prestação jurisdicional. Em 2007, de Santa Catarina passei a desempenhar a honorável função de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, condição em que preservei no cumprimento do ofício judicante, buscando sempre atuar com inovação e voltado à evolução das instituições jurídicas e ao atendimento eficiente do jurisdicionado, que é o usuário final dos serviços realizados pelo Poder Judiciário. No decorrer desse período, o Poder Judiciário e a função jurisdicional foram adquirindo cada vez mais espaço nos assuntos cotidianos de todas as classes sociais, fenômeno estimulado por avanços tecnológicos que proporcionaram uma gradativa aproximação do julgador e da atividade judicante de seus jurisdicionados. A sensação quase tátil dos julgamentos televisionados; a instantaneidade das comunicações possibilitada pelas redes sociais e a penetração irretorquível dos julgados publicados na internet colocaram a jurisdição no centro das atenções, fazendo crescentes as expectativas e as responsabilidades daí oriundas. Com a Constituição de 1988, foram ampliados, como há tempos se devia ao povo brasileiro, os canais de acesso à justiça, secundada por necessárias leis ordinárias que cuidaram de dinamizar essa notável macromudança do aparato judiciário. E a ambiência democrática dela decorrente despertou, até no homem comum, a consciência para os direitos da cidadania, encorajando-o a deduzir os seus pleitos perante a justiça, único estuário que o Estado de direito reserva à solução de conflitos. Nada obstante esse inegável avanço, a conclusão dos processos e a efetividade das suas decisões continuam sendo uma espécie de incógnita do tempo, um evento

cercado de incertezas, envolto em densa atmosfera de expectativas sempre adiadas. Ainda navegamos em torvelinhos processuais, ainda somos tragados pela insídia de armadilhas recursais, em que a astúcia por muitas vezes obtém proveitos capitosos. Ampliamos o acesso à justiça, mas pouco fizemos para alargar a sua saída. Sabemos quando a demanda começa, todavia não sabemos quando o processo termina. Ficamos perplexos nesse impiedoso labirinto processual, de surpresas e de sustos, que levam a justiça ao estado de mora permanente em relação à prestação jurisdicional, que se quer cada vez mais célere. O Poeta Carlos Drummond observou, com razão, que as leis não bastam, pois os lírios não brotam das leis, assim como a partitura não esgota a música. Nesse quadro, trago a lição, sempre atual, de Montesquieu: “quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as leis que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte”. De outro lado, porém, o desenrolar dos acontecimentos também desmente os que creem estarmos imunes aos retrocessos. O atual cenário de guerra que tem permeado os noticiários, revelando violações à soberania, à integridade territorial e aos direitos humanos em outros Países, deve servir de alerta para nos mantermos unidos e fortalecidos como Nação. A conjuntura mundial e as consequências econômicas que no decorrer do último ano foram sentidas especialmente pelos mais frágeis, pelos mais pobres, por aqueles que tem mais sede e fome de justiça, assim como os desafios políticos que temos enfrentado, não sejam capazes de enfraquecer a nossa vigilância em prol do Estado Democrático de Direito no Brasil. Em 2018, já como integrante do Tribunal Superior Eleitoral, na vaga destinada a Ministro do STJ, e na condição de Corregedor Geral da Justiça Eleitoral do País, pude presenciar ainda mais perto, todos os desafios, nos campos administrativo e jurisdicional, para a organização das eleições num país tão populoso e de dimensões continentais como o Brasil. Nas últimas eleições presidenciais, 144 milhões de eleitores foram às urnas, divididos em 450 mil seções eleitorais, com o atendimento de 2,5 milhões de mesários e o Brasil disse ao mundo, em 4 horas, quem era o seu novo Presidente da República. A Justiça Eleitoral, guardiã do regime democrático, deve ser motivo de orgulho dos brasileiros e exemplo ao mundo. Em um país, que é tido como berço da democracia do mundo, nas últimas eleições, para que o seu presidente fosse diplomado, precisou que a justiça julgasse 17 recursos – para que fosse diplomado Joe Biden. Na eleição de Bush contra Al Gore, 60 dias depois um juiz de direito proclamou quem era o presidente dos Estados Unidos. Por isso, digo que a Justiça eleitoral deste país, através de uma máquina simples, ligada na tomada, cujo programa não tem como penetrar na internet, deve ser orgulho de todos os brasileiros. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem história e faz história. No próximo dia 1º de outubro, comemora 131 anos. É a Casa que devemos honrar, valorizar e – acima de tudo – defender. Tenho orgulho não só de ter integrado, mas de prosseguir integrando a Justiça do meu Estado natal, da qual jamais me afastei. Modestamente me fiz presente nas posses de todos os Presidentes que me sucederam, desde o primeiro, o Desembargador Pedro Abreu, decano da Corte, até João Henrique Blasi, ambos me honrando com suas presenças. Em meus 15 anos como Ministro do STJ, tive a satisfação de lá receber o Ministro Marco Aurélio Buzzi, de participar da lista tríplice que compôs o Desembargador Nelson Schaefer Martins e de testemunhar a falta e a carência de apenas um único voto para que também integrasse a lista tríplice dirigida à Presidência da República, o Desembargador João Henrique Blasi, hoje Presidente do Tribunal, em gestão aplaudida por todos pela sua competência e experiência administrativa. Na vaga do Ministro Félix Fischer, recentemente

aposentado e meu amigo pessoal, quando de seu afastamento por motivo de saúde, tive a felicidade de receber para o exercício deste ofício, em honrosa substituição, o Desembargador Newton Trisotto, igualmente firme, correto e leal, que pouco antes havia concluído festejada gestão à frente da Corregedoria Geral deste Tribunal. Na Corregedoria Nacional de Justiça, sob a liderança agora do Ministro Luís Felipe Salomão, hoje se encontra, a Juíza catarinense Carolina Ranzolin Nerbass. Nesse período, reforcei a jurisdição do STJ por intermédio da convocação de mais de 10 Juizes de Direito, todos de Santa Catarina, os dois últimos aqui presentes, Davidson de Mello e o Márcio Schiefler Fontes, ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, e agora auxiliar da nova Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, com quem tive a honra de trabalhar no Tribunal Superior Eleitoral. Aos meus amados familiares! Encontro na minha família os pontos cardeais da minha vida; a presença constante do espírito do meu pai Alfredo a me guiar, pois os mortos são invisíveis e não uns ausentes, no dizer de Vitor Hugo. O desvelo da minha mãe Walda, que em vida, me banhava de afetuosas atenções, de cujas orações diárias foi tecido o manto que me protege. A minha mulher Juliane e a minha filha Roberta, que semeiam nas minhas reflexões a sutileza e a brandura da meiguice feminina. Luzes do meu olhar, cuja constância no meu coração, me fazem bem maior do que eu sou. A Roberta, acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, prosseguimento encantador da minha vida na crença da justiça. Filha, faça os teus sonhos ainda mais grandiosos que o do teu pai, porque a vida é infinitamente mais bela e maior do que eu pensava, mesmo que em sonhos. Trago em mim a inspiração desse pedacinho de terra perdido no mar, a Ilha da Magia, terra do sol e do amor, onde como no verso do poeta, a mão da natureza esmerou-se enquanto tinha. Caríssimos Desembargadores, não uso a palavra no seu sentido eufemístico, ao lhes dizer, de todo coração, que esta homenagem me toca de modo muito particular e direto, ferindo com toque certo e preciso a fibra mais íntima do meu sentimento. Agradeço com o coração nas mãos a presença dos eminentes colegas Ministros do Superior Tribunal de Justiça, de todas as autoridades aqui presentes, dos meus amigos e dos meus familiares. Como lembra Vitor Hugo, alguns pensamentos são como orações. Há momentos nos quais, seja qual for a posição do corpo, a alma agradecida está de joelhos. É como se encontra a minha. Muito obrigado”.

Todos foram convidados para, em posição de respeito, acompanhar a execução do Hino do Estado de Santa Catarina.

Por fim, o Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi manifestou-se nos seguintes termos: “Muito boa noite a todos quantos aqui se encontram. Saúdo o Governador em exercício, Deputado Moacir Sopelsa; Ministro Jorge Mussi; Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que precisou retirar-se agora; Ministro Corregedor-Nacional Luís Felipe Salomão; Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Doutor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça; Conselheiro Herneus João de Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; doutora Cláudia da Silva Prudêncio, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Santa Catarina. Aproveito também para saudar as demais autoridades que compõem o primeiro arco do plenário, extensão desta mesa: Ministro Antônio Carlos Ferreira, ex-Ministro Cesar Asfor Rocha; colega Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná José Laurindo de Souza Neto; Doutor

Wanderley Godoy Junior, Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; Juíza Federal Doutora Erika Giovanini Reupke; Doutor Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses; ex-Governador Jorge Bornhausen; Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi; Luiz Fernando Bandeira de Mello, Conselheiro Ouvidor do Conselho Nacional de Justiça; Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann; Doutor Renan Soares de Souza, Defensor Público-Geral de Santa Catarina; Doutor Rafael de Assis Horn, Vice-Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Doutor Alisson de Bom de Souza, procurador-geral do Estado de Santa Catarina. Aproveito também para nominar, tendo em vista que estamos iniciando as comemorações dos 131 anos do nosso Tribunal de Justiça, em fazendo a menção a estas pessoas, saudar todos os Desembargadores que atuaram nesta corte ao longo dos 131 anos. A partir da próxima semana, com a participação efetiva e ideia da Desembargadora Haidée Denise Grin vamos editar uma obra em vários volumes com a biografia de todos os 264 Desembargadores que compuseram esta Corte. Cada volume correspondente a um período de cada sede física dos edifícios que se sucederam até esta data. Em nome dos ex-presidentes que vou nominar quero saudar todos os Desembargadores, de ontem, de hoje e de sempre, todos os magistrados de Santa Catarina e todos os servidores que contribuem para nossa atuação no cotidiano. Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, João José Ramos Schaefer, Antônio Fernando do Amaral e Silva, Nelson Juliano Schaefer Martins, Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, Jorge Mussi e os atuais Desembargadores Pedro Manoel Abreu, José Antônio Torres Marques e Ricardo José Roesler. Afortunadamente, este Tribunal reúne-se nesta tarde que já caminha plácida para os braços do crepúsculo, velho e atento porteiro da noite, como primeiro ato comemorativo do seu centésimo trigésimo primeiro aniversário, para de forma solene tributar justa e impostergável homenagem a um de seus mais ilustres ex-integrantes, que aqui militou exemplarmente ao longo de quatoze anos, vindo a ser, ato contínuo, cedido ao Tribunal da Cidadania em Brasília, onde permanece, há quinze anos, cumprindo trajetória retilínea e ascendente, sempre pronto, sempre solícito, erigindo pontes em prol das grandes causas da Santa e Bela Catarina. “Bendito aquele que consegue ter asas e raízes”, diz o provérbio. Raízes nos conectam permanentemente com o nosso chão natal. Asas propiciam o descortinar de horizontes longínquos. Jorge Mussi as têm: suas asas levaram-no ao Planalto Central brasileiro, e suas raízes mantiveram-no umbilicalmente conectado com esta terra magnânima. Senhoras e Senhores. As virtudes e os valores que ornaram a personalidade do nosso homenageado foram magistralmente decantados há pouco, em prosa e verso, por diversos oradores, não me cabendo nada mais aduzir, sob pena de indesculpável redundância, senão agradecer pela indispensável e prestigiosa participação de todos os presentes, com especialíssimo destaque para os preclaros Ministros do Superior Tribunal de Justiça, capitaneados por sua eminente Presidente, Ministra Maria Teresa de Assis Moura, permitindo-me no entanto cometer uma inconfidência, para assinalar que partiu do ex-presidente deste sodalício, Rodrigo Collaço, e do nobre Corregedor Nacional da Justiça, Luís Felipe Salomão, a idealização deste evento. Ministro Jorge Mussi, receba do Poder Judiciário de Santa Catarina, do “seu” Tribunal, como Vossa Excelência reiteradamente tem proclamado ao falar sobre esta Corte, o tributo do mais sincero sentimento de gratidão. Gratidão que é a memória do coração, gratidão que é a virtude da alma, gratidão que é o ato de saldar dívida impagável, gratidão que é um ímã atrativo de boas sensações e que, se não expressada, assemelha-

se à inútil ação de embrulhar um belo presente mas não entrega-lo ao merecedente destinatário. Então, em uma só palavra, obrigado Ministro Jorge Mussi”.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi - Presidente declarou encerrada a sessão às 19 horas e 5 minutos.

Para constar, lavro a presente ata, que subscrevo e vai assinada pelo Diretor-Geral Judiciário e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Beatriz Bessa dos Santos Secretária do Tribunal Pleno.

ATA N. 439 – SESSÃO SOLENE DO TRIBUNAL PLENO

SESSÃO SOLENE DE POSSE DO JUIZ DE DIREITO ROBERTO LEPPER AO CARGO DE DESEMBARGADOR, OCORRIDA AOS ONZE DIAS DO MÊS DE OUTUBRO DE 2022

Aos onze dias do mês de outubro do ano de dois mil e vinte e dois, nesta cidade de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina, reuniu-se às dezessete horas, em sessão solene presencial por videoconferência, na sala de sessões Ministro Teori Zavascki, o egrégio Tribunal Pleno, com a presença dos Excelentíssimos Desembargadores João Henrique Blasi - Presidente, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Sérgio Izidoro Heil, Jânio de Souza Machado, Soraya Nunes Lins, Jairo Fernandes Gonçalves, Tulio José Moura Pinheiro, Carlos Alberto Civinski, Ricardo José Roesler, Sérgio Antônio Rizelo, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Sebastião César Evangelista, Altamiro de Oliveira, Saul Steil, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Rubens Schulz, André Carvalho, Guilherme Nunes Born, Hélio do Valle Pereira, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Luiz Cesar Schweitzer, Norival Acácio Engel, Júlio César Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão, Sidney Eloy Dalabrida, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Selso de Oliveira, Antônio Zoldan da Veiga, Carlos Roberto da Silva, Luiz Felipe Siegert Schuch, Flavio Andre Paz de Brum, Sandro José Neis, Eduardo Mattos Gallo Junior, Diogo Nicolau Pítsica, Marcos Fey Probst e Sílvio Dagoberto Orsatto.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz, Salim Schead dos Santos, Raulino Jacó Brüning, Luiz Fernando Boller, Newton Varella Júnior, Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli, José Everaldo Silva, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Luiz Zanelato, Vilson Fontana, Luiz Neri Oliveira de Souza e Haidée Denise Grin.

Foram convidados para compor a mesa de representatividade, juntamente com o Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi – Presidente, o Excelentíssimo Senhor Alisson de Bom de Souza, Procurador-Geral do Estado, representando o Governador do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Fernando Krelling, Deputado Estadual, representando a Assembleia Legislativa de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Desembargador Altamiro de Oliveira, 1º vice-presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Excelentíssima Senhora Desembargadora Denise Volpato, Corregedora-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Fábio de Souza Trajano, Subprocurador-Geral de Justiça para assuntos jurídicos, representando o Ministério Público de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Eduardo de Mello e Souza, vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – seccional Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Adriano Bornschein Silva, Prefeito do Município de Joinville; Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses.

Foram registradas, ainda, as presenças das seguintes autoridades: Excelentíssima Senhora

Procuradora Federal Gabriela Almeida Marcon, Procuradora Chefe da Procuradoria Federal do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Juiz Federal do Trabalho Leonardo Rodrigues Bessa, representando o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Gilson Jacobsen, representando o Fórum da Seção Judiciária da Justiça Federal de Santa Catarina; Excelentíssimos Senhores Desembargadores aposentados Napoleão Xavier do Amarante e Nelson Schaefer Martins; e Excelentíssimo Senhor Márcio Schefer Fontes, Juiz instrutor da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi deu início à sessão solene de posse do Juiz de Direito Roberto Lepper ao cargo de Desembargador.

Todos foram convidados para, em pé, receber o Desembargador empossando, que foi conduzido pelos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz César Medeiros e Marcos Fey Probst, os quais eram o mais antigo e o mais moderno desta Corte, respectivamente, presentes fisicamente na sessão.

Dando seguimento, foi executado o hino nacional.

Em seguida, iniciaram-se os procedimentos de posse do Juiz de Direito Roberto Lepper, com a leitura resumida de seu currículo: natural de Joinville, filho de Armin Roberto Lepper, *in memoriam*, e Raineldes Lepper. É pai de Helena Mello Lepper. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Joinville, em março de 1989. Pós-graduado pelo Centro de Ensino Superior de Blumenau – CESBLU, no ano de 2005. Em 1993, ingressou na Magistratura Catarinense julgando, como juiz substituto, nas comarcas da Capital, Canoinhas, Papanduva, Porto União, Itajaí e Balneário Camboriú. Foi titular nas comarcas de São José do Cedro, Dionísio Cerqueira, Campos Novos, Timbó, Blumenau e, por fim, em Joinville. No último dia 21 foi promovido ao cargo de Desembargador.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi – Presidente convidou o Juiz de Direito Roberto Lepper a prestar compromisso legal para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Após prestar o compromisso legal, o Juiz de Direito Roberto Lepper recebeu de sua mãe, a Senhora Raineldes Lepper, a Medalha e o Diploma da Ordem do Mérito Judiciário Catarinense e, ato contínuo, assumiu seu assento no Tribunal Pleno.

O Excelentíssimo Desembargador Hélio do Valle Pereira, convidado para, em nome da corte, saudar o novo Desembargador, fez o seguinte pronunciamento: “Senhor Desembargador Roberto Lepper, esta é a noite de Vossa Excelência e peço autorização para fazer saudações prévias. Cumprimento o Presidente deste Tribunal de Justiça de Santa Catarina, eminente Desembargador João Henrique Blasi e por extensão saúdo o Doutor Marcelo Pizolatti, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, bem como todos os desembargadores e juízes de direito que nos assistem. Me congratulo o doutor Alisson de Bom de Souza, representante do Governador do Estado, Carlos Moisés da Silva. Me felicito com a presença do deputado Fernando Krelling, que aqui está em nome do Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Moacir Sopelsa. Abraço o Procurador de Justiça,

Fábio de Souza Trajano, amigo de todos nós, representando o Procurador-Geral de Justiça. Destaco a presença do Doutor Eduardo de Mello e Souza, aqui em nome da Ordem dos Advogados do Brasil. Cumprimento também o Prefeito Municipal de Joinville Adriano Silva. Muito especialmente cumprimento os amigos e familiares do Desembargador Lepper, particularmente a senhora Rainéldes Lepper e a Doutora Helena Lepper, mãe e filha do empossado. Ainda previamente homenageio a Desembargadora Sônia Maria Schmitz, recentemente aposentada. Era dela, nossa querida amiga, o cargo para o qual o Juiz de Direito Roberto Lepper foi promovido. Sônia acompanhou a todos nós por muito tempo. Sorrindo sempre, estava atenta a tudo e com todos compartilhando carinho. Em qualquer momento, por difícil que fosse, nos dava segurança e otimismo – a juíza que se destacou nas varas cíveis de Criciúma e Capital e neste Tribunal de Justiça enaltecia a 4ª Câmara de Direito Público com sua perspicácia jurídica, nos permitindo rumar para a decisão justa. É um privilégio destinado a pessoas muito especiais poder sucedê-la! Maria Silva, Desembargador João Henrique, este mesmo é o nome de uma octogenária muito pobre. Viúva, permaneceu em uma casinha de madeira na área de um colégio público no qual o marido, em Joinville, havia sido décadas antes informalmente recebido como caseiro. Os anos passaram; a casinha foi dominada por cupins, mas Maria lá permaneceu com os filhos, em silêncio, como se não desejasse ser percebida. A Defesa Civil deu o veredicto: ela haveria de sair dali para que a construção fosse derrubada. A reintegração de posse em favor do Poder Público era de rigor e veio processo judicial para esse fim. Bem do Governo, posse de origem precária, faltava razão técnica para a ocupação. Era caso de fácil julgamento. Poderia ser, mas o Juiz Roberto Lepper deu importância maior a outros valores. Havia um direito à habitação, à moradia, à dignidade, e eles haveriam de ser respeitados porque não era justo que uma pessoa pobre fosse tratada daquela maneira simplista, sem casa, sem respeito, sem humanidade. Foi esta uma das milhares de decisões que o Juiz Roberto Lepper proferiu em 29 anos como juiz de direito. Foi uma delas, porque a última sentença foi há poucos dias, quando resumiu sua paixão pelo direito, por sua cidade e por sua cultura, cuidando da reforma da Cidadela Cultural Antártica. Ali, na derradeira decisão, ainda disse: “Quis que fosse este o processo para fechar um ciclo de vida no qual aprendi muito e que se cola às minhas reminiscências”. Mas, digo eu, nós é que aprendemos com ele nestes quase trinta anos de carreira. Nos conhecemos em 1995. Ele, então juiz substituto na Comarca de Canoinhas, e eu recentemente promovido para lá, juntamente com a Desembargadora Rosane Portela Wolf. Nas segundas pela manhã, quando chegava de Joinville, ele vinha ao meu gabinete e descrevia as frases que, pela Serra Dona Francisca, criara para inserir em alguma sentença. Ficávamos ironizando lugares-comuns, enaltecendo ementas bem elaboradas; enfim, decidíamos de Canoinhas os destinos da redação jurídica brasileira. Me mandou abandonar a impressora matricial que usava para comprar, como ele fizera, uma máquina a jato de tinta – à sentença não bastava o conteúdo, mas também a apresentação. E julgava, julgava noite à dentro, cumprindo seu papel, mas também se satisfazendo em poder transmitir para as sentenças a sua compreensão da justiça. Julgava tanto que, promovido, levou de Canoinhas, meio ocultamente, no porta-malas do carro uns tantos processos, hábito que manteve para sempre. Dava aos réus o seu dia na corte, aplicando uma prestação de serviços à comunidade com a deferência de quem preside a mais complexa sessão do Tribunal do Júri. Avaliava os danos morais com o respeito de quem arbitrava um litígio internacional. Calculava uma pensão alimentícia

com a precisão de uma balança de farmacêutico. Quando satisfeito com uma decisão, anotava na capa dos processos físicos: não incinerar. Um pouco antes, ainda em Joinville, sua cidade, lá pelo início dos anos 1990, era um advogado que convivia com os juízes, pois já era, de espírito, um deles, e todos já o viam dessa forma. Reuniam-se para jantar os futuramente Desembargadores Newton Trisotto, Solon D’Eça Neves e Vanderlei Romer, além de Francisco Oliveira Neto e Gerson Cheren II, ambos seus atuais colegas neste Tribunal. Citei o Desembargador Romer porque ele sempre e sempre foi e é o exemplo de Roberto. Um era juiz de direito, outro era advogado; hoje ambos são desembargadores, uma razão para recíproco envaidecimento. Aliás, Roberto não foi propriamente aprovado em concurso para juiz em 1993. Ele foi formalizado juiz. Seguiu, como disse, para Canoinhas, juiz substituto, e rumou depois para São José do Cedro, Dionísio Cerqueira, Campos Novos, Timbó e finalmente Joinville onde ficou até ontem. O Fórum era uma extensão da sua vida. Não é figura de linguagem. Há alguns meses atrás, eu estava quarentenado, trancado, longe de esposa e de filhos. Sem diferenciar dias úteis ou finais de semana, resolvi, entediado, sábado à noite, o que não fazia diferença, encerrar a fila de e-mails pendentes. O primeiro foi para o Juiz Roberto Lepper, que imediatamente respondeu. Ele não usava celular, me espantei e lhe indaguei como poderia ter atendido tão rapidamente. A resposta era evidente. Estava no Fórum sentenciando. No sábado à noite. Roberto não tem mais o Fórum, pois agora é por nós recebido. Este, Desembargador Roberto Lepper, este é o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. É um grande colegiado. Nós divergimos e nos respeitamos. Divergimos porque assim deve ser em decisões coletivas. Divergimos porque todos temos anseio por fazer o certo, ainda que polemizando quanto ao melhor caminho. Este é um Tribunal que é socialmente sensível, deferente à excelente Constituição que temos. A Constituição que obriga o respeito aos desprotegidos, às minorias, que não admite o mercado como força superior, que é solidária aos pobres, que exalta o meio ambiente. “A eficácia máxima das normas constitucionais exige concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios; em caso de inércia dos poderes políticos, deve-se autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário” – disse um juiz chamado Roberto, o Barroso; citado por outro Roberto, o Lepper, quando determinou que o Poder Público implementasse medidas para proteção de animais silvestres que eram atropelados em importante avenida. Estamos ante um “contínuo elastecimento do bloco de constitucionalidade e dos direitos humanos”, falou um juiz de direito até ontem. A Maria Silva que citei de início estará presente nas decisões do Desembargador Lepper. O Desembargador Lepper é a prova de que a vida não basta. É preciso arte, como dizia Fernando Pessoa. Ele, o artesão das sentenças, o projetista das frases, o artista dos parágrafos, o entusiasta dos julgamentos, o escultor de textos, o mestre da redação, o cronista das lides, o romântico das metáforas, o artífice das letras, o colecionador de ementas, o estudioso do dano moral, o escritor-juiz, o juiz-escritor, o visionário das liminares, o guardião dos precedentes, o literato processual, o curador da memória jurídica, o colorista da fundamentação, o romancista dos votos, o admirador das ironias, o contista dos pronunciamentos, o cultor dos veredictos e, sobretudo, o criador das Robertisses. Temos muito, muito orgulho de tê-lo conosco, Desembargador Roberto Lepper. O Desembargador Vanderlei Romer, hoje, tem um sucessor neste Tribunal de Justiça. Muito obrigado!”

Em seguida, o Excelentíssimo Desembargador Roberto Lepper, após cumprimentar os presentes, fez o seguinte pronunciamento: “Logo após a aprovação no sempre concorrido concurso

da magistratura, a visão panorâmica verde e púrpura típica dos campos holandeses, que, num cenário de encher os olhos, poderia simbolizar a mescla de sensações aprazentes pelo êxito decorrente dessa importante conquista, dura pouco. Esse natural período inicial de regozijo pela conquista de algo difícil e sonhado cede espaço à sensação de que a missão na qual se investiu é mais intensa e espinhosa do que o imaginado *glamour* que normalmente se vê de fora. Sem que dele se possa esperar postura fleumática, característica de poucos, exige-se do magistrado equilíbrio, equidistância das partes, isenção, personalidade, discricção e, sobretudo, contenção. Conversas ao pé do ouvido ou ideias pré-formatadas deve ser algo avesso ao cotidiano do intérprete, ao qual não é dada a faculdade de julgar com o fígado. Conviver com terraplanistas ou entusiastas de mundos perdidos é algo que também gravitará no seu universo do longo de toda a sua atuação profissional. Sabemos todos, por dados científicos, que a terra é geoide, mas, apesar do audacioso e longamente planejado projeto intergaláctico a ser alcançado a partir do telescópio James Webb, há lugares no planeta Terra, aqui mesmo, ainda inexplorados, ou, ao menos, dos quais emanam forças até agora inexplicadas. O Triângulo das Bermudas imanta curiosidade até hoje. Outro dia também apareceram uns ainda inexplicados agroglifos em Ipuauçu, lá pelos lados de Chapecó. O que quero dizer com tudo isso é que, num país plural como o nosso, o juiz deve estar aberto a assimilar quaisquer concepções, ainda que, num primeiro olhar, possam parecer-lhe se não absurdas, pouco críveis. A atuação judicante, tanto em primeiro quanto em segundo grau, sem espaço para ilusionismos jurídicos, reclama que se elejam áreas de fundeio, e, a partir delas, constante revisão de métodos e procedimentos de modo a propiciar eficiência. Dizia o eminente Desembargador João Henrique Blasi, ao tomar assento à frente na chefia deste Tribunal de Justiça, que “Justiça é gênero de primeira necessidade. É tarefa estatal indelegável, como são a saúde, a segurança e a educação”. E Sua Excelência, em sua percepção assertiva, bem traduz o que nós, operadores do Direito, percebemos no dia a dia: o expressivo número de processos em tramitação em nossas casas de justiça. Embora isso seja desafiador aos protanistas e partícipes da atividade jurisdicional, isso desnuda o quão nossa população vem fazendo valer seu o direito constitucional ao exercício da cidadania, manietado à ideia de dignidade humana. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - do qual a partir de hoje tenho a honra de fazer parte -, por seus gestores, os quais jamais puderam valer-se do Oráculo de Delfos, nem de alternativas Mandrake, tem mostrado que boas práticas são possíveis e caminham em compasso com o que se espera de uma instituição vanguardista como o nossa. Por iniciativas assim o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos últimos anos, recebeu o Selo Ouro na premiação de qualidade promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, sempre cioso no seu papel de ungir o Poder Judiciário de autonomia e, para além disso, no de fomentar o desenvolvimento da Justiça em sua acepção mais abrangente. E deixo aqui empenhado o compromisso de que minha atuação neste Tribunal, em meio a de tantos próceres, será pautada pelo trabalho, com escora no arcabouço legal e com vistas ao fortalecimento institucional, como, aliás, sempre fiz, sendo que a exaustão na empreitada nesse microcosmo será, como foi em muitos momentos da minha vida profissional, o prelúdio de que ainda há muito mais a ser feito. Foi essa forja sinérgica construída ao longo dos tempos, tijolo a tijolo, por todos os integrantes do Poder Judiciário catarinense, magistrados e servidores, numa conjugação de esforços, que alçou o Poder Judiciário do nosso Estado a patamares de qualificação e produtividade que nos faz estufar o peito de orgulho e que, atrevo-me a dizer, deixa os demais com os olhos arregalados.

Num terreno minado e sob cerco vigilante, repleto de diatribes, onde não se pode olhar para o chão e admirar a paisagem ao mesmo tempo, a intransigência quanto à qualidade dos julgados, irmão xipófago do que se pode assimilar na concepção de justiça, são - e sempre devem ser - a joia da coroa. Focando-me em sua atuação modelar, estatisticamente nos primeiros oito meses deste ano mais de noventa e três por cento das decisões emanadas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foram confirmadas pelos tribunais superiores, argumento irrespondível e revelador da qualificação dos desembargadores do nosso Estado. Em meio a esse panorama, o desafio passa a ser o da rapidez na resolução dos conflitos provocados ou da resposta aos pleitos de jurisdição voluntária, o que se convencionou chamar de tempo de duração razoável do processo, mantra o qual, aliás, nunca se entendeu tanto quanto agora. Processos intermináveis, que consumiam anos e anos de tramitação sem resolução definitiva, ficaram para trás, ou, sendo mais cético, representam hoje a exceção da exceção. Ninguém quer mais isso e esforços, sem medeios, têm sido envidados para que essa realidade seja vista como algo que passou, mas é preciso ser vigilante para que em meio à acalentada aceleração não sejam tomadas decisões açodadas, de cambulhada, porque, a depender do desdobramento disso estar-se-ia jogando fora o bebê junto com a água do banho, e, nesta hipótese, todo o empenho a que me referi de pouco teria valido. Para quem ingressou na magistratura há quase trinta anos, muita coisa mudou. Na década de mil novecentos e noventa, da qual posso falar, os juízes atuavam sem assessoria especializada, o que hoje, para os novos, soa como algo jurássico. Mas era assim. As decisões eram reveladas na canetada ou no dedilhar em máquinas de escrever. Quem fazia uso de computador, naqueles tempos, é porque havia trazido o equipamento de casa. O tempo passou e o Tribunal de Justiça, a cada gestão, com recursos financeiros sempre limitados, ao contrário dos que pregavam que isso era o mesmo que enxugar gelo, passou a cevar a concepção de espaços físicos menos acanhados ou improvisados e, noutra frente, no incremento do aparato pessoal, material e tecnológico, num todo a gerar eficiência voltada à otimização da atividade judicante. Deu-se musculatura à ideia do assessoramento técnico, que, entretanto, realço aqui, não deve nem pode substituir-se ao intérprete porque no pensado e constitucionalmente concebido sistema de Justiça só quem pode bater o martelo é o juiz, aqui compreendido em sentido lato, em suas mais diversas instâncias. Para quem está deste lado do balcão enfronhado num cenário desafiante, necessário e contínuo, o processo, que não deve prestar-se a servir de esteio à hemodiálise jurídica, nem de palco a jogos modorrentos, marrentos e maniqueistas, reclama maturação na sua formação como instrumento de convicção do juiz, de quem não se espera que haja com precipitação, nem que se porte como justiceiro, mas que, sem critérios cambiantes, nas mesmas condições de temperatura e pressão, julgue da mesma forma a partir do arcabouço legislativo democraticamente produzido. Ao longo do exercício da magistratura pude conhecer rincões que, não fosse pelo seu exercício, talvez jamais teria a oportunidade de por os pés. O Planalto, com suas noites frias e estreladas, pinhão na chapa, michuim e boa conversa no aconchego das casas e ranchos com chaminés fumaceando o conclave de seres ligados à boa prosa, permeado com muita história e causos pitorescos. O Oeste extremo, no qual se enxerga o vívido sol escarlate em tardes de verão. No médio-vale do Itajaí, o portentoso flamboaiã espocando na paleta natural em meio a ipês roxos e amarelos, que, ao longo de belíssima, porém efêmera, florada primaveril, pinta o chão que o circunda e pontilha de cor a lâmina d'água ao longo dos seus piscosos rios e riachos. Lembro que, em meio

a tantas belezas, o filho da terra jamais deu as costas à exuberância verde que serve de paspatur à pujança cosmopolita da Manchester Catarinense. Passa, agora, um filme na minha cabeça, e, para mim, que bebeu destas e nestas fontes todas, recordar é viver. Lindo o Estado que povoamos e que tanto amamos. Nesse momento único e irrepetível, faço questão de reafirmar o meu propósito de bem servir o Estado pelo exercício do sacerdócio da magistratura. Não tenho apego ao poder e jamais quis ser juiz para preencher algum vazio em minha alma. Continuarei sendo, como sempre fui, alguém que também empunha o estandarte de defensor do Poder Judiciário catarinense, que se posta e se mantém deste os tempos em que, em 1987, tive o primeiro acesso a uma sala de audiências, no antigo prédio do Fórum Governador Ivo Silveira, na rua Princesa Isabel, chamados que fomos, no corredor, eu e meus colegas de faculdade, pelo próprio Juiz da Vara da Família, preferida pelo imenso número de audiências que precisávamos assistir durante o estágio. Achei o gesto dele muito simples, porque minhas referências sobre o Judiciário para além da faculdade eram de muita formalidade, perguntei a quem me ladeava se sabia o nome daquele que tão humildemente apregoava as partes e respectivos advogados. Respondeu-me que era o Dr. Solon D'Eça Neves, de quem depois tornei-me um grande amigo e que, quis o destino, deixou-nos tão precocemente. E é com esse mesmo espírito de simplicidade, de garra e de esforço na empreitada do que faço sem ver a quem, legado que eu e meus irmãos aprendemos, sobretudo, dos ensinamentos da nossa mãe, que caminho para o término da minha fala lembrando o meu pai me disse assim que me parabenizou pela aprovação no concurso: “Você não é melhor que ninguém, nem pior. Olhe a todos por igual seja lá a forma como os venha a enxergar. Você é muito novo e chegará onde quer. Agora me dá um abraço”. Missão dada, missão cumprida. Tentei sempre ser assim e, vendo essa casa lotada de pessoas que me querem bem, acho que minha percepção não está errada. Abraço a todos!”

Na sequência, foi executado o hino do Estado de Santa Catarina.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi – Presidente, cumprimentou os presentes e fez o seguinte pronunciamento: “Reúne-se o Tribunal Pleno como testemunho dos que aqui se encontram presentes e também dos que se acham conectados por meio eletrônico para exercitar a sempre salutar alternância, verdadeira troca de bastão, que caracteriza o transcórrer da vida. Reúne-se o Tribunal Pleno para presenciar o repasse da toga imaculada vestida por mais de 35 anos pela agora ex-desembargadora Sônia Maria Schmitz. Reúne-se o Tribunal Pleno para empossar como desembargador o Juiz de Direito Roberto Lepper, cuja centrada dedicação a causa da justiça e invariável tradição de operosidade são traços deveras conhecidos de há muito pela comunidade forense. Seja muito bem-vindo Desembargador Roberto Lepper! Mais uma vez no dia de hoje o vaticínio do seu saudoso pai fez-se presente.”

Agradecendo a presença de todos, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente encerrou a sessão às 18 horas.

Para constar, lavro a presente ata, que subscrevo e vai assinada pelo Diretor-Geral Judiciário e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Beatriz Bessa dos Santos Secretária do Tribunal Pleno.

ATA N. 440 – SESSÃO DO TRIBUNAL PLENO

SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO DA CORTE CATARINENSE, OCORRIDA AOS SETE DIAS DO MÊS DE DEZEMBRO DE 2022

Aos sete dias do mês de dezembro do ano de dois mil e vinte e dois, reuniu-se em sessão extraordinária, às 14 horas, por meio de videoconferência, o egrégio Tribunal Pleno, com a participação dos Excelentíssimos Desembargadores João Henrique Blasi - Presidente, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, José Antônio Torres Marques, Salete Silva Sommariva, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cid José Goulart Júnior, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, José Carlos Carstens Köhler, Jorge Luiz de Borba, Rejane Andersen, Jânio de Souza Machado, Soraya Nunes Lins, Roberto Lucas Pacheco, Jairo Fernandes Gonçalves, Luiz Fernando Boller, Paulo Roberto Sartorato, Tulio José Moura Pinheiro, Carlos Alberto Civinski, Ricardo Roesler, Robson Luz Varella, Sérgio Antônio Rizelo, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Sebastião César Evangelista, Ernani Guetten de Almeida, Carlos Adilson Silva, Rogério Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Saul Steil, Newton Varella Júnior, Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Gilberto Gomes de Oliveira, Volnei Celso Tomazini, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Leopoldo Augusto Bruggemann, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Janice Goulart Garcia Ubialli, Rubens Schulz, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, André Carvalho, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, André Luiz Dacol, Jaime Machado Júnior, Hélio do Valle Pereira, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Rosane Portella Wolff, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Luiz Cesar Schweitzer, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Júlio César Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão, Sidney Eloy Dalabrida, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Antônio Zoldan da Veiga, Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Siegert Schuch, José Maurício Lisboa, Bettina Maria Maresch de Moura, Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, Flavio Andre Paz de Brum, Sandro José Neis, Eduardo Mattos Gallo Junior, Diogo Nicolau Pítsica, Marcos Fey Probst, Sílvio Dagoberto Orsatto, Edir Josias Silveira Beck, Roberto Lepper e do o Procurador de Justiça Davi do Espírito Santo.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Ricardo Orofino da Luz Fontes, em gozo de férias; Sérgio Izidoro Heil, Raulino Jacó Brüning e Carlos Roberto da Silva, em licença para tratamento de saúde; José Everaldo Silva, por motivos particulares; Helio David Vieira Figueira dos Santos, por motivo de saúde.

A Excelentíssima Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho, em gozo de férias, participou da sessão apenas para acompanhar as homenagens.

Registrada a participação do Excelentíssimo Juiz de Direito Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses.

APROVAÇÃO DAS ATAS N. 437, DE 21 DE SETEMBRO DE 2022; N. 438, DE 23 DE SETEMBRO DE 2022 E N. 439, DE 11 DE OUTUBRO DE 2022.

Postas em discussão e não impugnadas, foram aprovadas as Atas n. 437, da Sessão de 21 de setembro de 2022; n. 438, da Sessão Solene de 23 de setembro de 2022 e n. 439, da Sessão Solene de 11 de outubro de 2022.

ELEIÇÃO PARA O CARGO DE JUIZ EFETIVO, CATEGORIA DESEMBARGADOR, DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA, QUE VAGARÁ EM DECORRÊNCIA DO TÉRMINO DO BIÊNIO DO DESEMBARGADOR LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO N. 0043167-62.2022.8.24.0710. RELATOR O DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI, PRESIDENTE.

Foi eleita, por unanimidade, a Excelentíssima Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta para o cargo de Juiz Efetivo, categoria Desembargador, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagará em decorrência do término do biênio do Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann.

ELEIÇÃO PARA O CARGO DE JUIZ EFETIVO, CATEGORIA JUIZ DE DIREITO, DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA, QUE VAGARÁ EM DECORRÊNCIA DO TÉRMINO DO BIÊNIO DO JUIZ MARCELO PONS MEIRELLES, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO N. 0042424-52.2022.8.24.0710. RELATOR O DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI, PRESIDENTE.

Foi eleito o Juiz de Direito Otávio José Minatto para o cargo de Juiz Efetivo, categoria Juiz de Direito, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagará em decorrência do término do biênio do Juiz Marcelo Pons Meirelles.

Em escrutínio secreto, com a participação de 83 (oitenta e três) Desembargadores, foram computados aos Excelentíssimos Juizes de Direito Adilor Danieli 36 (trinta e seis) votos; Otávio José Minatto 34 (trinta e quatro) votos; Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva 7 (sete) votos; Humberto Goulart da Silveira 2 (dois) votos; Antonio Augusto Baggio e Ubaldo 2 (dois) votos; Fernando Vieira Luiz 1 (um) voto e Edson Marcos de Mendonça 1 (um) voto.

Como nenhum candidato atingiu a maioria absoluta dos votos dos desembargadores presentes, procedeu-se ao segundo escrutínio secreto com os dois candidatos mais votados, nos termos da alínea “c” do inciso I do § 4º do art. 53 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em segundo escrutínio secreto, com a participação de 84 (oitenta e quatro) Desembargadores, foram computados aos Excelentíssimos Juizes de Direito Otávio José Minatto 42 (quarenta e dois) votos e Adilor Danieli 41 (quarenta e um) votos. Houve ainda o registro de 1 (um) voto nulo.

Restou eleito o Excelentíssimo Juiz de Direito Otávio José Minatto, o qual obteve a maioria absoluta dos votos dos desembargadores presentes, de acordo com a alínea “c” do inciso I do § 4º do art. 53 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

ELEIÇÃO PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO, CATEGORIA JUIZ DE DIREITO, DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA, QUE VAGARÁ EM DECORRÊNCIA DO TÉRMINO DO BIÊNIO DO JUIZ OTÁVIO JOSÉ MINATTO, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO N. 0042424-52.2022.8.24.0710. RELATOR O DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI, PRESIDENTE.

Foi eleito o Juiz de Direito Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva para o cargo de Juiz Substituto, categoria Juiz de Direito, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagará em decorrência do término do biênio do Juiz Otávio José Minatto.

Em escrutínio secreto, com a participação de 84 (oitenta e quatro) Desembargadores, foram computados aos Excelentíssimos Juizes de Direito Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva 44 (quarenta e quatro) votos; Antonio Augusto Baggio e Ubaldo 28 (vinte e oito) votos; Rudson Marcos 5 (cinco) votos; Andreia Regis Vaz 3 (três) votos; Edson Marcos de Mendonça 2 (dois) votos; Janine Stiehler Martins 1 (um) voto e Fernando Vieira Luiz 1 (um) voto.

Restou eleito o Excelentíssimo Juiz de Direito Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, o qual obteve a maioria absoluta dos votos dos desembargadores presentes, de acordo com a alínea “c” do inciso I do § 4º do art. 53 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Compareceu à Sessão a Excelentíssima Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE PARA PROVIMENTO DO 93º CARGO DE DESEMBARGADOR, ORIUNDO DO QUINTO CONSTITUCIONAL, DESTINADO A MEMBROS DA ADVOCACIA, QUE VAGOU EM DECORRÊNCIA DA APOSENTADORIA DO DESEMBARGADOR FERNANDO CARIONI, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO N. 0033150-64.2022.8.24.0710. RELATOR O DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI, PRESIDENTE.

Foram escolhidos os nomes dos Excelentíssimos Senhores Advogados João Eduardo de Nadal, Fábio Jeremias de Souza e Carolina Sena Vieira para comporem a lista tríplice para preenchimento do 93º cargo de Desembargador, oriundo do quinto constitucional, destinado a membros da advocacia.

Em escrutínio aberto, com a participação de 85 (oitenta e cinco) Desembargadores, foram computados: 79 (setenta e nove) votos para João Eduardo de Nadal; 55 (cinquenta e cinco) votos para Fábio Jeremias de Souza; 50 (cinquenta) votos para Carolina Sena Vieira; 42 (quarenta e dois) votos para Giovani de Lima; 23 (vinte e três) votos para Tammy Fortunato e 6 (seis) votos para Charles Pamplona Zimmermann, sendo formada a lista com os candidatos que obtiveram a maioria absoluta dos votos dos presentes, nos termos do inciso I do § 5º do art. 53 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

PROMOÇÃO POR MERECIMENTO PARA O 94º CARGO DE DESEMBARGADOR, QUE VAGOU EM DECORRÊNCIA DA APOSENTADORIA DO DESEMBARGADOR CLÁUDIO BARRETO DUTRA. RELATORA A DESEMBARGADORA DENISE VOLPATO, CORREGEDORA-GERAL DA JUSTIÇA.

Foi promovido, por unanimidade, pelo critério de merecimento, o magistrado Marcio Rocha Cardoso para o 94º cargo de Desembargador, que vagou em decorrência da aposentadoria do Excelentíssima Desembargadora Cláudio Barreto Dutra.

Estando presentes 85 (oitenta e cinco) desembargadores, realizou-se o primeiro escrutínio entre os inscritos, todos integrantes da primeira quinta parte da lista de antiguidade, conforme o art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º, da Resolução n. 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça, computando-se aos magistrados Marcio Rocha Cardoso 85 (oitenta e cinco) votos; Osmar Mohr 80 (oitenta) votos; Stephan Klaus Radloff 77 (setenta e sete) votos; Renato Luiz Carvalho Roberge 5 (cinco) votos; Vitoraldo Bridi 4 (quatro) votos; Emanuel Schenkel do Amaral e Silva 1 (um) voto; Alexandre Moraes da Rosa 1 (um) voto; Mauricio Cavallazzi Póvoas 1 (um) voto e Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva 1 (um) voto. Nos termos do art. 54 c/c o art. 61 da Lei Complementar estadual n. 367, de 7 de dezembro de 2006, a lista tríplice foi formada com os magistrados Marcio Rocha Cardoso, Osmar Mohr e Stephan Klaus Radloff.

Em segundo escrutínio, com a presença de 84 (oitenta e quatro) desembargadores, foram computados 84 (oitenta e quatro) votos ao magistrado Marcio Rocha Cardoso.

HOMENAGEM AOS MAGISTRADOS QUE SE APOSENTARAM NO ANO DE 2022

O Tribunal Pleno prestou homenagem aos magistrados aposentados no corrente ano: Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Juiz de Direito José Clésio Machado, Juíza de Direito Liene Francisco Guedes, Juíza de Direito Claudia Inês Maestri Meyer e Juíza de Direito Maria da Conceição dos Santos Mendes,

O Desembargador Fernando Carioni e o Juiz de Direito Marco Augusto Ghisi Machado, representando o seu pai, o Juiz de Direito José Clésio Machado, foram convidados a se dirigirem ao centro do auditório para receberem a homenagem.

A Desembargadora Sônia Maria Schmitz, que acompanhou virtualmente a Sessão, bem como os demais magistrados homenageados, que não puderam participar da Sessão, receberão oportunamente, em mãos, a homenagem prestada por este Tribunal de Justiça.

HOMENAGEM À EXCELENTÍSSIMA DESEMBARGADORA SALETE SILVA SOMMARIVA PELA ATUAÇÃO FRENTE À COORDENADORIA ESTADUAL DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – CEVID

Na sequência, o Tribunal Pleno prestou homenagem à Excelentíssima Desembargadora Salete Silva Sommariva – que teve o pedido de aposentadoria aprovado nesta data, na Sessão do Órgão Especial – por sua atuação junto ao Tribunal de Justiça catarinense, e, em especial, por sua liderança à frente da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica.

A Juíza de Direito Naiara Brancher prestou o seguinte discurso: “Boa tarde a todos. Cumprimento o Presidente do Tribunal de Justiça, a Desembargadora Corregedora, o Presidente da Associação, demais Desembargadores e a querida Desembargadora Salete Silva Sommariva,

seus familiares aqui presentes e servidoras e servidores da CEVID. A Desembargadora Salete Silva Sommariva iniciou as atividades no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em abril de 2003, ingressa pelo quinto constitucional da advocacia. Atuou inicialmente na 1ª Câmara de Direito Civil, passou pela 3ª Câmara de Direito Comercial, 3ª Câmara de Direito Civil e desde 2008 integra a 2ª Câmara de Direito Criminal, além do 2º Grupo Criminal nesta Corte. Neste ano de 2022, voltou ao Órgão Especial, onde permanece até o encerramento de suas funções. No âmbito administrativo, exerceu as funções de Presidente do Conselho de Administração do então Fundo da Conta Única, biênio 2008/2009; membro da Comissão de Concurso para Provimento do Cargo de Juiz de Direito Substituto em 2008; esteve à frente da Ouvidoria Judicial. Nos anos de 2010/2011, foi eleita Vice-Corregedora Geral da Justiça, para mandato de 2012/2014, assumindo o cargo de Corregedora-Geral de Justiça entre dezembro de 2013 e janeiro de 2014, em decorrência da aposentadoria do Desembargador Vanderlei Romer. Neste período, mesmo com as funções da Corregedoria-Geral, foi Coordenadora da Execução Penal e da Violência Doméstica deste Tribunal nos biênios 2012/2013 e 2014/2015. Atualmente, é Coordenadora Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cargo que ocupa ininterruptamente desde 2018. Por conta desta atuação, foi eleita Presidente do Colégio Nacional dos Coordenadores Estaduais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – COCEVID nos anos de 2020/2021. Importante ressaltar que a Desembargadora ao longo de sua carreira sempre teve reconhecida sua dedicação à causa da justiça, tanto que em 2013 recebeu a Medalha da Comenda Legislativa Catarinense; em 2018, foi concedido o título de Cidadã Honorária de Florianópolis, pela Câmara Municipal de Florianópolis; em 2019, foi homenageada pela Academia Catarinense de Letras Jurídicas; em 2021, recebeu o Diploma Mulher-Cidadã Carlota Pereira de Queirós, concedido pela Câmara de Deputados; em 2022, recebeu recomendação de elogio funcional, expedido pelo CNJ, por sua atuação nos grupos de trabalho e de estudos sobre violência de gênero do Conselho Nacional; também recebeu o troféu Mulher que Faz pela Câmara de Vereadores de São Francisco do Sul; a Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica concedeu neste ano de 2022 a Comenda Thereza Grisólia Tang; também recebeu o Selo Mulheres Libertas pelo COCEVID e, recentemente, foi homenageada no último Encontro do COCEVID, em Belém do Pará, por ocasião de sua aposentadoria. Quando pensamos em celebração, principalmente as motivadas pela aposentadoria de uma profissional, é inevitável não pensar nos momentos de alegrias, nas conquistas e também nas dificuldades enfrentadas para colocar em prática uma ideia, um projeto que pode transformar para sempre a vida de pessoas que acreditam e têm esperança na atuação da Justiça para resolver seu conflito, seus impasses e seu cotidiano de privação e, muitas vezes, de violências. Neste caminhar, um turbilhão de sentimentos toma conta de nossos pensamentos e corações. Se por um lado nos sentimos privilegiados e privilegiadas pela convivência diária, por outro, somos tomados pela possibilidade da ausência daquela pessoa com a qual construímos, ao longo dos anos, laços de afeto, de amizade e admiração. Embora saibamos que as partidas, no geral, são inevitáveis e que fazem parte de todos os campos de nossas vidas, elas sempre nos emocionam e causam sentimentos ambíguos. Estes rituais de passagem, como bem nos ensina a antropologia, nos oportuniza celebrar momentos especiais. E este é um momento muito especial, pois estamos diante da aposentadoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, que após décadas de dedicação e compromisso genuíno

com a Justiça Catarinense, especialmente em frente à Coordenadoria Estadual de Políticas de Enfrentamento da Violência contra as mulheres do TJSC, segue rumo a uma nova fase da vida profissional. Essa travessia será sentida por todos e todas que tiveram o privilégio e a honra de conviver com ela durante todos esses anos – quase 20 anos. Vale lembrar que parcela significativa da história da CEVID foi escrita durante a coordenação da Desembargadora Sommariva – nesse ponto eu ressalto que Santa Catarina é reconhecida nacionalmente pelo seu trabalho de enfrentamento à violência contra a mulher – e é a partir desse período que nasce e cresce a admiração e estima de muitas mulheres, em especial das catarinenses. Todos esses anos de dedicação permitiram uma atuação sólida, de confiança e de respeito a todas e todos jurisdicionados. Sua fala, sua atuação, têm credibilidade, e será para sempre lembrada, e sua presença estará sempre nos corações e mentes. E para celebrar este momento, que está associado ao ciclo da vida profissional, nós, a equipe técnica da Coordenadoria Estadual de Enfrentamento da Violência Contra as Mulheres - CEVID, propomos uma singela homenagem a essa mulher que tanto se empenhou na efetivação dos Direitos das Mulheres principalmente aqueles relacionados ao enfrentamento da violência doméstica e familiar. Desembargadora Salete, sua aposentadoria será um desfalque para a Justiça Catarinense, mas sei que a Senhora não descansará, pois seguirá na luta pelo enfrentamento à violência de gênero. E ao fecharmos a pasta do nosso encontro, saibamos que estamos fechando também um arquivo de recordações inesquecíveis. Se alguma coisa não foi melhor, perdoa-nos as infinitas limitações e leve apenas o nosso melhor. Sentimos nossos olhos molhados, que não é de tristeza, mas de uma saudade antecipada, que guardamos com carinho como quem guarda um grande valor. Se em tudo fica um pouco, nosso desejo é que nós fiquemos onde a Senhora esteja. Deixo aqui nosso mais profundo muito obrigada e, pessoalmente, por nestes três últimos ter podido conhecer tão de perto a Senhora e aprender tanto. Sou uma magistrada melhor a partir do convívio com a Senhora. Muito obrigada, em meu nome e em nome de todos os servidores da CEVID”.

Após o discurso, as servidoras e servidores da CEVID fizeram a entrega de uma placa à Desembargadora Salete Silva Sommariva e, em seguida, seus familiares lhe fizeram a entrega de ramallete de flores.

Em seguida, a Excelentíssima Desembargadora Salete Silva Sommariva manifestou-se nos seguintes termos: “Obrigada, Presidente, pela concessão da palavra, em um momento em que não posso falar, porque a emoção é muito grande. Eu não teria palavras de agradecimento, reconhecimento, parece que tudo ficaria em vão. Tanto carinho, tanto amor, tanto companheirismo, tanto coleguismo e tanto incentivo para que eu percorresse este caminho que percorri aqui no Tribunal. Agradeço a todos da CEVID, que estiveram ao meu lado, seguiram juntos, às vezes sorrindo, às vezes chorando, mas sempre buscando fazer o nosso melhor, não só às mulheres do nosso Brasil, mas também pela representatividade do Tribunal de Justiça, pois foi uma responsabilidade que nos foi outorgada. Eu aqui agradeço a todos os presidentes que me indicaram no decorrer de todos estes anos e atualmente o nosso querido presidente, que concordou e auxiliou que esta homenagem transcorresse de forma tão bela. Gostaria de agradecer todos os magistrados que se empenharam nesta homenagem, Desembargador Civinski, Desembargadora Soraya, Desembargadora Hildemar, todos os demais servidores, Desembargadores, Juízes, meus parentes. No dia da minha posse eu

disse uma frase que não esqueci e vou agora reprimir: meus três filhos para mim são as três estrelas que nortearam e continuam a nortear a minha vida. Muito obrigada pela presença de todos, pelos amigos advogados que aqui estão. Eu diria que eu saio emocionada, mas consciente que há dia de chegar e dia de sair. Aquele dia que chegamos com o coração inebriado e a alma cheia de sonhos para tentar realizar justiça e dar uma parcela nossa a essa sociedade que tanto necessita. E há aquele dia que temos que nos retirar, evidentemente dando lugar para outros prosseguirem o trabalho. Mas saio feliz, porque tenho a consciência do meu dever cumprido. E se esse dever eu consegui cumprir, foi com o auxílio de todos vocês, colegas que me cumprimentavam, incentivavam, elogiavam o trabalho. Neste momento, principalmente, do presidente e de todo o corpo diretivo, que sempre estive ao meu lado. Vinte anos compartilhei com vocês minhas alegrias, o meu trabalho, o meu amor. Parto, não do Tribunal, parto das minhas funções. Mas aqui continuarei sempre de coração e de alma. Muito obrigada a todos”.

Nada mais havendo a tratar, o Excelentíssimo Desembargador Presidente encerrou a sessão às 16 horas e 05 minutos.

Para constar, lavro a presente ata, que subscrevo e vai assinada pelo Diretor-Geral Judiciário e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Beatriz Bessa dos Santos, Secretária do Tribunal Pleno.

ATA N. 441 – SESSÃO DO TRIBUNAL PLENO

SESSÃO SOLENE DE POSSE DO ADVOGADO JOÃO EDUARDO DE NADAL E DO JUIZ DE DIREITO MÁRCIO ROCHA CARDOSO NO CARGO DE DESEMBARGADOR, OCORRIDA AOS DEZESSEIS DIAS DO MÊS DE DEZEMBRO DE 2022

Aos dezesseis dias do mês de dezembro do ano de dois mil e vinte e dois, nesta cidade de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina, reuniu-se às dezessete horas, em sessão solene presencial por videoconferência, na sala de sessões Ministro Teori Zavascki, o egrégio Tribunal Pleno, com a presença dos Excelentíssimos Desembargadores João Henrique Blasi - Presidente, Pedro Manoel Abreu, Sérgio Roberto Baasch Luz, Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, José Antônio Torres Marques, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cid José Goulart Júnior, Jorge Luiz de Borba, Jânio de Souza Machado, Soraya Nunes Lins, Roberto Lucas Pacheco, Jairo Fernandes Gonçalves, Tulio José Moura Pinheiro, Ricardo Roesler, Robson Luz Varella, Sérgio Antônio Rizelo, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Ernani Guetten de Almeida, Altamiro de Oliveira, Saul Steil, Newton Varella Júnior, Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Gilberto Gomes de Oliveira, Volnei Celso Tomazini, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Leopoldo Augusto Bruggemann, Rubens Schulz, André Carvalho, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, André Luiz Dacol, Jaime Machado Júnior, Hélio do Valle Pereira, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Rosane Portella Wolff, Luiz Cesar Schweitzer, José Agenor de Aragão, Sidney Eloy Dalabrida, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Siegert Schuch, Flavio Andre Paz de Brum, Eduardo Mattos Gallo Junior, Marcos Fey Probst, Edir Josias Silveira Beck e Roberto Lepper.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Luiz César Medeiros, Salete Silva Sommariva, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Rejane Andersen, Raulino Jacó Brüning, Luiz Fernando Boller, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Sebastião César Evangelista, Carlos Adilson Silva, Rogério Mariano do Nascimento, José Everaldo Silva, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Janice Goulart Garcia Ubialli, Cláudia Lambert de Faria, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Júlio César Machado Ferreira de Melo, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Antônio Zoldan da Veiga, Carlos Roberto da Silva, José Maurício Lisboa, Bettina Maria Maresch de Moura, Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, Sandro José Neis, Diogo Nicolau Pítsica e Sílvio Dagoberto Orsatto.

Foram convidados para compor a mesa de representatividade, juntamente com o Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi – Presidente, o Excelentíssimo Senhor Sergio Laguna Pereira, Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina, representando o Governador do Estado de Santa

Catarina; a Excelentíssima Desembargadora Federal Ana Cristina Ferro Blasi, representando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região; o Excelentíssimo Desembargador Nivaldo Stankiewicz, Corregedor Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Herneus De Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas de Santa Catarina, e presidente eleito para o biênio 2023-2024; Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina; a Excelentíssima Senhora Claudia da Silva Prudêncio – Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Renan Soares de Souza – Defensor Público-Geral do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses.

Foram registradas, ainda, as presenças das seguintes autoridades: Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça gestão 2014/2016, Desembargador aposentado Nelson Schaefer Martins; Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça gestão 2000/2001, Desembargador aposentado Francisco Xavier Medeiros Vieira; Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Neodi Saretta; Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Tiago Zilli; Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual Antídio Lunelli; Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São José Orvino Coelho de Ávila; Excelentíssimo Senhor Ex-Governador do Estado de Santa Catarina e Diretor-Financeiro do BRDE Eduardo Pinho Moreira; Excelentíssimo Senhor Ex-Deputado Federal Ronaldo Benedet; Excelentíssimo Senhor Manoel Motta, Ex-Deputado Estadual; Excelentíssimo Senhor Ricardo Oliveira, Superintendente do Ministério do Trabalho.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi deu início à sessão solene de posse do Advogado João Eduardo De Nadal e do Juiz de Direito Marcio Rocha Cardoso no cargo de Desembargador.

Todos foram convidados para, em pé, receber os Desembargadores empossandos, que foram conduzidos pelos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Roberto Baasch Luz e Roberto Lepper, respectivamente o membro mais antigo e o mais moderno desta Corte fisicamente presentes na sessão.

Dando seguimento, foi executado o hino nacional.

Em seguida, iniciaram-se os procedimentos de posse do Advogado João Eduardo De Nadal: natural de Chapecó, filho de Herneus De Nadal e Laine De Nadal, *in memorian*. É casado com Melissa De Nadal, pai de Betina e de José Eduardo. No ano de 2006, concluiu sua graduação em direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. É especialista em direito público pela Universidade Anhanguera e mestre em direito constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP-Brasília, com estudos na Universidade de Granada, Espanha. Atuou como membro consultivo da Comissão Estadual de Direito Constitucional da OAB/SC de 2019 a 2021. No último dia 7, foi nomeado ao cargo de desembargador para ocupar a vaga do quinto constitucional.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi – Presidente convidou o Advogado João Eduardo De Nadal a prestar compromisso legal para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Após prestar o compromisso legal, o Desembargador João Eduardo De Nadal recebeu do seu pai, Herneus De Nadal, a Medalha e o Diploma da Ordem do Mérito Judiciário Catarinense e, ato contínuo, assumiu seu assento no Tribunal Pleno.

Em seguida, iniciaram-se os procedimentos de posse do Juiz de Direito Marcio Rocha Cardoso: natural de Florianópolis, filho de Ademar Alves Cardoso, *in memoriam*, e Leodegária Rocha Cardoso. É casado com Rafaela Pederiva, pai de Heitor e Júlia. No ano de 1992, concluiu sua graduação em direito pela Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. Foi aprovado no certame da magistratura no ano de 1995 e julgou nas comarcas de São Miguel do Oeste, Descanso, Curitiba, Chapecó e capital, atuando, por fim, na 1ª Turma Recursal da Capital. No último dia 7, foi promovido ao cargo de Desembargador.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi – Presidente convidou o Juiz de Direito Marcio Rocha Cardoso a prestar compromisso legal para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Após prestar o compromisso legal, o Desembargador Marcio Rocha Cardoso recebeu de sua mãe, Leodegária Rocha Cardoso, e de sua esposa, Rafaela Pederiva, a Medalha e o Diploma da Ordem do Mérito Judiciário Catarinense e, ato contínuo, assumiu seu assento no Tribunal Pleno.

O Excelentíssimo Desembargador Monteiro Rocha, convidado para, em nome da corte, saudar o novo Desembargador João Eduardo De Nadal, fez o seguinte pronunciamento: “Meus cumprimentos ao Desembargador João Henrique Blasi, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Sergio Laguna Pereira, Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina, neste ato representando o Governador do Estado de Santa Catarina; Excelentíssima Desembargadora Federal Ana Cristina Ferro Blasi, neste ato representando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Excelentíssimo Desembargador Nivaldo Stankiewicz, Corregedor Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; Excelentíssimo Senhor Conselheiro Herneus De Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas de Santa Catarina e presidente eleito para o biênio 2023/2024; Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina; a Excelentíssima Senhora Claudia da Silva Prudêncio – Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Renan Soares de Souza – Defensor Público-Geral do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses. Minhas saudações também a esta saleta plateia formada pelos familiares e amigos dos empossados. [...] Trago aqui um bilhete, que vem do coração, de um amigo para um amigo. Inicialmente, trato do histórico profissional do Doutor João Eduardo De Nadal: Assessor Jurídico no TJSC de 2002 a 2009; Advogado com inscrição na OAB desde 2009; Procurador do Município de São José/SC de 2009 a 2011; Advogado e Sócio do escritório De Nadal, Duarte & Fernandes Advogados Associados desde 2014; Diretor de Desenvolvimento Econômico na Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Estado de Santa Catarina de 2015 a 2017; Diretor Jurídico da São Sebastião Empreendimentos S.A. (empresa de energia elétrica) entre 2015 e 2017; Membro do Conselho de Administração da Casan de 2015 a 2020; Membro do Conselho de Administração da SC Participações e Parceria S.A. - SCPAR de 2015 a 2020; Assessor Jurídico e de Assuntos Específicos no

Senado Federal entre 2017 a 2021; Diretor Jurídico da Associação dos Produtores de Energia Elétrica do Estado de Santa Catarina - APESC entre 2020 e 2022. Passo à formação acadêmica: Conferencista e Palestrante em diversos eventos culturais no Brasil e no exterior; Bacharel em Direito pela UNIVALI 2001/2006; Pós-graduado em Direito Público UNIDERP/ANHANGUERA - 2009/2011; Mestrado em Direito Constitucional; Produção Acadêmica em Processo Civil, Direito Constitucional e Processo Constitucional; autor do Livro “Reclamação Constitucional: garantia, observância e superação dos precedentes judiciais” - Editora Letramento, 2020; terminou o curso da Escola Superior da Magistratura - ESMESC - 2007/2008; obteve diploma no Curso Superior em Garantias Jurisdicionais e Institucionais de Direitos – Universidad de Granada – Espanha, em 2018. De família ilustre e conhecida, o Desembargador João Eduardo De Nadal tem como esposa a Senhora Melissa De Nadal, sendo seus filhos queridos Betina e José, enquanto que o seu pai, o respeitoso e respeitado homem público Herneus De Nadal, foi Prefeito Municipal de Caibí, Deputado Estadual em diversas legislaturas e hoje é Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, quando, a partir de fevereiro de 2023, será o seu Presidente. Parabênzo o querido amigo de sempre, Herneus De Nadal, pelo sucesso de seu filho João. O avô paterno do Desembargador João Eduardo é o Senhor Carlos De Nadal, ex-Prefeito Municipal de Palmitos/SC, enquanto que seu avô materno, Senhor Zílio Pietro Biasi, foi Prefeito Municipal em Palmitos e Caibí. Caibí, etimologicamente, significa folhas verdes, folhas verdes estas que geraram o amadurecimento de flores e de maduros frutos, dentre esses o Desembargador ora empossado. Tal como Ulisses, na Odisseia de Homero, pois é próprio do ser humano, nosso homenageado, em suas peripécias pela vida, teve de sair e voltou, teve fé e esperança, soube refletir e discernir, foi corajoso, astuto, curioso, contemplativo, celebrativo, soube conversar, esperar e terminar, para reiniciar tudo novamente, agora como Desembargador. O substantivo próprio João tem sua origem etimológica na língua hebraica, significando aquele que é cheio de dádivas, o que o nosso João Eduardo também é. Objetivando qualificar o homem público para um Estado melhor Cervantes, em seu ideal aristotélico, na conhecidíssima obra-prima “Dom Quixote De La Mancha”, escreve o conselho do personagem principal a Sancho Pança: “Nunca interpretes arbitrariamente a lei, como costumam fazer os ignorantes que têm presunção de cultos; Achem em ti mais compaixão as lágrimas do pobre, mas não mais justiça do que as queixas dos ricos; Procura descobrir a verdade por entre as promessas e dádivas do rico, como por entre os soluços e importunidades do pobre; Quando se puder atender à equidade, não carregues com rigor a lei, pois não é melhor a fama do juiz rigoroso que do compassivo; Se dobrares a vara da justiça, que não seja com o peso das dádivas, mas sim com o da misericórdia; Quando te suceder julgar algum pleito de inimigo teu, esquece-te da injúria e lembra-te da verdade do caso; Não te cegue paixão própria em causa alheia porque os erros que cometeres, maior parte das vezes serão sem remédio, e, se o tiverem, será a custa do teu crédito; A quem hás de castigar com obras, não trates mal com palavras, pois basta ao desditoso a pena do suplício, sem o acrescentamento das injúrias; Se esses preceitos e essas regras cumprires, Sancho, serão longos os teus dias, eterna a tua fama, grandes os teus prêmios, indizível a tua felicidade”. Querido amigo e Desembargador João Eduardo De Nadal, tendo Vossa Excelência tomado posse como magistrado desta Alta Corte estadual, sugiro-lhe, na condição de seu velho amigo, sentir-se bem-aventurado, tomando posse de si mesmo como ser integral. Desejo-lhe muita saúde e sucesso. Ao mesmo tempo, cumprimento também o Desembargador Márcio Rocha Cardoso, zeloso magistrado em nosso Estado, a quem desejo igualmente um caminho feliz. Obrigado”.

Por sua vez, o Excelentíssimo Desembargador Getúlio Corrêa, convidado para, em nome da corte, saudar o novo Desembargador Marcio Rocha Cardoso, fez o seguinte discurso: “Boa noite. Todas as coisas têm seu tempo e todas elas passam debaixo do céu segundo o termo que a cada uma foi prescrito (Ec 3-1). Senhor presidente Desembargador João Henrique Blasi, saúdo Vossa Excelência e em seu nome todas as autoridades já nominadas pelo cerimonial. Estendo os cumprimentos aos novos Desembargadores Márcio Rocha Cardoso e João Eduardo de Nadal, familiares e amigos aqui presentes, além do ilustre Desembargador Monteiro Rocha que fez a saudação ao Desembargador João Eduardo de Nadal. Presidente Blasi. Aproveito essa última sessão do ano para registrar a honra de compor o Corpo Diretivo do Tribunal, integrado por ilustres colegas competentes, comprometidos e dedicados, liderados por Vossa Excelência, que não só se notabilizou por ser um excelente jurista, mas também por ter demonstrado ser um exímio administrador, na busca pragmática e permanente de soluções aos anseios da magistratura e dos servidores, todos sempre lembrados por Vossa Excelência como responsáveis pela inserção do nosso Poder Judiciário de Santa Catarina no patamar em que se encontra dentre os Tribunais do país. Agradeço, honrado, o convite do fraterno amigo e grande magistrado Marcio Rocha Cardoso para saudá-lo em nome dos ilustres colegas integrantes desse Tribunal. Peço vênias a todos para falar sem o formalismo que o ambiente solene deste tribunal exige, mas com a informalidade de quem recebe amigos, sem, no entanto, pretender romper as regras mínimas que ornamentam o cerimonial exigido para este momento sublime para os que nele ingressam, nem descuidar da relevância para todos nós na recepção de novos magistrados que atingem o ápice da carreira. Caro amigo Marcio, reitero o que disse na saudação ao nosso amigo comum, saudoso Desembargador Stanley da Silva Braga em 10 de julho de 2015 – dia e mês que me trazem a recordação de meu irmão Univaldo Correa que nesse ano, dia 10 de julho, passou ao Oriente Eterno: “Não se chega, com certeza, à nossa idade sem alguns arrependimentos e muitas reflexões sobre momentos de alegria e alguns de tristeza, todos nos deixando eternos ensinamentos de vida”. São momentos como esse que se permite recordar o passado para reencontrar-se nas páginas de sua história de vida. Extraio de uma obra clássica que recomendava aos meus alunos, Fustel de Coulanges, em sua “Cidade Antiga”: “Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma delas lhe legou.” Parece que esquecemos as lições da nossa história com momentos marcantes de intolerância que tanto mal causaram a humanidade. Hoje vivemos uma permanente intolerância com tudo e com todos. Relembro, por oportuno, Voltaire, que se notabilizou com seu Tratado da Tolerância, escrito após a defesa que fez para a reabilitação de Jean Calas, torturado e executado em março de 1762 em Toulouse pela morte, de seu filho, que, supostamente, estaria se convertendo ao Cristianismo. O Caso Calas juntamente com o caso Dreyfus, ambos na França, são lembrados como sendo os dois maiores erros judiciários da história. Nessa obra, lembra Voltaire, que “ Depois que os espíritos são arrebatados não há mais como acalma-los”. Embora naquele caso a questão fosse religiosa, seus princípios estão presentes hoje na seara política, econômica, religiosa e até mesmo judicial. O autor ficou lembrado por uma frase que nunca prolatou, mas é uma conclusão de suas obras pela biógrafa Evelyn Beatrice Hall, publicada em 1906: “Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”.

Voltaire disse sobre sua obra: “Esse ensaio sobre a tolerância é um requerimento que a humanidade apresenta muito humildemente ao poder e à prudência”. E complemento eu: o Poder Judiciário, como instrumento de equilíbrio entre os poderes, deve agir com eterna prudência. Caro amigo Marcio, sua história é exemplo de determinação e superação. Sua família é de origem humilde e merece o registro pela dedicação a uma instituição quase secular chamada Albergue Noturno, mantida pela “Caixa de esmolas aos indigentes de Florianópolis”, oferecendo diariamente banho, jantar, pernoite, e café da manhã aos mais necessitados. Seu avô Osvaldo Ciriaco Rocha, conhecido como Capitão Gancho, da tradicional Loja Maçônica Regeneração Catarinense, foi, desde o início dos anos de 1970, o responsável pela manutenção do Albergue Noturno. Com sua morte esse encargo passou para seus pais. Por isso cabe o registro de agradecimento a sua mãe, Leodegaria Rocha Cardoso, aqui presente, pelo belo trabalho executado por sua família aos mais necessitados. Senhoras e Senhores, o nosso Desembargador Marcio Rocha Cardoso, além de conhecedor profundo do direito é um estudioso e especialista em música clássica. Recordo de um evento do qual participamos há muito tempo. E no jantar sentamos com um dos palestrantes, um sociólogo, que nos falou de algumas músicas que ele apreciava. Naquela época eu estava conhecendo o Marcio e não sabia do seu notável saber musical. Eu era e sou um conhecedor de meia dúzia de músicas, e tive a infeliz ideia de emitir opinião. Naquele momento, depois de ouvir todos da mesa se manifestarem, o Marcio proferiu uma aula, com citações dos maestros, locais de gravação e detalhes da vida dos autores que me fizeram arrependido de ter me manifestado. Pensei naquele instante no ensinamento Bíblico: “Há tempo de falar e tempo de ficar calado” (Ecles 3,7). Aquele momento era para ficar calado e eu falei. Caro amigo, parabéns pela bela carreira na magistratura, pelos amigos que conquistastes e também pelos opositores que na vida nós sempre, infelizmente, acabamos por adicionar, em algum momento e por razões às vezes incompreensíveis e com o difícil, mas necessário dever de perdoar. Para essas circunstâncias, inevitáveis, assinalo o precioso ensinamento de Rui Barbosa: “Não poucas vezes, pois, razão é lastimar o zelo dos amigos, e agradecer a malevolência dos opositores. Estes nos salvam, quando aqueles nos extraviam. De sorte que, no perdoar aos inimigos, muita vez não vai somente caridade cristã, senão também justiça ordinária e reconhecimento humano” (Oração aos Moços p. 51). Prezado Amigo, reitero as boas-vindas a uma casa que já conhece pois nela exerce suas atribuições há quase vinte e oito anos. Sua capacidade e inteligência, por todos reconhecidas, permitirão desincumbir-se de mais este ciclo da vida que, espero, seja longo o suficiente para ajudar-nos na solução dos conflitos que teimam em crescer numa litigiosidade que supera os 80 milhões de processos. Inegavelmente a solução não passa pelo simples aumento do número de magistrados e servidores, mas na busca de soluções extrajudiciais e de limitação de recursos para não só uma mitigação do volume de processos, mas também, em consequência, uma melhor apreciação daqueles que nos são submetidos. O Desembargador Renato Nalini, ex-Presidente do TJSP, disse que o mais importante é que a formação jurídica deixe de ser eminentemente adversarial, como continua a ser desde antes de 1827, quando D. Pedro I trouxe o modelo coimbrão para a São Francisco e para Olinda, e se aperceba de que a judicialização não é sempre solução, mas pode ser inconveniente em inúmeros casos (In Renovemos o ensino Jurídico, Blog Renato Nalini acessado em 7 de julho de 2015). Manifesto, por fim, Marcio Rocha Cardoso, que tenha uma longa vida que permita uma convivência harmoniosa com os seus e que o Grande Arquiteto do Universo continue a iluminá-los em suas decisões”.

Em seguida, o novo Desembargador Marcio Rocha Cardoso, após cumprimentar os presentes, fez o seguinte pronunciamento: “Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça e Santa Catarina, em nome de quem saúdo todas as autoridades que abrilhantam esta mesa de honra nesta noite tão importante para mim e para o meu irmão gêmeo João Eduardo De Nadal. Senhor Presidente, hoje faltam exatos 60 dias para completar 28 anos de magistratura; alcanço, assim, o ápice da vida profissional de um Juiz de Direito: o exercício da função de Desembargador do Tribunal de Justiça. Uma das facetas desse clímax funcional é, sem sombra de dúvidas, a certeza de que se inaugura uma nova jornada, uma que conduz a um fim. O fim, Senhor Presidente, não pode ser visto, somente, como “ponto final”, como “encerramento de algo”, mas também como “meta”, “finalidade”, “objetivo ainda a ser perseguido”. Na narrativa mítica romana, Janus era representado por uma alegoria de duas faces: uma olhando para frente e outra para trás; divindade dos inícios, das decisões e escolhas, dele se dizia que tinha o poder sobre todos os começos e, por que não dizer, recomeços. E é partindo desta face de “Janus” que leio o “fim” não como o que se acaba, mas como “aquilo que recomeça”, num novo investir, numa meta há muito escolhida. Tornamos a lutar! Retomo neste Tribunal a luta por mim escolhida há 28 anos. Esta luta que teve por objetivo, em primeiro lugar, cuidar daqueles que amo, pois se não temos a quem amar, não há vida com sentido; em seguida, veio a preocupação de travar a luta em favor daqueles que mais nos precisam; assim, como afirma São Josemaria Escrivá de Balaguer: “De acordo: a tua preocupação deve ser “eles”. Mas tua primeira preocupação deve ser tu mesmo, a tua vida interior; porque, de outro modo, não poderá servi-los.” Tratar o íntimo, a vida interior, cultivar tua essência, regar o bem, arrancar a erva daninha do mal é o caminho certo para alcançar, a bom termo, essa luta por um recomeço de fim, de meta, de objetivo. A humildade, às vezes antípoda do exercício diário, é a medida do que se deseja percorrer; novamente nos ensina São Josemaria “Oxalá adquiras – queres alcançá-las – as virtudes do burrico. Humilde, duro para o trabalho e perseverante, teimoso! Fiel, seguríssimo no seu passo, forte e – se tiver bom Dono – agradecido e obediente.” Aprendi, nestes 28 anos, que para ser um bom juiz não é necessário muito mais do que as virtudes do burrico! Humildade, trabalho, perseverança, segurança, força, gratidão e respeito. Tens isso? És bom juiz! Dizia o Desembargador Marcílio Medeiros: “O que queremos do juiz é bom senso, o conhecimento jurídico virá com o tempo.” Parto Senhor Presidente, da premissa de vida de que não há existência sem sofrimento e isto se conclui porque este, o sofrimento, faz parte da vida; na mesma proporção em que ele vem, também vem a felicidade. Tive a felicidade de ter nascido numa família preme de amor e cuidado, felicidade de um autêntico amor de maturidade, felicidade de dois filhos amados, felicidade de amigos sinceros e queridos. Todos, sem exceção, me fizeram aqui chegar. E porque todos vocês me fizeram, de uma forma ou outra, aqui chegar, é que minhas palavras de “entrada” nesta Corte têm apenas um objetivo: A todos vocês agradecer! Agradeço a minha mãe Leodegária, a primeira a me amar; ao meu pai Ademar, que aqui não mais está, mas com seu exemplo de trabalho e dedicação me mostrou que o labor é o caminho para o homem que quer chegar a algum lugar; aos meus irmãos Jairo, Roberto e Raquel, que de tantas coisas, me cercaram de carinho e cuidado na minha infância e adolescência. Se houve irmãos que se fizeram pelos laços de sangue, outro fiz pelos da amizade; aqui homenageio meu mais antigo amigo, aquele que há quase 40 anos é uma presença ímpar em minha vida. Grover! Te agradeço pela amizade e compadrio; pela cultura e conhecimento

invulgar; pela compassividade em momentos tão difíceis. Fostes - e és - o amigo que escolhi como irmão. Aos meus queridos avós Manoel, Francisca, Osvaldo e Maria, o reconhecimento do aprendizado sempre presente; neste passo, minha homenagem especial ao meu avô Osvaldo Ciríaco da Rocha, o gancho, pelas diuturnas lições que muito me ensinaram a trilhar os caminhos da vida; estes ensinamentos, vô, os repito também diariamente, seja para teus tantos netos, como para aqueles que comigo hoje, como contigo foi no passado, vem aprender nesta vida repleta de surpresas e certezas. Meus sinceros agradecimentos àqueles que, sem me conhecer, me acolheram nesse tribunal; meu obrigado ao Desembargador May Filho, meu professor que para cá me trouxe em 1988 para estagiar na 1ª Vara Criminal da Capital com a então Juíza Substituta, Desembargadora Sônia Schimitt, e a Escrivã Ligia Bach Costa; estas ensinaram o “bê a bá” do direito a quem nada sabia mas acabou se apaixonando; não sabia o Direito que ele, nas palavras de Vinícius de Moraes, se apresentaria como “Uma velha amante, sem saber que era a mais nova namorada”. Minha gratidão sincera ao Desembargador Alcides Aguiar, que no início dos anos 90 me acolheu como seu estagiário e depois assessor; com ele aprendi que não há “processo difícil, mas sim mal estudado”; verdadeiro ourives do direito, artesão da boa decisão, decifrei, a duras penas, aprendendo até mesmo um pouco de taquigrafia, seus manuscritos; esse esforço me fez entender que é com trabalho e dedicação que se chega a algum lugar. Não poderia jamais esquecer a figura do meu segundo pai, Desembargador Wilson Eder Graf. Homem reto, inteligente, duro às vezes, mas justo sempre; formou uma legião de desembargadores e juízes, dentre eles: André Dacol, Luiz Cesar Schweitzer, Eleston Canalli, Gustavo Aracheski, Maurício Povoas, Rafael Sandi e Leandro Passig Mendes e tantos outros; querido Desembargador Graf: seu exemplo frutificou e hoje somos muitos a sempre agradecer seu conselho certo, sua repreensão oportuna, seu carinho e orgulho muitas vezes não revelado, mas sempre óbvio e presente. Como diz Inês Pedrosa, grande autora portuguesa, “Fazes-me falta!”. A Nilton João de Machado, meu padrinho, meu carinho e reconhecimento pelo apoio quando do concurso da Magistratura, tendo ele me ensinado muito a ser juiz; quisera eu ser brindado com sua memória e conhecimento reconhecidos, não só por mim, mas por uma legião de juízes que dele se valeram para muito aprender. Fizeste escola! Senhor Presidente! Muitos foram os amigos feitos nessa trajetória, tão queridos e incontáveis, mas não poderia deixar de dizer muito obrigado ao advogado, amigo e compadre Cesair Bartolamei. Grande causídico, honesto, correto, duro em seus posicionamentos, mas sempre justo em suas colocações; veste-se, no seu mister, da justa qualidade de primeiro Juiz da causa. Caro compadre! Em teu nome, presto homenagem e agradecimento à nobre classe dos advogados que sempre me acolheu com fidalguia e é esteio dos princípios mais preciosos da democracia. Na magistratura foram muitos os amigos, podendo mencionar os queridos Elton Zuquelo, Maira Meneguetti, Juliano Serpa, Maurício Povas, Francisco Delpizzo Miranda, Paulo Marcos de Farias e Jayme Pedro Bunn. A este último minha sempre gratidão pelo conselho certo e oportuno e o exemplo de maturidade e capacidade de trabalho. Neste Tribunal quero, de coração, agradecer a recepção calorosa e a amizade sincera dos desembargadores André Dacol, André Carvalho, Marcos Probst, Eduardo Gallo e Roberto Lepper. Queridos amigos: “Vocês me receberam como irmãos e jamais terei como agradecer essa acolhida”. Aqui também fui recebido pela minha querida amiga Bettina Maresch de Moura: “Bettina, com você dividi muitas das minhas dúvidas e tua força e caráter me mostraram que persistir em valores não sai de moda. Meu muito

obrigado pela amizade ao longo de tantos anos.” Não seria completa minha gratidão sem lembrar do meu grande amigo Getúlio Correa. Caro irmão e amigo, sabes que sem tua ajuda hoje não estaria aqui falando um homem realizado e sinceramente agradecido; sem você e Sérgio Walner, a quem muito agradeço, aqui não estaria um pai feliz. Muito obrigado! Não menos carinho dedico àqueles que, servidores do judiciário, me ensinaram a verdadeiramente, na prática, ser juiz: meu agradecimento à Janete, à Maria Eugênia, à Beatriz, à Denise, à Iolanda, ao querido Málsio que nos deixou tão precocemente; ainda meu muito obrigado à Edith, ao Jayme e à Eliane. Minha lembrança toda especial à Mabel, que por quase 15 anos esteve ao meu lado; levou ela a um patamar exponencial as palavras de São Paulo, em sua carta aos Colossenses, “Suportai-vos uns aos outros”. No presente, minha lembrança mais carinhosa ao Guilherme, à Andreia, Luiza, Juliana, Ieda, Maurício, Marina, Gabrielle e Felipe; por me conhecerem, sabem de minhas contradições e incoerências, atributos humanos indefectíveis e em todos presentes; lutamos juntos, ainda que saibamos que nada é para sempre, certos que no tempo presente se esconde a verdadeira resposta para a caminhada: o hoje se espelha no ontem buscando ver-se aperfeiçoado no amanhã! Aos meus amados filhos, Heitor e Júlia, minhas palavras de maior carinho. Amo-os! Mesmo nas dificuldades, dores e sofrimentos, quando a esperança e a felicidade pareciam não mais vir, o amor não se fez ausente. Com você meu filho, aprendi que nossas expectativas de realizações não se fazem concretas no outro; vi que o ideal não se concretiza no real, mas este é, efetivamente, aquilo que realmente amamos. Amo-te pelo que és, sempre! Se hoje, minha filha, aqui não estás, por uma dessas coisas que a vida nos impõe, não menos proclamo por ti o meu amor de pai; pai que, como na parábola do filho pródigo, tem o olhar fixo na estrada; este esperar, este aguardar no amor, terá sua hora e vez. Se dois filhos eu gerei, um outro foi gerado, não por mim, nem por Rafaela, mas pelos queridos Dominc e Carole; cultivado por nós, todavia, no amor do cuidado, da generosidade e da ternura; sim! Você, Louis Phillippe, foi o filho por nós escolhido; te amamos, Rafaela e eu, muito, pois um coração cativante e recheado de amor e bondade como é o teu não poderia atrair outra coisa que não um amor de tão grande intensidade. És para nós a certeza de um amor gratuito e nascido desse laço que nos uniu. Aquele ano que conosco moraste resultou num porvir e na certeza de uma presença sempre querida em nossas existências. A você Rafaela, minha gratidão por estares, sempre, ao meu lado. Companhia, amiga, mulher, amante, em ti encontrei aquela a quem, parafraseando Jacques Lacan, “dou aquilo que não tenho”; dou-te aquilo que de ninguém recebi; dou-te aquilo o que é em mim original, o que rompe o que comigo veio, pois és o novo em minha vida. Neste encontro que se fez verdade, lidamos um com o outro não na aceitação condescendente, mas na criatividade dinâmica que faz com que sempre evoluamos. Amo-te como homem, marido e amante, és o ponto de equilíbrio neste mundo até que este para mim acabe; lembro Skakespeare no seu Soneto 116, “Ao casamento de almas verdadeiras Não haja oposição. Não é amor O que muda à mudança mais ligeira Ou, desertando, cede ao desertor. Oh, não, que amor é marca muito firme E nem a tempestade o desbarata; É estrela para a nau, que o rumo afirme, Valor ignoto – mas na altura, exata. Não é do Tempo mera extravagância, Amor, embora a foice roube o riso À face e ao lábio rosa; na constância, Resiste até o Dia do Juízo. Se há erro nisto e assim me for provado, não escrevi, ninguém terá amado.” Minha lembrança carinhosa e agradecimento sincero aos queridos padres Philippe e Chang. Guias espirituais de minha família; vivenciaram, regularmente, nosso amadurecimento para Deus e viram

que os frutos se fazem presentes. Na dor e na alegria foram testemunhas e orientadores na nossa fé. Por fim, a Ti agradeço! Tu que me amaste antes da fundação do mundo; Tu que me teceste no seio de minha mãe; Tu que conheces quando me sento, quando me levanto; Tu que me conheces até a palavra que ainda não chegou a minha língua. Em que pese o infinito amor que me tens, não Te correspondo como devo; mesmo estando sempre ao meu lado, às vezes Te esqueço e Te ignoro; mesmo me carregando quando não tenho mais forças, Te abandono, muitas vezes, por qualquer coisa deste mundo. Quando me acordo e olho no espelho, vejo aquele que, como diz São Paulo, “sabe que ali não habita o bem”; mesmo querendo-o, não sou capaz de fazê-lo; não faço o bem que quereria, mas o mal que não quero; há um espinho na minha carne e, mesmo assim, me amas e não me deixas. Por isso, Senhor, te peço como pediu São Pio de Pietralcina, “fica comigo”. “Fica comigo, pois preciso da Tua presença para não Te esquecer; sabes quão facilmente posso Te abandonar.” Fica comigo, porque sou fraco e preciso da Tua força para não cair. Fica comigo, Senhor, pois se faz tarde e o dia chega ao fim, a vida passa e a morte, o julgamento e a eternidade se aproximam; preciso de Ti para renovar minhas energias e não parar no caminho.” Fica comigo nesta jornada que hoje se inicia; sê minha fortaleza e, ao fim, quando um novo ciclo se iniciar, estejas mais uma vez comigo, como sempre estivestes. Muito obrigado!”

O novo Desembargador João Eduardo De Nadal, por seu turno, proferiu o seguinte discurso: “Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi, Presidente deste Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Sérgio Laguna Pereira, Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina, representando o Governador do Estado de Santa Catarina; Excelentíssima Desembargadora Federal Ana Cristina Ferro Blasi, representando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Excelentíssimo Desembargador Nivaldo Stankiewicz, Corregedor Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; Excelentíssimo Senhor Conselheiro Herneus De Nadal, Vice-Presidente do Tribunal de Contas de Santa Catarina e presidente eleito para o biênio 2023-2024, a quem orgulhosamente chamo de pai; Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina; Excelentíssima Senhora Claudia da Silva Prudêncio – Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Renan Soares de Souza – Defensor Público-Geral do Estado de Santa Catarina e Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Marcelo Pizolati, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses. Antes de iniciar minha fala, quero cumprimentar o meu querido amigo e agora colega Marcio Rocha Cardoso, por dividir comigo este momento tão importante, ao passo que também agradeço a presença de todos os amigos, familiares, pessoas queridas que fazem presença neste momento. “Tombou um cedro, se ergueu a igreja, lavrou-se a terra, nasceu fartura. Queijos moldados à lua cheia e o vinho tinto na noite escura”. A letra e a poesia, nativas da minha terra, escrevem a história de pessoas que partiram para o desconhecido, abrindo caminhos e plantando cidades. Sou filho dessa gente, que no século passado, deixaram seus lares com um único sentimento na bagagem: a esperança. Cresci observando que a força e o consolo vêm da família, e que só se alcança algo pelas mãos dos amigos e através do trabalho duro e persistente. Não se recebe nada sem que antes haja doação, gesto e renúncia. Na pequena comunidade da Linha São Jorge, onde meu avô paterno Carlos De Nadal, e minha avó Irma De Nadall, que me assiste por meio virtual do esplendor dos seus 92 anos, se estabeleceram ainda na década de 50. Ali foi Vereador e Prefeito de Caibi, nas

décadas de 60 e 70. Meus saudosos avôs maternos, Zilio Pietro Biasi e Líbera Biasi, com uma história semelhante, foi Vereador e Prefeito de Palmitos e também Prefeito de Caibi na mesma época. Ambos colonizadores do Extremo-Oeste catarinense, filhos de italianos, refugiados da fome e da dificuldade. “Mas a vida se renova na esperança de um dia novo”, com acerto dizia Drummond. Eu acompanhava com entusiasmo as histórias que me contavam. Das dificuldades de levar 3, 4 dias para vencer pouco mais de 400 quilômetros de estradas de chão, trazendo a mudança e a esperança de cada família colonizadora. Da dificuldade de acesso do interior à capital, uma viagem que demandava mais de dia, se o tempo assim permitisse, para cumprir a função pública que desempenhavam. Depois com meus pais, vivi intensamente os 30 anos de vida pública que fizeram lado a lado. Na Assembleia Legislativa, na Casa de Apoio do Oeste, no Grupo de Mulheres Voluntárias, nas Redes Femininas de Combate ao Câncer, no Hospital Infantil, no Lar Vovó Gertrudes. Eu me recordo como se fosse hoje, em um janeiro de 1990, atravessando a ponte Colombo Sales, na companhia do meu pai e da minha tia Lourdes, a bordo de um fusquinha cinza, ano 85. Um menino assustado. Meu único sentimento era o de retornar. Mas aqui fiquei. O destino assim o quis. Na Ilha de Santa Catarina, da Nossa Senhora do Desterro, de Antonieta de Barros e Cruz e Souza, do Colégio Imaculada Conceição e da Igreja Santo Antônio, do Catarinense e do Coração de Jesus. Da Univali e da Advocacia. Até o coração que era do imortal tricolor na infância, herança dos meus avôs e da minha mãe, cedeu espaço e hoje é plenamente ocupado pelo clube mais vezes campeão e da maior torcida de Santa Catarina. A paixão e o desejo de ser jogador de futebol na adolescência, somente cedeu pela paixão ao direito. Estou nessa cidade até hoje sem nunca ter me desligado desses primeiros sentimentos, sem nunca ter perdido meus laços, sem esquecer das minhas origens. E assim como fizemos até aqui, quero continuar prestando serviços à sociedade catarinense, agora através do Poder Judiciário. Eu levo um pouco de mim de cada lugar que passei na minha vida profissional. Do Executivo presenciei na prática a complexidade e a dificuldade de dar concretude aos direitos fundamentais. No Legislativo, aprendi a admirar a criação legislativa e o respeito à legislação. Nesse quadro, a responsabilidade do Judiciário se eleva ainda mais em tempos de turbulência. Há que se ter cautela ao pintar a legislação com cores soturnas para dar credibilidade à ideia do ativismo e da revisão judicial. Mas também não se pode perder de vista, que se o direito quer assegurar a sua força regulatória em uma sociedade tão plural como a nossa, a lei e a Constituição não podem ser vistas como um texto acabado e definitivo, mas como um projeto em contínuo desenvolvimento, como bem pensa Peter Haberle. Quero poder dedicar os melhores anos da minha vida e da minha saúde para colaborar com um Judiciário que é modelo e referência no país. Ter sido escolhido pela advocacia, por este Tribunal e pelo Chefe do Poder Executivo para ocupar o honroso cargo de Desembargador é um momento único. É a realização de um sonho que vou passar a viver, a partir de hoje, intensamente. Ser advogado me definia como pessoa, é parte do que sou. Tudo que eu tenho e conquistei até aqui eu devo à advocacia. Doutora Cláudia Prudêncio, fica aqui o meu mais sincero agradecimento. Meu carinho e admiração pelos colegas de profissão. A advocacia me dignificou, garantiu meus estudos, permitiu que eu desse uma vida digna à minha família. A advocacia me projetou, me alçou à condição de candidato ao 5º Constitucional e obtive o reconhecimento da minha classe. A advocacia me realizou. Tive ao meu lado pessoas maravilhosas: Jailson Fernandes, Zulmar Duarte de Oliveira Jr e Ricardo Fretta Flores, meus até então sócios,

obrigado pelos anos de parceria. Acreditemos em Vinícius de Moraes: “a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pelo vida”. Ao Tribunal de Justiça, Presidente João Henrique Blasi, estou aonde quero e busquei estar. Tenho certeza e um sentimento presente que me tornei uma pessoa muito melhor desde que iniciei esta jornada, que me permitiu conhecer a fundo a advocacia, e também por conta disso, a estrutura judiciária em cada subseção, em cada comarca e em cada cidade do nosso Estado. Quero agradecer a cada uma das Desembargadoras e a cada um dos Desembargadores deste Tribunal pela recepção calorosa e pelo voto de confiança que me deram. Na impossibilidade de nominá-los a todos, faço este agradecimento na pessoa do meu chefe, meu amigo e hoje colega de Tribunal, Desembargador Antônio do Rego Monteiro Rocha. É uma enorme responsabilidade integrar essa corte. Chego sem outra ambição senão a de aprender e contribuir. Venho com alegria redobrada, porque retorno ao Tribunal do qual já fui servidor há quase vinte anos, agora na condição de Desembargador. Eu me sinto um privilegiado. Tive a oportunidade de aprender com magistrados que compunham esta Corte – muitos dos quais aqui ainda estão – valores que carreguei comigo e me ajudaram na minha profissão. Da minha saída ao meu retorno, meu respeito e admiração por este Tribunal só aumentou. Nesses anos de advocacia acompanhei suas transformações, a chegada e a saída de amigos, colaboradores e magistrados que sempre admirei. Uma receita que deu certo, e que vem dando certo. E é exatamente assim que enxergo a figura do 5º Constitucional nos tribunais e no sistema de justiça: uma soma aos já excelentes quadros que o Judiciário possui. Para além do jargão “oxigenar o Poder Judiciário”, vejo que o sistema de justiça não se completa sem suas peças essenciais: magistratura, advocacia (nas suas mais diversas matizes, pública e privada) e Ministério Público, meu caro amigo Fernando Comim. A união, numa mesma Corte, de setores com distinções, atribuições e responsabilidades diferentes, resultam num olhar mais preciso ao destinatário final dos serviços judiciais: a sociedade catarinense. Não à toa Sancho Pança aconselhava Dom Quixote: “Segundo o que aqui vi é tão boa coisa a Justiça, que é necessária até entre ladrões”. Nunca foi tão verdadeira a frase de que justiça é gênero de primeira necessidade. Atravessamos nos últimos anos uma pandemia sem precedentes na nossa geração. Isso exigiu de todos resignação, comprometimento e criatividade para manter a qualidade na prestação dos serviços judiciais. A tecnologia criou um novo marco na relação partes, advogados e Judiciário, mas sem nunca perder de vista que processos judiciais retratam vidas e dramas, com suor e lágrimas. A justiça não se faz senão pelas mãos das pessoas, seu componente essencial, que tem como compromisso servir ao jurisdicionado. Agradeço e peço a Deus que me ilumine e que eu seja apto e capaz da nobre missão de julgar; servir ao Poder Judiciário da melhor forma que minha consciência e meu compromisso permitirem. Diz o poeta que “tudo vale a pena, se a alma não é pequena”. E chego ao Judiciário de alma leve, porque tive a ajuda de quem mais importa. Meus pais: Herneus, de presença constante, conselheiro e amigo, não consigo encontrar palavras que não sejam o meu muito obrigado. Minha saudosa mãe, Laine, mesmo no plano superior, sinto a tua mão me guiando, me acalmando, me aconchegando. Meus queridos Luizes, Maria e Lucas, irmãos de sangue e que a vida me deu. A distância física entre nós, marcadas por Estados e continentes, nunca diminuiu a alegria de cada reencontro. Salete, Mônica e Luiza, somos muito felizes e afortunados por termos vocês em nossa família, agora como família. Melissa, minha companheira de vida, somos presente e futuro. Esse dia é meu e teu, é nosso. Quando a noite cerrava e a poeira baixava, éramos só nós

dois. Tens todo o meu amor e a minha admiração. Mas a vida nos deu muitos mais. Dois filhos maravilhosos, luz dos meus dias, Betina e José Eduardo, fonte inesgotável de amor, motivação e alegria. O pai ama vocês mais do que a si mesmo. É bem verdade a frase de Marco Túlio Cícero, “o homem não vive só pra si. Vive para os filhos e os filhos dos filhos, e vive neles”. É com sensação de dever cumprido, consciente da responsabilidade que me aguarda, que deixo a beca e visto a toga. Não tenho promessas a fazer. Ofereço o meu trabalho, a minha dedicação e a minha lealdade aos meus pares, para cumprir mais essa missão. No fim das contas, vou pelos conselhos de Guimarães Rosa: “o correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”. Muito obrigado”.

Na seqüência, foi executado o hino do Estado de Santa Catarina.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi – Presidente, cumprimentou os presentes e fez o seguinte pronunciamento: “Saúdo as autoridades integrantes da mesa diretora, representantes do Poder Executivo Estadual, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público de Santa Catarina, da Seccional Barriga-verde da Ordem dos Advogados, da Defensoria Pública do Estado e da Associação dos Magistrados. Cumprimento também os ex-Desembargadores e ex-presidentes desta corte antes nominados, agregando o nome do Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. Saúdo os ex, atuais e futuros deputados já nominados pelo cerimonial, agregando também o ex-deputado Otavio Gilson dos Santos e o ex-deputado Pedro Bittencourt Neto, Saúdo os Senhores Prefeitos, o ex-governador Eduardo Pinho Moreira, magistrados, advogados, membros do Ministério Público, servidores e especialmente parentes e amigos dos Desembargadores ora empossados. Faço inicialmente dois registros de reconhecimento. O primeiro deles, ao Governador Carlos Moisés da Silva. Pedindo a Vossa Excelência, Doutor Sergio Laguna Pereira, que na condição de Procurador-Geral do Estado, faça saber a Sua Excelência, o nosso reconhecimento pela atuação coerente e firme nas cinco indicações que fez para cargos do 5º constitucional do nosso Tribunal de Justiça, nomeando os Desembargadores Osmar Nunes Junior, Diogo Nicolau Pitsica, Marcos Fey Probst e João Eduardo de Nadal, pela Advocacia, e Sandro José Neis, pelo Ministério Público, fazendo com que a nomeação recaísse sempre sobre a figura do mais votado – o mais votado pela classe e o mais votado pelo Tribunal – o reconhecimento da importância do processo e da importância das instituições que participam deste ato administrativo complexo que redundará ao fim e ao cabo na nomeação de um Desembargador. Por óbvio que se a escolha tivesse recaído em qualquer um dos demais integrantes da lista tríplice ela seria igualmente legítima, mas fica o registro da atuação coerente do Governador do Estado de Santa Catarina. Fica também o registro do bom relacionamento interinstitucional que nós temos em Santa Catarina. O Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, os órgãos autônomos como o Ministério Público, o Tribunal de Contas do Estado, têm cada qual cumprido o seu papel, cada qual exercido os seus misteres, mas têm convivido harmonicamente, sempre em favor dos superiores interesses do Estado de Santa Catarina. Um saudoso homem público do Estado, a quem tive a honra de servir, Pedro Ivo Campos, quando a ele fui apresentado, ele na condição de candidato a Governador do Estado no ano de 1986, apresentado que fui por outro saudoso advogado, Saulo Vieira, e Pedro Ivo que fora

contemporâneo de meu pai, ao me conhecer, fez uma afirmação singela, mas que me marcou profundamente. Disse-me ele que a vida é uma corrida de revezamento, em que os atuais entregam os bastões àqueles que haverão de sucedê-los. É o que nós estamos presenciando aqui e agora. O bastão, ou melhor, a toga envergada por mais de 20 anos, por Fernando Carioni, líder da advocacia, ex-presidente da OAB seccional, é agora entregue imaculada ao jovem e promissor Advogado João Eduardo De Nadal, a quem cumprimento, e faço cumprimento especialíssimo na pessoa de seu pai, meu amigo de longa data, com quem tive a honra de privar convivência ao longo de quatro mandatos na augusta Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. E do mesmo modo, o bastão, ou a toga, que foi envergada uma vida inteira por Cláudio Barreto Dutra, que se distinguia por sua elegância, é agora transmitida, também imaculada, ao agora Desembargador Marcio Rocha Cardoso, a quem admiramos de longa data, que aceitou o convite nosso no início deste ano para vir cooperar no Tribunal de Justiça e eu sempre em tom de blague dizia a ele que era estagiário importante neste ano que ao final do ano seria convertido a Desembargador, como tivemos a oportunidade de presenciar, e como muito bem dito pelo Desembargador Getúlio Correa, ele pontifica pelo conhecimento que tem de cultura musical e de cultura artística em geral. Os dois Desembargadores vêm completar o quadro da magistratura de segundo grau, hoje com 94 Desembargadores. Se bem que, no mês vindouro, em janeiro, estaremos desfalcados e ficaremos privados da presença da querida Desembargadora Salete Silva Sommariva que terá sua aposentação a partir de 15 de janeiro próximo. Estes Desembargadores vêm para juntos conosco continuarmos a responder aos desafios do judiciário contemporâneo. Desafios que são de natureza qualitativa e quantitativa. Quantitativo é desafio auto evidente, haja vista a demanda à pletora cada vez mais crescente, tanto assim é que no último septênio, de 2016 a 2022, passamos de 97 mil a 158 mil processos distribuídos no Estado de Santa Catarina no segundo grau de jurisdição. Mas graças à competência e à dedicação dos nossos magistrados e servidores, nós temos respondido de forma superlativa e este desafio e sobretudo com qualidade e produtividade nas nossas decisões. É sabido que as grandes corporações, sejam elas públicas ou privadas, têm hodiernamente que reverenciar três princípios, simbolizados em três letras ESG, ou no português, ASG. O A de ambiental, e aí estão as mudanças climáticas e esta pandemia insondável do coronavírus para nos dar a certeza de que não somos donos do planeta, de que temos que ser cuidadores da natureza e das pessoas. E neste sentido faço questão de destacar que na próxima segunda-feira, dia 19, estaremos inaugurando no planalto serrano, na cidade de Lages, em parceria com a CELESC, uma usina de produção solar, de energia solar ou energia fotovoltaica, um passo importante em termos de sustentabilidade e um passo também importante em termos de economia de recursos públicos, vai demandar economia de 10% da conta de energia elétrica mensal do Poder Judiciário de Santa Catarina. No aspecto social, entendemos relevante fazer brevíssima menção ao nosso programa Lar Legal, programa de regularização fundiária, que tem levado dignidade e cidadania neste ano a quatro mil e seiscentas famílias de vários municípios e comarcas de Santa Catarina. E também o Programa Novos Caminhos, que dá perspectiva de vida a jovens egressos de casas de abrigamento. No âmbito interno, no aspecto social, entendemos sobrelevante destacar as medidas de reconhecimento e de justiça remuneratória feitas aos trabalhadores do poder judiciário de Santa Catarina. E no que diz respeito à governança, palavra tão em moda e em voga nos dias de hoje, o Poder Judiciário de Santa Catarina é o primeiro do país

a estar filiado a instituto brasileiro de governança corporativa, com obediência a princípios éticos, de transparência, respeito à diversidade e de promoção permanente de avaliações internas. Para concluir, como estamos no período de advento, pela liturgia cristã são as 4 semanas que antecedem o Natal, eu me permito como mensagem de Natal a todos os presentes e àqueles que nos assistem de maneira remota, a me reportar a uma singela, mas tocante, estória, que diz o seguinte: “Era véspera de Natal, quando uma garotinha de 10 anos entrou na joalheria e pediu, com os olhinhos brilhando, para ver um colar azul que estava exposto na vitrine. O dono da loja, desconfiado, ainda assim mostrou o colar à menina. Disse ela: “É para minha irmã mais velha. Quero dar para ela o melhor presente que eu possa comprar, porque desde que minha mãe morreu, é ela quem cuida de mim. É uma pessoa muito querida, e quero dar um presente lindo como esse colar”. O dono da loja, ainda desconfiado, perguntou: “Quanto dinheiro você tem?” A menina mostrou um lencinho e dentro dele havia dez reais em moeda e a menina perguntou: “Isso dá? Quero que o Senhor faça o melhor embrulho que puder. O mais bonito”. O proprietário foi para o interior da loja, colocou o colar na caixa mais bonita que dispunha, embrulhou, fez caprichado laço de fita, e disse à menina: “Tome. Leve, mas com cuidado para não perder”. Ela saiu saltitando rua a fora, e quando chegou a noite de Natal, alguns minutos antes de a loja fechar, já era tarde, as vendas tinham sido boas, entra na loja uma linda moça, de uns 18 anos de idade e pergunta: “Este colar foi comprado aqui?” Responde o dono, “Sim, Senhorita. Foi comprado aqui”. E quanto custou?” Responde ele: “O preço de qualquer produto da minha loja é sempre um assunto confidencial entre o vendedor e o cliente.” E a moça continua: “Mas minha irmãzinha não tinha dinheiro para comprar este colar. Eu sei que ela não tinha mais de dez reais”. O homem tomou o colar, refez o embrulho, colocou a fita e devolveu à moça dizendo: “Ela pagou o preço mais alto que qualquer pessoa poderia pagar. Ela deu tudo o que tinha”. O silêncio encheu a pequena joalheria e duas lágrimas rolaram pela face emocionada da jovem, enquanto suas mãos pegavam o embrulho e ela saía loja a fora. Que o exemplo desta menina, no período pré-natalino, faça com que todos e cada um de nós possamos dar tudo de si para saciar os que tem fome, para consolar os que choram, para incluir os excluídos, para acolher os vulneráveis e para fazer justiça a quem dela precise”.

Agradecendo a presença de todos, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente encerrou a sessão às 19 horas.

Para constar, lavro a presente ata, que subscrevo e vai assinada pelo Diretor-Geral Judiciário e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Beatriz Bessa dos Santos, Secretária do Tribunal Pleno.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR PEDRO MANOEL ABREU NA HOMENAGEM AOS MAGISTRADOS E SERVIDORES COM MAIS DE 45 ANOS DE DEDICAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO CATARINENSE

Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. João Henrique Blasi

Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça

Dr. Marcelo Pizzolatti, DD. Presidente da AMC

Queridos pares,

Senhores advogados, magistrados, servidores, dignos homenageados...

A emoção que me perpassa a alma neste instante é indescritível.

Recebo, mercê da vontade de meus pares, e por iniciativa de nosso ilustre Presidente Des. João Henrique Blasi, uma das honrarias mais preciosas de minha vida, alusiva aos meus quase 47 anos de magistratura, justamente quando a Corte completa seus 131 anos de existência.

Minhas primeiras palavras, bem por isso, são de perene gratidão.

Recolhi de pronunciamentos anteriores que proferi nesta Casa, em distintos momentos de minha vida profissional, algumas reflexões, para expressar meu encantamento por essa trajetória que me desafiou para um destino improvável e que me conduziu até aqui, permitindo-me honrar as expectativas de me tornar um bom juiz, penso eu, e um cidadão honrado.

Impossível esquecer o mar de lembranças que me povoam a mente nesse instante. A infância simples no Bom Retiro dos campos gerais, divisor de águas entre o planalto serrano e o litoral catarinense. Berço de políticos, de magistrados, de promotores, de tantos profissionais e de tantas pessoas de bem. Suas serras azuis demarcando o horizonte e acolhendo em seu ninho gente digna, humilde, simples e trabalhadora. Seus limites montanhosos a desafiar os sonhos escondidos no horizonte que se projetava sempre mais além. Nesse chão o espírito juvenil vagueava, prisioneiro pelos montes, a tentar decifrar o destino e a vida!

Foi nesse cenário que minha família viveu e onde meus pais findaram seus dias, cercada de religiosidade, de fé, de confiança nos desígnios divinos, a desafiar a rudeza do clima e as contingências do cotidiano. Nesse ambiente de altitude, de frio invernal, de geada branca cobrindo os campos de araucária, de campinas extensas e de vegetação resistente, cresci envolvido pela fidalguia e pela lealdade da gente serrana. Ali forjei os traços de meu caráter, de minha personalidade, educado com austeridade numa família temente a Deus e temperada em valores espirituais e morais, que me são amparo nessa caminhada.

Tenho o orgulho provinciano de homem simples do interior, que sabe arrostar os desafios e construir o próprio futuro. Tenho o maior orgulho de meus pais e de meus irmãos, que somaram tudo o que sou.

Como não lembrar do desafio de sair de casa, de romper o casulo familiar e chegar a Florianópolis, com a vontade de estudar, trabalhar e de me manter e de ser alguém na vida. Romper a timidez, situar-me num mundo desconhecido, em plena juventude, estabelecendo novas relações, perseguindo um lugar ao sol, nesse cenário vasto de tantas expectativas e de tanta gente – colegas de faculdade, amigos de esperança, uma legião que a memória me trai.

Como esquecer o começo de tudo, com meus 25 anos de idade!

A carreira do juiz inicia-se normalmente muito cedo, quando ainda se é jovem, prenhe de sonhos, de projetos, com uma vontade hercúlea de mover o mundo, de transformá-lo, de ser útil. Os jovens juízes saem por aí, por todos os quadrantes, pelos cantões, por distantes localidades e regiões, desafiando diferenças culturais e sociais, variados costumes e valores, como verdadeiros utopistas, como gerentes da justiça, como garantidores da ordem e da paz, como agentes da esperança de um mundo improvável, convulsionado pelas paixões e pelas ações humanas.

Nessa perspectiva são, a seu modo, mediadores sociais, quixotes modernos, nômades. De cidade em cidade, de comarca em comarca, esquadrinhando os mais diferentes caminhos, aos poucos vão formando família, criando filhos, estabelecendo relações, estreitando amizades, cruzando com uma infinidade de gente, lidando com a crueza da vida, com a beleza e a rudeza das pessoas e do meio e se deparando com situações para serem lembradas e esquecidas.

Cada comarca é um recomeço, um desafio para novas relações, para novas histórias, para novos caminhos, para novas lembranças. É como se fosse cada qual um Prometeu mitológico, fadado a um eterno reinício de tudo, não se sabendo bem em que direção se caminha, que roteiro se cumpre, aonde se chegará. O desafio é caminhar, persistir, abandonar amigos e conhecidos, torcer para reencontrá-los à frente, sem ter qualquer certeza disso. Nessa caminhada as variáveis são múltiplas, pode-se estar perto ou longe, para aportar algum dia no lugar desejado.

O final da carreira curiosamente é a pátria dos reencontros. É o tempo de restabelecer amizades interrompidas nos desvãos da vida, pois parece que todos caminham para chegar ao mesmo lugar.

O momento me evolve lembranças fugidias, comentários aleatórios de companheiros que renunciavam, numa aritmética cruel, que jamais alcançaríamos o Tribunal, pois seriam necessários mais de 120 anos para que aqui chegásemos, sucumbindo as expectativas mais otimistas da carreira. E aqui me encontro há 27 anos.

A matemática da vida parece desmentir toda a lógica desses vaticínios. Hoje aqui estou a contrariar todo o pessimismo daqueles prematuramente conformados. Chegar foi um caminho longo, árduo, percorrido com entusiasmo, com trabalho, com devoção à justiça e com as marcas invisíveis de inúmeras pessoas, que se multiplicaram em nossas vidas.

Penso que somos a soma de muitas vidas, de pais, de parentes, de amigos de muitos lugares e de muitas pessoas, de professores, de colegas, de conhecidos e desconhecidos, de adversários eventuais que surgem em nossos caminhos como mestres a nos ensinar diariamente novos rumos.

Tudo o que sou, tudo o que tenho devo à magistratura e à minha família. Minha mulher, minhas filhas e minha neta têm sido o alento, o apoio e a razão de toda a minha vida. Daí o meu tributo a elas e o meu amor incondicional.

Sou eternamente devedor da experiência e do conhecimento que hauri ao longo dessa jornada profissional, de colegas magistrados, promotores de justiça, advogados, servidores, de assessores, e de uma massa enorme de pessoas que me desafiaram nas suas contingências humanas, na lida forense, a ser justo, a ser responsável, a ter compaixão pelo sofrimento e sentimentos alheios, a ter compreensão, a ter paciência.

A todos sou extremamente grato. Nomeá-los seria injusto e não o farei. Sua fraternidade, como diria Neruda, torna-os substância de minha alma.

Alguns tópicos pincei do meu discurso de posse neste tribunal há mais de 27 anos, para captar a mesma sensação e a mesma emoção que certamente estou sentindo agora, num tributo de fé na justiça e no Direito.

Para Piero Calamandrei – *Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê*”. E *Para encontrar a pureza no tribunal, é preciso nele entrar com a alma pura*.

A maturidade é o que nos empresta as melhores virtudes para o exercício do cargo – ter paciência, tolerância, entendimento, alteridade, afetividade e compreensão de nós mesmos e do mundo dos outros nesse complexo jogo da vida, no qual assumimos o papel de julgadores do comportamento humano.

Na concepção simbólica da vida social, o juiz é uma representação mítica, uma espécie de superego oficiante da sociedade em que vive. Todavia, é um ser contingente e limitado como qualquer ser humano. Investido de poderes incomuns em relação aos seus semelhantes, decide sobre o destino, a honra, a liberdade, o patrimônio das pessoas. Seu compromisso sagrado é o de servir à justiça na concretização do bem comum. Investe-se de uma parcela de poder do Estado para dar efetividade à justiça e a paz social, para a garantia da segurança e da liberdade.

Homem e cidadão, atua como um sacerdote do templo que venera e profissional de um ofício que o exaure, num misto de humanidade e semi-divindade que o aproxima dos homens e de Deus.

É nesse universo contraditório que atua o magistrado e que o torna indispensável. A sociedade em que vive é substancialmente injusta e desigual, pois a ganância, a prepotência, a soberba e o egoísmo ainda são o combustível das ações humanas. Apenas a evolução moral do homem, idealizado nos sonhos utópicos dos místicos e dos filósofos, tornará seu ofício menos necessário.

Esse ser limitado, sobre o qual se exalçam todas as expectativas humanas, que se inspira em Deus – o Supremo Juiz – é um oficiante criado pelo engenho humano. É, todavia, um imitador das artes e dos deuses, esse personagem que nos tornamos, por opção, por missão de vida. Somos servidores de uma sociedade que nos paga para torná-la mais pacífica e menos sofredora, fazendo prevalecer princípios morais, valores, normas e costumes, ditados pela consciência dos homens, construídos com maior ou menor elevação espiritual, no horizonte histórico e político de um povo.

O juiz de todas as épocas encarna muito do poeta, do sonhador e do quixotesco. Tempera nas dores humanas, captadas no universo do cotidiano, a sensibilidade que lhe é exigida no seu mister e que o faz conhecedor das mazelas, das astúcias e da maldade da consciência dos homens, de seu caráter, de sua ambição e de seus valores.

É indispensável que os sonhos não morram e que os valores de justiça não sucumbam. É necessário que os ideais por nós mais acalentados sejam permanentemente irrigados por uma vida retilínea, ética e justa.

Sabei que o mandamento supremo que deve mover nossa vida é o de ser feliz. E para isso, devemos compreender que somente quando todos readquirirem a capacidade de serem felizes é que teremos construído um mundo melhor, onde todos sejam viáveis e necessários e se sintam cidadãos verdadeiramente, como orquestradores da grande sinfonia da vida.

A todos, muitíssimo obrigado!

DISCURSO PROFERIDO PELO JUIZ DE DIREITO ROBERTO LEPPER EM RAZÃO DE SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi, Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Excelentíssima Senhora Desembargadora Denise Volpato, Corregedora-Geral da Justiça.

Eminentes Desembargadores, demais autoridades aqui presentes, familiares, professores e amigos que me prestigiam com a sua presença e também tantos outros que, por razões de força maior, não puderam estar aqui e, por isso, acompanham-me virtualmente.

Logo após a aprovação no sempre concorrido concurso da magistratura, a visão panorâmica verde e púrpura típica dos campos holandeses, que, num cenário de encher os olhos, poderia simbolizar a mescla de sensações aprazentes pelo êxito decorrente dessa importante conquista, dura pouco. Esse natural período inicial de regozijo pela conquista de algo difícil e sonhado cede espaço à sensação de que a missão na qual se investiu é mais intensa e espinhosa do que o imaginado *glamour* que normalmente se vê de fora.

Sem que dele se possa esperar postura fleumática, característica de poucos, exige-se do magistrado equilíbrio, equidistância das partes, isenção, personalidade, discricção e, sobretudo, contenção. Conversas ao pé do ouvido ou ideias pré-formatadas deve ser algo avesso ao cotidiano do intérprete, ao qual não é dada a faculdade de julgar com o fígado.

Conviver com terraplanistas ou entusiastas de mundos perdidos é algo que também gravitará no seu universo do longo de toda a sua atuação profissional. Sabemos todos, por dados científicos, que a terra é geoide, mas, apesar do audacioso e longamente planejado projeto intergaláctico a ser alcançado a partir do telescópio James Webb, há lugares no planeta Terra, aqui mesmo, ainda inexplorados, ou, ao menos, dos quais emanam forças até agora inexplicadas. O Triângulo das Bermudas imanta curiosidade até hoje. Outro dia também apareceram uns ainda inexplicados agroglifos em Ipuacu, lá pelos lados de Chapecó. O que quero dizer com tudo isso é que, num País plural como o nosso, o juiz deve estar aberto a assimilar quaisquer concepções, ainda que, num primeiro olhar, possam parecer-lhe se não absurdas, pouco críveis.

A atuação judicante, tanto em primeiro quanto em segundo grau, sem espaço para ilusionismos jurídicos, reclama que se elejam áreas de fundeio, e, a partir delas, constante revisão de métodos e procedimentos de modo a propiciar eficiência. Dizia o eminente Desembargador João Henrique Blasi, ao tomar assento à frente na chefia deste Tribunal de Justiça, que “*Justiça é gênero de primeira necessidade. É tarefa estatal indelegável, como são a saúde, a segurança e a educação*”. E Sua Excelência, em sua percepção assertiva, bem traduz o que nós, operadores do Direito, percebemos no dia a dia: o expressivo número de processos em tramitação em nossas casas de justiça. Embora isso

seja desafiador aos protanistas e partícipes da atividade jurisdicional, isso desnuda o quão nossa população vem fazendo valer seu o direito constitucional ao exercício da cidadania, manietado à ideia de dignidade humana.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - do qual a partir de hoje tenho a honra de fazer parte -, por seus gestores, os quais jamais puderam valer-se do Oráculo de Delfos, nem de alternativas Mandrake, tem mostrado que boas práticas são possíveis e caminham em compasso com o que se espera de uma instituição vanguardista como a nossa. Por iniciativas assim o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos últimos anos, recebeu o Selo Ouro na premiação de qualidade promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, sempre cioso no seu papel de ungar o Poder Judiciário de autonomia e, para além disso, no de fomentar o desenvolvimento da Justiça em sua acepção mais abrangente. E deixo aqui empenhado o compromisso de que minha atuação neste Tribunal, em meio a de tantos próceres, será pautada pelo trabalho, com escora no arcabouço legal e com vistas ao fortalecimento institucional, como, aliás, sempre fiz, sendo que a exaustão na empreitada nesse microcosmo será, como foi em muitos momentos da minha vida profissional, o prelúdio de que ainda há muito mais a ser feito. Foi essa forja sinérgica construída ao longo dos tempos, tijolo a tijolo, por todos os integrantes do Poder Judiciário catarinense, magistrados e servidores, numa conjugação de esforços, que alçou o Poder Judiciário do nosso Estado a patamares de qualificação e produtividade que nos faz estufar o peito de orgulho e que, atrevo-me a dizer, deixa os demais com os olhos arregalados.

Num terreno minado e sob cerco vigilante, repleto de diatribes, onde não se pode olhar para o chão e admirar a paisagem ao mesmo tempo, a intransigência quanto à qualidade dos julgados, irmão xipófago do que se pode assimilar na concepção de justiça, são - e sempre devem ser - a joia da coroa. Focando-me em sua atuação modelar, estatisticamente nos primeiros oito meses deste ano mais de noventa e três por cento das decisões emanadas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foram confirmadas pelos tribunais superiores, argumento irrespondível e revelador da qualificação dos desembargadores do nosso Estado. Em meio a esse panorama, o desafio passa a ser o da rapidez na resolução dos conflitos provocados ou da resposta aos pleitos de jurisdição voluntária, o que se convencionou chamar de tempo de duração razoável do processo, mantra o qual, aliás, nunca se entendeu tanto quanto agora.

Processos intermináveis, que consumiam anos e anos de tramitação sem resolução definitiva, ficaram para trás, ou, sendo mais cético, representam hoje a exceção da exceção. Ninguém quer mais isso e esforços, sem medeios, têm sido envidados para que essa realidade seja vista como algo que passou, mas é preciso ser vigilante para que em meio à acalentada aceleração não sejam tomadas decisões açodadas, de cambulhada, porque, a depender do desdobramento disso estar-se-ia jogando fora o bebê junto com a água do banho, e, nesta hipótese, todo o empenho a que me referi de pouco teria valido.

Para quem ingressou na magistratura há quase trinta anos, muita coisa mudou. Na década de mil novecentos e noventa, da qual posso falar, os juízes atuavam sem assessoria especializada, o que hoje, para os novos, soa como algo jurássico. Mas era assim. As decisões eram reveladas na canetada

ou no dedilhar em máquinas de escrever. Quem fazia uso de computador, naqueles tempos, é porque havia trazido o equipamento de casa. O tempo passou e o Tribunal de Justiça, a cada gestão, com recursos financeiros sempre limitados, ao contrário dos que pregavam que isso era o mesmo que enxugar gelo, passou a cevar a concepção de espaços físicos menos acanhados ou improvisados e, noutra frente, no incremento do aparato pessoal, material e tecnológico, num todo a gerar eficiência voltada à otimização da atividade judicante. Deu-se musculatura à ideia do assessoramento técnico, que, entretanto, realço aqui, não deve nem pode substituir-se ao intérprete porque no pensado e constitucionalmente concebido sistema de Justiça só quem pode bater o martelo é o juiz, aqui compreendido em sentido lato, em suas mais diversas instâncias.

Para quem está deste lado do balcão enfronhado num cenário desafiante, necessário e contínuo, o processo, que não deve prestar-se a servir de esteio à hemodiálise jurídica, nem de palco a jogos modorrentos, marrentos e maniqueistas, reclama maturação na sua formação como instrumento de convicção do juiz, de quem não se espera que haja com precipitação, nem que se porte como justiceiro, mas que, sem critérios cambiantes, nas mesmas condições de temperatura e pressão, julgue da mesma forma a partir do arcabouço legislativo democraticamente produzido.

Ao longo do exercício da magistratura pude conhecer rincões que, não fosse pelo seu exercício, talvez jamais teria a oportunidade de por os pés. O Planalto, com suas noites frias e estreladas, pinhão na chapa, michuim e boa conversa no aconchego das casas e ranchos com chaminés fumaceando o conclave de seres ligados à boa prosa, permeado com muita história e causos pitorescos. O Oeste extremo, no qual se enxerga o vívido sol escarlate em tardes de verão. No Médio-Vale do Itajaí, os portensosos Flamboiã espocando na paleta natural em meio a ipês roxos e amarelos, que, ao longo de belíssima, porém efêmera, florada primaveril, pinta o chão que o circunda e pontilha de cor a lâmina d'água ao longo dos seus piscosos rios e riachos. Lembro que, em meio a tantas belezas, o filho da terra jamais deu as costas à exuberância verde que serve de *paspatur* à pujança cosmopolita da Manchester Catarinense. Passa, agora, um filme na minha cabeça, e, para mim, que bebeu destas e nestas fontes todas, recordar é viver. Lindo o Estado que povoamos e que tanto amamos.

Nesse momento único e irrepetível, faço questão de reafirmar o meu propósito de bem servir o Estado pelo exercício do sacerdócio da magistratura. Não tenho apego ao poder e jamais quis ser juiz para preencher algum vazio em minha alma. Continuarei sendo, como sempre fui, alguém que também empunha o estandarte de defensor do Poder Judiciário catarinense, que se posta e se mantém deste os tempos em que, em 1987, tive o primeiro acesso a uma sala de audiências, no antigo prédio do Fórum Governador Ivo Silveira, na rua Princesa Isabel, chamados que fomos, no corredor, eu e meus colegas de faculdade, pelo próprio Juiz da Vara da Família, preferida pelo imenso número de audiências que precisávamos assistir durante o estágio. Porque achei o gesto dele muito simples porque minhas referências sobre o Judiciário para além da faculdade eram de muita formalidade, perguntei a quem me ladeava se sabia o nome daquele que tão humildemente apregoava as partes e respectivos advogados. Respondeu-me que era o Dr. Solon D'Eça Neves, de quem depois tornei-me um grande amigo e que, quis o destino, deixou-nos tão precocemente.

E é com esse mesmo espírito de simplicidade, de garra e de esforço na empreitada do que

faço sem ver a quem, legado que eu e meus irmãos aprendemos, sobretudo, dos ensinamentos da nossa mãe, que caminho para o término da minha fala lembrando o meu pai me disse assim que me parabenizou pela aprovação no concurso: “você não é melhor que ninguém, nem pior. Olhe a todos por igual seja lá a forma como os venha a enxergar. Você é muito novo e chegará onde quer. Agora me dá um abraço”. Missão dada, missão cumprida. Tentei sempre ser assim e, vendo essa casa lotada de pessoas que me querem bem, acho que minha percepção não está errada.

Abraço a todos.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA EM RAZÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR ROBERTO LEPPER

Senhor Desembargador Roberto Lepper, esta é a noite de Vossa Excelência e peço autorização para fazer saudações prévias.

Cumprimento o Presidente deste Tribunal de Justiça de Santa Catarina, eminente Desembargador **João Henrique Blasi** e por extensão saúdo o Doutor **Marcelo Pizolatti**, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, bem como todos os desembargadores e juízes de direito que nos assistem.

Me congratulo o doutor Alisson de Bom de Souza, representante do Governador do Estado, Carlos Moisés da Silva.

Me felicito com a presença do deputado Fernando Krellin, que aqui está em nome do Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Moacir Sopelsa.

Abraço o Procurador de Justiça, Fábio de Souza Trajano, amigo de todos nós, representando o Procurador-Geral de Justiça, Fernando da Silva Comin.

Destaco a presença do doutor Eduardo de Mello e Souza, aqui em nome da Ordem dos Advogados do Brasil.

Muito especialmente cumprimento os amigos e familiares do Desembargador Lepper, particularmente a senhora **Rainéldes Lepper** e a doutora **Helena Lepper**, mãe e filha do empossado.

Ainda previamente homenageio a **Desembargadora Sônia Maria Schimtz**, recentemente aposentada. Era dela, nossa querida amiga, o cargo para o qual o Juiz de Direito Roberto Lepper foi promovido. Sônia acompanhou a todos nós por muito tempo. Sorrindo sempre, estava atenta a tudo e com todos compartilhando carinho. Em qualquer momento, por difícil que fosse, nos dava segurança e otimismo – a juíza que se destacou nas varas cíveis de Criciúma e Capital e neste Tribunal de Justiça enaltecia a 4ª Câmara de Direito Público com sua perspicácia jurídica, nos permitindo rumar para a decisão justa. É um privilégio destinado a pessoas muito especiais poder sucedê-la!

Maria Silva, Desembargador João Henrique, este mesmo é o nome de uma octogenária muito pobre. Viúva, permaneceu em uma casinha de madeira na área de um colégio público no qual o marido, em Joinville, havia sido décadas antes informalmente recebido como caseiro. Os anos passaram; a casinha foi dominada por cupins, mas Maria lá permaneceu com os filhos, em silêncio, como se não desejasse ser percebida. A Defesa Civil deu o veredicto: ela haveria de sair dali para que a construção fosse derrubada. A reintegração de posse em favor do Poder Público era de rigor e veio processo judicial para esse fim. Bem do Governo, posse de origem precária, faltava razão técnica para a ocupação. Era caso de fácil julgamento.

Poderia ser, mas o Juiz Roberto Lepper deu importância maior a outros valores. Havia um direito à habitação, à moradia, à dignidade, e eles haveriam de ser respeitados porque não era justo que uma pessoa pobre fosse tratada daquela maneira simplista, sem casa, sem respeito, sem humanidade.

Foi esta uma das milhares de decisões que o Juiz Roberto Lepper proferiu em 29 anos como juiz de direito. Foi *uma delas*, porque a última sentença foi há poucos dias, quando resumiu sua paixão pelo direito, por sua cidade e por sua cultura, cuidando da reforma da *Cidadela Cultural Antártica*. Ali, na derradeira decisão, ainda disse: “*Quis que fosse este o processo para fechar um ciclo de vida no qual **aprendi muito** e que se cola às minhas reminiscências*”.

Mas, digo eu, nós é que aprendemos com ele nestes quase trinta anos de carreira.

Nos conhecemos em 1995. Ele, então juiz substituto na Comarca de Canoinhas, e eu recentemente promovido para lá, juntamente com a Desembargadora Rosane Portela Wolf. Nas segundas pela manhã, quando chegava de Joinville, ele vinha ao meu gabinete e descrevia as frases que, pela Serra Dona Francisca, criara para inserir em alguma sentença. Ficávamos ironizando lugares-comuns, enaltecendo ementas bem elaboradas; enfim, decidíamos de Canoinhas os destinos da redação jurídica brasileira.

Me mandou abandonar a impressora matricial que usava para comprar, como ele fizera, uma máquina a jato de tinta – à sentença não bastava o conteúdo, mas também a apresentação.

E julgava, julgava... noite à dentro, cumprindo seu papel, mas também se satisfazendo em poder transmitir para as sentenças a sua compreensão da justiça. Julgava tanto que, promovido, levou de Canoinhas, meio ocultamente, no porta-malas do carro uns tantos processos, hábito que manteve para sempre.

Dava aos réus o seu *Dia na Corte*, aplicando uma prestação de serviços à comunidade com a deferência de quem preside a mais complexa sessão do Tribunal do Júri. Avaliava os danos morais com o respeito de quem arbitrava um litígio internacional. Calculava uma pensão alimentícia com a precisão de uma balança de farmacêutico.

Quando satisfeito com uma decisão, anotava na capa dos processos físicos: “NÃO INCINERAR”.

Um pouco antes, ainda em Joinville, sua cidade, lá pelo início dos anos 1990, era um advogado que convivia com os juízes, pois já era, de espírito, um deles, e todos já o viam dessa forma. Reuniam-se para jantar os futuramente Desembargadores Newton Trisotto, Solon D’Eça Neves e Vanderlei Romer, além de Francisco Oliveira Neto e Gerson Cheren II, ambos seus atuais colegas neste Tribunal.

Citei o Desembargador Romer porque ele sempre e sempre foi e é o exemplo de Roberto. Um era juiz de direito, outro era advogado; hoje ambos são desembargadores, uma razão para recíproco envaidecimento.

Aliás, Roberto não foi propriamente aprovado em concurso para juiz em 1993. Ele foi *formalizado* juiz. Seguiu, como disse, para Canoinhas, juiz substituto, e rumou depois para São José do Cedro, Dionísio Cerqueira, Campos Novos, Timbó e finalmente Joinville onde ficou até... ontem.

O Fórum era uma extensão da sua vida. Não é figura de linguagem. Há alguns meses atrás, eu estava quarentenado, trancado, longe de esposa e de filhos. Sem diferenciar dias úteis ou finais de semana, resolvi, entediado, sábado à noite, o que não fazia diferença, encerrar a fila de *e-mails* pendentes. O primeiro foi para o Juiz Roberto Lepper, que imediatamente respondeu. Ele não usava celular, me espantei e lhe indaguei como poderia ter atendido tão rapidamente. A resposta era evidente. Estava no Fórum sentenciando. No sábado à noite.

Roberto não tem mais o Fórum, pois agora é por nós recebido.

Este, Desembargador Roberto Lepper, **ESTE** é o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

É um grande colegiado. Nós divergimos e nos respeitamos. Divergimos porque assim deve ser em decisões coletivas. Divergimos porque todos temos anseio por fazer o certo, ainda que polemizando quanto ao melhor caminho.

Este é um Tribunal que é **socialmente sensível**, deferente à excelente Constituição que temos. A Constituição que obriga o respeito aos desprotegidos, às minorias, que não admite o mercado como força superior, que é solidária aos pobres, que exalta o meio ambiente.

“A eficácia máxima das normas constitucionais exige concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios; em caso de inércia dos poderes políticos, deve-se autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário” – disse um juiz chamado Roberto, o Barroso; citado por outro Roberto, o Lepper, quando determinou que o Poder Público implementasse medidas para proteção de animais silvestres que eram atropelados em importante avenida.

Estamos ante um *“contínuo elastecimento do bloco de constitucionalidade e dos direitos humanos”*, falou um juiz de direito até ontem.

A Maria Silva que citei de início estará presente nas decisões do Desembargador Lepper.

O Desembargador Lepper é a prova de que a vida não basta. É preciso arte, como dizia Fernando Pessoa.

Ele, o artesão das sentenças, o projetista das frases, o artista dos parágrafos, o entusiasta dos julgamentos, o escultor de textos, o mestre da redação, o cronista das lides, o romântico das metáforas, o artífice das letras, o colecionador de ementas, o estudioso do dano moral, o escritor-juiz, o juiz-escritor, o visionário das liminares, o guardião dos precedentes, o literato processual, o curador da memória jurídica, o colorista da fundamentação, o romancista dos votos, o admirador das ironias, o contista dos pronunciamentos, o cultor dos veredictos e, sobretudo, O CRIADOR DE ROBERTISSES.

Temos **muito, muito orgulho** de tê-lo conosco, Desembargador Roberto Lepper.

O Desembargador Vanderlei Romer, hoje, tem um sucessor neste Tribunal de Justiça.

Muito obrigado.

DISCURSO PROFERIDO PELO JUIZ DE DIREITO MÁRCIO ROCHA CARDOSO EM RAZÃO DE SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Senhor Presidente,

Hoje faltam exatos 60 dias para completar 28 anos de magistratura; alcanço, assim, o ápice da vida profissional de um Juiz de Direito: o exercício da função de Desembargador do Tribunal de Justiça.

Uma das facetas desse clímax funcional é, sem sombra de dúvidas, a certeza de que se inaugura uma nova jornada, uma que conduz a um fim.

O fim, Senhor Presidente, não pode ser visto, somente, como “ponto final”, como “encerramento de algo”, mas também como “meta”, “finalidade”, “objetivo ainda a ser perseguido”.

Na narrativa mítica romana, Janus era representado por uma alegoria de duas faces: uma olhando para frente e outra para trás; divindade dos inícios, das decisões e escolhas...dele se dizia que tinha o poder sobre todos os começos e, por que não dizer, recomeços...

E é partindo desta face de “Janus” que leio o “fim” não como o que se acaba, mas como “aquilo que recomeça”, num novo investir, numa meta há muito escolhida.

Tornamos a lutar!

Retomo neste Tribunal a luta por mim escolhida há 28 anos. Esta luta que teve por objetivo, em primeiro lugar, cuidar daqueles que amo, pois se não temos a quem amar, não há vida com sentido; em seguida, veio a preocupação de travar a luta em favor daqueles que mais nos precisam; assim, como afirma São Josemaria Escrivá: *“De acordo: a tua preocupação deve ser “eles”. Mas tua primeira preocupação deve ser tu mesmo, a tua vida interior; porque, de outro modo, não poderá servi-los.”*

Tratar o íntimo, a vida interior, cultivar tua essência, regar o bem, arrancar a erva daninha do mal é o caminho certo para alcançar, a bom termo, essa luta por um recomeço de fim, de meta, de objetivo. A humildade, às vezes antípoda do exercício diário, é a medida do que se deseja percorrer; novamente nos ensina São Josemaria *“Oxalá adquiras – queres alcançá-las – as virtudes do burrico. Humilde, duro para o trabalho e perseverante, teimoso! Fiel, seguríssimo no seu passo, forte e – se tiver bom Dono – agradecido e obediente.”*

Aprendi, nestes 28 anos, que para ser um bom juiz não é necessário muito mais do que as virtudes do burrico! Humildade, trabalho, perseverança, segurança, força, gratidão e respeito. Tens isso? És bom juiz! Dizia o Desembargador Marcílio Medeiros: *“O que queremos do juiz é bom senso, o conhecimento jurídico vem com o tempo.”*

Parto Senhor Presidente, da premissa de vida de que não há existência sem sofrimento e isto se

conclui porque este, o sofrimento, faz parte da vida; na mesma proporção em que ele vem, também vem a felicidade. Tive a felicidade de ter nascido numa família preta de amor e cuidado, felicidade de um autêntico amor da maturidade, felicidade de dois filhos amados, felicidade de amigos sinceros e queridos. Todos, sem exceção, me fizeram aqui chegar.

E porque todos vocês me fizeram, de uma forma ou outra, aqui chegar, é que minhas palavras de “entrada” nesta Corte têm apenas um objetivo: A todos vocês agradecer!

Agradeço a minha mãe **Leodegária**, a primeira a me amar; ao meu pai **Ademar**, que aqui não mais está, mas com seu exemplo de trabalho e dedicação me mostrou que o labor é o caminho para o homem que quer chegar a algum lugar; aos meus irmãos **Jairo, Roberto e Raquel**, que de tantas coisas, me cercaram de carinho e cuidado na minha infância e adolescência.

Se houve irmãos que se fizeram pelos laços de sangue, outro fiz pelos da amizade; aqui homenageio meu mais antigo amigo, aquele que há quase 40 anos é uma presença ímpar em minha vida. Grover! Te agradeço pela amizade e compadrio; pela cultura e conhecimento invulgar; pela compassividade em momentos tão difíceis. Foste - e és - o amigo que escolhi como irmão.

Aos meus queridos avós **Manoel, Francisca, Osvaldo e Maria**, o reconhecimento do aprendizado sempre presente; neste passo, minha homenagem especial ao meu avô Osvaldo Ciríaco da Rocha, o gancho, pelas diuturnas lições que muito me ensinaram a trilhar os caminhos da vida; estes ensinamentos, vô, os repito também diariamente, seja para teus tantos netos, como para aqueles que comigo hoje, como contigo foi no passado, vem aprender nesta vida repleta de surpresas e certezas.

Meu sincero agradecimento àqueles que, sem me conhecer, me acolheram nesse tribunal; meu obrigado ao **Desembargador May Filho**, meu professor que para cá me trouxe em 1988 para estagiar na 1ª Vara Criminal da Capital com a **Desembargadora Sônia Schmitt** e a **Escrivã Ligia Bach Costa**; estas ensinaram o “bê a bá” do direito a quem nada sabia mas acabou se apaixonando; não sabia o Direito que ele, nas palavras de Vinícius de Moraes, se apresentaria como “*Uma velha amante, sem saber que era a mais nova namorada*” .

Minha gratidão sincera ao **Desembargador Alcides Aguiar**, que no início dos anos 90 me acolheu como seu estagiário e depois assessor; com ele aprendi que não há “*processo difícil, mas sim mal estudado*”; verdadeiro ourives do direito, artesão da boa decisão, decifrei, a duras penas, aprendendo até mesmo um pouco de taquigrafia, seus manuscritos; esse esforço me fez entender que é com trabalho e dedicação que se chega a algum lugar.

Não poderia jamais esquecer a figura do meu segundo pai, **Desembargador Wilson Eder Graf**. Homem reto, inteligente, duro às vezes, mas justo sempre; formou uma legião de desembargadores e juízes, dentre eles: André Dacol, **Luiz Cesar Schweitzer**, Eleston Canalli, Gustavo Aracheski, Maurício Povoas, Rafael Sandi e Leandro Passig Mendes e tantos outros; querido Desembargador Graf: seu exemplo frutificou e hoje somos muitos a sempre agradecer seu conselho certo, sua repreensão oportuna, seu carinho e orgulho muitas vezes não revelado e óbvio, mas sempre presente. Como diz Inês Pedrosa, grande autora portuguesa, “*Fazes-me falta!*”.

A Nilton João de Machado, meu padrinho, meu carinho e reconhecimento pelo apoio quando do concurso da Magistratura, tendo ele me ensinado muito a ser juiz; quisera eu ser brindado com sua memória e conhecimento reconhecidos, não só por mim, mas por uma legião de juizes que dele se valeram para muito aprender. Fizeste escola!

Senhor Presidente! Muitos foram os amigos feitos nessa trajetória, tão queridos e incontáveis, mas não poderia deixar de dizer muito obrigado ao advogado, amigo e compadre Cesair Bartolamei. Grande causídico, honesto, correto, duro em seus posicionamentos, mas sempre justo em suas colocações; veste-se, no seu mister, da justa qualidade de primeiro Juiz da causa. Caro compadre! Em teu nome, presto homenagem e agradecimento à nobre classe dos advogados que sempre me acolheu com fidalguia e é esteio dos princípios mais preciosos da democracia.

Na magistratura foram muitos os amigos, podendo mencionar os queridos Elton Zuquelo, Maira Meneguetti, Juliano Serpa, Maurício Povas, Francisco Delpizzo Miranda, Paulo Marcos de Farias e Jayme Pedro Bunn. A este último minha sempre gratidão pelo conselho certo e oportuno e o exemplo de maturidade e capacidade de trabalho.

Neste Tribunal quero, de coração, agradecer a recepção calorosa e a amizade sincera dos desembargadores André Dacol, André Carvalho, Marcos Probst, Eduardo Gallo e Roberto Lepper. Queridos amigos: *“Vocês me receberam como irmãos e jamais terei como agradecer essa acolhida”*; Aqui também fui recebido pela minha querida amiga Bettina Maresch de Moura: *“Bettina, com você dividi muitas das minhas dúvidas e tua força e caráter me mostraram que persistir em valores não sai de moda. Meu muito obrigado pela amizade ao longo de tantos anos.”*

Não seria completa minha gratidão sem lembrar do meu grande amigo Getúlio Correa. Caro irmão e amigo, sabes que sem tua ajuda hoje não estaria aqui falando um homem realizado e sinceramente agradecido; sem você e Sérgio Walner, a quem muito agradeço, aqui não estaria um pai feliz. Muito obrigado!

Não menos carinho dedico àqueles que, servidores do judiciário, me ensinaram a verdadeiramente, na prática, ser juiz: meu agradecimento à Janete, à Maria Eugênia, à Beatriz, à Denise, à Iolanda, ao querido Málsio que nos deixou tão precocemente; ainda meu muito obrigado à Edith, ao Jayme e à Eliane. Minha lembrança toda especial à Mabel, que por quase 15 anos esteve ao meu lado; levou ela a um patamar exponencial as palavras de São Paulo, em sua carta aos Colossenses, *“Suportai-vos uns aos outros”*.

No presente, minha lembrança mais carinhosa ao Guilherme, à Andreia, Luiza, Juliana, Ieda, Maurício, Marina, Gabrielle e Felipe; por me conhecerem, sabem de minhas contradições e incoerências, atributos humanos indefectíveis e em todos presentes; lutamos juntos, ainda que saibamos que nada é para sempre, certos que no tempo presente se esconde a verdadeira resposta para a caminhada: o hoje se espelha no ontem buscando ver-se aperfeiçoado no amanhã!

Aos meus amados filhos, Heitor e Júlia, minhas palavras de maior carinho. Amo-os! Mesmo nas dificuldades, dores e sofrimentos, quando a esperança e a felicidade pareciam não mais vir, o

amor não se fez ausente. Com você meu filho, aprendi que nossas expectativas de realizações não se fazem concretas no outro; vi que o ideal não se concretiza no real, mas este é, efetivamente, aquilo que realmente amamos. Amo-te pelo que és, sempre!

Se hoje, minha filha, aqui não estás, por uma dessas coisas que a vida nos impõe, não menos proclamo por ti o meu amor de pai; pai que, como na parábola do filho pródigo, tem o olhar fixo na estrada; este esperar, este aguardar no amor, terá sua hora e vez.

Se dois filhos eu gerei, um outro foi gerado, não por mim, nem por Rafaela, mas pelos queridos Dominc e Carole; cultivado por nós, todavia, no amor do cuidado, da generosidade e da ternura; sim! Você, Louis Phillippe, foi o filho por nós escolhido; te amamos, Rafaela e eu, muito, pois um coração cativante e recheado de amor e bondade como é o teu não poderia atrair outra coisa que não um amor de tão grande intensidade. És para nós a certeza de um amor gratuito e nascido desse laço que nos uniu. Aquele um ano em que conosco moraste resultou num porvir e na certeza de uma presença sempre querida em nossas existências.

A você Rafaela, minha gratidão por estares, sempre, ao meu lado. Companheira, amiga, mulher, amante, em ti encontrei aquela a quem, parafraseando Jacques Lacan, “*dou aquilo que não tenho*”; dou-te aquilo que de ninguém recebi; dou-te aquilo o que é em mim original, o que rompe o que comigo veio, pois és o novo em minha vida. Neste encontro que se fez verdade, lidamos um com o outro não na aceitação condescendente, mas na criatividade dinâmica que faz com que sempre evoluamos. Amo-te como homem, marido e amante, és o ponto de equilíbrio neste mundo até que este para mim acabe; lembro Skakespeare no seu Soneto 116, “*Ao casamento de almas verdadeiras Não haja oposição. Não é amor O que muda à mudança mais ligeira Ou, desertando, cede ao desertor. Oh, não, que amor é marca muito firme E nem a tempestade o desbarata; É estrela para a nau, que o rumo afirma, Valor ignoto – mas na altura, exata. Não é do Tempo mera extravagância, Amor, embora a foice roube o riso À face e ao lábio rosa; na constância, Resiste até o Dia do Juízo. Se há erro nisto e assim me for provado, Nunca escrevi, ninguém terá amado.*”

Minha lembrança carinhosa e agradecimento sincero aos queridos padres Philippe e Chang. Guias espirituais de minha família; vivenciaram, regularmente, nosso amadurecimento para Deus e viram que os frutos se fazem presentes. Na dor e na alegria foram testemunhas e orientadores na nossa fé.

Por fim, a Ti agradeço!

Tu que me amaste antes da fundação do mundo; Tu que me teceste no seio de minha mãe; Tu que conheces quando me sento, quando me levanto; Tu que me conheces até a palavra que ainda não chegou a minha língua.

Em que pese o infinito amor que me tens, não Te correspondo como devo; mesmo estando sempre ao meu lado, às vezes Te esqueço e Te ignoro; mesmo me carregando quando não tenho mais forças, Te abandono, muitas vezes, por qualquer coisa deste mundo.

Quando me acordo e olho no espelho, vejo aquele que, como diz São Paulo, “*sabe que ali não habita o bem*”; mesmo querendo-o, não sou capaz de fazê-lo; não faço o bem que quereria, mas o mal que não quero; há um espinho na minha carne e, mesmo assim, me amas e não me deixas.

Por isso, Senhor, te peço como pediu São Pio de Pietralcina, “*fica comigo*”

“Fica comigo, pois preciso da Tua presença para não Te esquecer; sabes quão facilmente posso Te abandonar.”

Fica comigo, porque sou fraco e preciso da Tua força para não cair.

Fica comigo, Senhor, pois se faz tarde e o dia chega ao fim, a vida passa e a morte, o julgamento e a eternidade se aproximam; preciso de Ti para renovar minhas energias e não parar no caminho.”

Fica comigo nesta jornada que hoje se inicia; sê minha fortaleza e, ao fim, quando um novo ciclo se iniciar, estejas mais uma vez comigo, como sempre estivestes.

Muito obrigado!

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR GETÚLIO CÔRREA EM RAZÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR MÁRCIO ROCHA CARDOSO

Todas as coisas têm seu tempo e todas elas passam debaixo do céu segundo o termo que a cada uma foi prescrito (Ec 3-1)

Autoridades

Senhor presidente Desembargador João Henrique Blasi saúdo Vossa Excelência e em seu nome todas as autoridades já nominadas pelo cerimonial.

Estendo os cumprimentos aos novos Desembargadores Márcio Rocha Cardoso e João Eduardo de Nadal e familiares aqui presentes, além do ilustre Desembargador Monteiro Rocha que fez a saudação ao Desembargador João Eduardo de Nadal.

Presidente

Aproveito essa última sessão do ano para registrar a honra de compor o Corpo Diretivo do Tribunal, integrado por ilustres colegas competentes, comprometidos e dedicados, liderados por Vossa Excelência que não só se notabilizou por ser um excelente jurista, mas também por ter demonstrado ser um exímio administrador, na busca pragmática e permanente de soluções aos anseios da magistratura e dos servidores, todos sempre lembrados por vossa excelência como responsáveis pela inserção do nosso Poder Judiciário de Santa Catarina no patamar em que se encontra dentre os Tribunais do país.

Agradeço, honrado, o convite do fraterno amigo e grande magistrado Marcio Rocha Cardoso para saudá-lo em nome dos ilustres colegas integrantes desse Tribunal.

Peço vênias a todos para falar sem o formalismo que o ambiente solene deste tribunal exige, mas com a informalidade de quem recebe amigos, sem no entanto pretender romper as regras mínimas que ornamentam o cerimonial exigido para este momento sublime para os que nele ingressam, nem descuidar da relevância para todos nós na recepção de novos magistrados que atingem o ápice da carreira.

Caro Amigo Des. Marcio Rocha Cardoso

Reitero o que disse na saudação ao nosso amigo comum, saudoso Desembargador Stanley da Silva Braga em 10 de julho de 2015, dia e mês que me trazem a recordação de meu irmão Univaldo Correa que nesse dia (10 de julho) do presente ano passou ao Oriente Eterno.

Não se chega, com certeza, a nossa idade sem alguns arrependimentos e muitas reflexões sobre momentos de alegria e alguns de tristeza, todos nos deixando eternos ensinamentos de vida.

São momentos como esse que se permite recordar o passado para reencontrar-se nas páginas de sua história de vida.

Extraio de uma obra clássica que recomendava aos meus alunos,

Fustel de Coulanges, em sua “Cidade Antiga”

“Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma delas lhe legou.”

Parece que esquecemos as lições da nossa história com momentos marcantes de intolerância que tanto mal causaram a humanidade.

Hoje vivemos uma permanente intolerância com tudo e com todos.

Relembro, por oportuno, Voltaire, que notabilizou-se com seu Tratado da Tolerância, escrito após a defesa que fez para a reabilitação de Jean Calas, torturado e executado em março de 1762 em Toulouse pela morte, de seu filho, que, suspostamente, estaria se convertendo ao Cristianismo. O Caso Calas juntamente com o caso Dreyfus, ambos na França, são lembrados como sendo os dois maiores erros judiciários da história.

Nessa obra, lembra Voltaire, que “ Depois que os espíritos são arrebatados não há mais como acalma-los”.

Embora naquele caso a questão fosse religiosa, seus princípios estão presentes hoje na seara política, econômica, religiosa e até mesmo judicial. O autor ficou lembrado por uma frase que nunca prolatou mas é uma conclusão de suas obras pela biógrafa Evelyn Beatrice Hall, publicada em 1906:

“Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”.

Voltaire disse sobre sua obra:

“Esse ensaio sobre a tolerância é um requerimento que a humanidade apresenta muito humildemente ao poder e a prudência”.

(digo eu) E o Poder Judiciário, como instrumento de equilíbrio entre os poderes, deve agir com eterna prudência.

Amigo Marcio

Sua história é exemplo de determinação e superação. Sua família é de origem humilde e merece o registro pela dedicação a uma instituição quase secular chamada Albergue Noturno, mantida pela “Caixa de esmolas aos indigentes de Florianopolis” oferecendo diariamente banho, jantar, pernoite, e café da manhã aos mais necessitados.

Seu avô Osvaldo Ciriaco Rocha, conhecido como Capitão Gancho da tradicional Loja Maçônica Regeneração Catarinense foi, desde o início dos anos de 1970, o responsável pela manutenção do Albergue. Com sua morte esse encargo passou para seus pais. Por isso cabe o

registro de agradecimento a sua mãe, Leodegaria Rocha Cardoso, aqui presente, pelo belo trabalho executado por sua família aos mais necessitados.

Senhoras e Senhores

O nosso Desembargador Marcio Rocha Cardoso, além de conhecedor profundo do direito é um estudioso e especialista em musica classica.

Recordo de um evento do qual participamos há muito tempo. E no jantar sentamos com um dos palestrantes, um sociologo, que nos falou de algumas musicas que ele apreciava. Naquela epoca eu estava conhecendo o Marcio e não sabia do seu notável saber musical. Eu, era e sou um conhecedor de meia duzia de musicas, e tive a infeliz ideia de emitir opinião.

Naquele momento, depois de ouvir todos da mesa se manifestarem, o Marcio proferiu uma aula, com citações dos maestros, locais de gravação e detalhes da vida dos autores que me fizeram arrepender de ter me manifestado.

Pensei naquele instante no ensinamento Bíblico: “Há tempo de falar e tempo de ficar calado” (Ecles 3,7).

Aquele momento era para ficar calado e eu falei.

Caro amigo

Parabéns pela bela carreira na magistratura, pelos amigos que conquistastes e também pelos opositores que na vida nós sempre, infelizmente, acabamos por adicionar, em algum momento e por razões, às vezes incompreensíveis, e com o difícil, mas necessário dever de perdoar.

Para essas circunstâncias, inevitáveis, assinalo o precioso ensinamento de Rui Barbosa: “Não poucas vezes, pois, razão é lastimar o zelo dos amigos, e agradecer a malevolência dos opositores. Estes nos salvam, quando aqueles nos extraviam. De sorte que, no perdoar aos inimigos, muita vez não vai somente caridade cristã, senão também justiça ordinária e reconhecimento humano” (Oração aos Moços p. 51).

Prezado Amigo

Reitero as boas vindas a uma casa que já conhece pois nela exerce suas atribuições há quase vinte e oito anos.

Sua capacidade e inteligência por todos reconhecidas permitirão desincumbir-se de mais este ciclo da vida que, espero, seja longo o suficiente para ajudar-nos na solução dos conflitos que teimam em crescer numa litigiosidade que supera os 80 milhões de processos.

Inegavelmente a solução não passa pelo simples aumento do número de magistrados e servidores, mas na busca de soluções extrajudiciais e de limitação de recursos para não só uma mitigação do volume de processos, mas também, em consequência, uma melhor apreciação daqueles que nos são submetidos.

O Desembargador Renato Nalini, ex- Presidente do TJSP, disse que o mais importante é que a formação jurídica deixe de ser eminentemente adversarial, como continua a ser desde antes de 1827, quando D. Pedro I trouxe o modelo coimbrão para a São Francisco e para Olinda, e se aperceba de que a judicialização não é sempre solução, mas pode ser inconveniente em inúmeros casos. (In Renovemos o ensino Jurídico, Blog Renato Nalini acessado em 7 de julho de 2015).

Manifesto, por fim, que tenha uma longa vida que permita uma convivência harmoniosa com os seus e que o Grande Arquiteto do Universo continue a iluminá-los em suas decisões.

Getúlio Corrêa

DISCURSO PROFERIDO PELO ADVOGADO JOÃO EDUARDO DE NADAL EM RAZÃO DE SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Tombou um cedro, se ergueu a igreja, lavrou-se a terra, nasceu fartura. Queijos moldados à lua cheia e o vinho tinto na noite escura”.

A letra e a poesia, nativas da minha terra, escrevem a história de pessoas que partiram para o desconhecido, abrindo caminhos e plantando cidades.

Sou filho dessa gente, que no século passado, deixaram seus lares com um único objetivo na bagagem: a busca pela esperança.

Cresci observando que a força e o consolo vêm da família, e que só se alcança algo pelas mãos dos amigos e através do trabalho duro e persistente. Não se recebe nada sem que antes haja doação, esforço e renúncia.

Na pequena comunidade da Linha São Jorge, onde meu avô paterno Carlos De Nadal, e minha avó Irma De Nadall, que me assiste por meio virtual do esplendor dos seus 92 anos, se estabeleceram ainda na década de 50. Ali foi Vereador e Prefeito de Caibi, nas décadas de 60 e 70.

Meus saudosos avôs maternos, Zilio Pietro Biasi e Líbera Biasi, com uma história semelhante, foi Vereador e Prefeito de Palmitos e também Prefeito de Caibi na mesma época.

Ambos colonizadores do Extremo-Oeste catarinense, filhos de italianos, refugiados da fome e da dificuldade.

“Mas a vida se renova na esperança de um dia novo”, com acerto dizia Drummound.

Eu acompanhava com entusiasmo as histórias que me contavam. Da dificuldade de levar 3/4 dias para vencer pouco mais de 400Km de estradas de chão, trazendo a mudança e a esperança de cada família colonizadora.

Da dificuldade de acesso do interior à capital, uma viagem que demandava mais de dia, se o tempo assim permitisse, para cumprir a função pública que desempenhavam.

Depois com meus pais, vivi intensamente os 30 anos de vida público que fizeram lado a lado. Na Assembléia Legislativa, na Casa de Apoio do Oeste, no Grupo de Mulheres Voluntárias, nas Redes Femininas de Combate ao Câncer, no Hospital Infantil, no Lar Vovó Gertrudes.

Me recordo como se fosse hoje, em um janeiro de 1990, atravessando a ponte Colombo Sales, na companhia do meu pai e da minha tia lourdes, a bordo de um fusquinha cinza ano/85. Um menino assutado. Meu único sentimento era o de retornar.

Mas aqui fiquei. O destino assim o quis.

Na Ilha de Santa Catarina, da Nossa Senhora do Desterro, de Antonieta de Barros e Cruz e Souza, do Colégio Imaculada Conceição e da Igreja Santo Antonio, do Catarinense e do Coração de Jesus. Da Univali e da Advocacia.

Até o coração que era do imortal tricolor na infância, herança dos meus avós e da minha mãe, cedeu espaço e hoje é plenamente ocupado pelo clube mais vezes campeão e da maior torcida de Santa Catarina. O sonho de ser jogador na adolescência, somente cedeu pela paixão ao direito.

Estou nessa cidade até hoje sem nunca ter me desligado desses primeiros sentimentos, sem nunca ter perdido meus laços, sem esquecer das minhas origens.

E assim como fizemos até aqui, quero continuar prestando serviços à sociedade catarinense, agora através do Poder Judiciário.

Levo em mim um pouco de cada lugar que passei na minha vida profissional. Do Executivo presencie na prática a complexidade e a dificuldade em dar concretude aos direitos fundamentais.

No Legislativo aprendi a admirar a criação legislativa e o respeito à legislação.

Nesse quadro, a responsabilidade do Judiciário se eleva ainda mais em tempos turbulentos. Não se pode pintar a legislação com cores soturnas para dar credibilidade à ideia do ativismo e da revisão judicial.

Mas também não se pode perder de vista, que se o direito quer assegurar a força regulatória em uma sociedade pluralista, a lei e a Constituição não podem ser vistas como um texto acabado e definitivo, mas como um projeto em contínuo desenvolvimento, como bem pensa Peter Haberle.

Quero poder dedicar os melhores anos da minha vida e da minha saúde para colaborar com um Judiciário que é modelo e referência no país.

Ter sido escolhido pela advocacia, por este Tribunal e pelo Chefe do Executivo para ocupar o honroso cargo de Desembargador é um momento único. É a realização de um sonho que vou passar a viver, a partir de hoje, intensamente.

Ser advogado me definia como pessoa, é parte do que sou. Tudo que eu tenho e conquistei até aqui eu devo à advocacia.

Doutora Cláudia Prudêncio, fica aqui o meu mais sincero agradecimento. meu carinho e admiração pelos colegas de profissão.

A advocacia me dignificou, garantiu meus estudos, permitiu que eu desse uma vida digna à minha família.

A advocacia me projetou, me alçou à condição de candidato ao 5º Constitucional e obtive o reconhecimento da minha classe.

A advocacia me realizou. tive ao meu lado pessoas maravilhosas: Jailson Fernandes, Zulmar Duarte de Oliveira Jr e Ricardo Fretta Flores, meus até então sócios, obrigado pelos anos de parceria.

Acreditemos em Vinícios de Moraes: “a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pelo vida”.

Ao Tribunal de Justiça, Presidente João Henrique Blasi, estou aonde quero e busquei estar.

Tenho certeza e um sentimento presente que me tornei uma pessoa muito melhor desde que iniciei esta jornada, que me permitiu conhecer a advocacia, e também por conta disso, a estrutura judiciária em cada subseção, em cada comarca e em cada cidade do nosso Estado.

Quero agradecer a cada uma das Desembargadoras e a cada um dos Desembargadores deste Tribunal pela recepção calorosa e pelo voto de confiança que me deram.

Na impossibilidade de nominá-los a todos, faço este agradecimento na pessoa do meu chefe, meu amigo e hoje colega de Tribunal, Desembargador Antonio do Rego Monteiro Rocha.

É uma enorme responsabilidade integrar essa corte. Chego sem outra ambição senão a de aprender e contribuir.

Venho com alegria redobrada, porque retorno ao Tribunal do qual já fui servidor há quase vinte anos atrás, agora na condição do honroso cargo de Desembargador.

Me sinto um privilegiado. Tive a oportunidade de aprender com magistrados que compunham esta Corte – muitos dos quais aqui ainda estão – valores que carreguei comigo e me ajudaram na minha profissão.

Da minha saída ao meu retorno, meu respeito e admiração por este Tribunal só aumentou. Nesses anos de advocacia acompanhei suas transformações, a chegada e a saída de amigos, colaboradores e magistrados que sempre admirei.

Uma receita que deu certo, e que vem dando certo.

E é exatamente assim que enxergo a figura do 5º Constitucional nos tribunais e no sistema de justiça: uma soma aos já excelentes quadros que o Judiciário possui.

Para além do jargão “oxigenar o Poder Judiciário”, vejo que o sistema de justiça não se completa sem suas peças essenciais: magistratura, advocacia (nas suas mais diversas matizes, pública e privada) e Ministério Público, meu caro amigo Fernando Comim.

A união, numa mesma Corte, de setores com distinções, atribuições e responsabilidades diferentes, resultam num olhar mais preciso ao destinatário final dos serviços judiciais: a sociedade catarinense.

Não à toa Sancho Pança aconselhava Dom Quixote: “Segundo o que aqui vi é tão boa coisa a Justiça, que é necessária até entre ladrões”.

Nunca foi tão verdadeira a frase de que justiça é gênero de primeira necessidade.

Atravessamos nos últimos anos uma pandemia sem precedentes na nossa geração. Isso exigiu de todos resignação, comprometimento e criatividade para manter a qualidade na prestação dos serviços judiciais.

A tecnologia criou um novo marco na relação partes, advogados e Judiciário, mas sem nunca perder de vista que processos judiciais retratam vidas e dramas, com suor e lágrimas.

A justiça não se faz senão pelas mãos das pessoas, seu componente essencial, que tem como compromisso servir ao jurisdicionado.

Agradeço e peço a Deus que me ilumine e que eu seja apto e capaz da nobre missão de julgar; servir ao Poder Judiciário da melhor forma que minha consciência e meu compromisso permitirem.

Diz o poeta que “tudo vale a pena, se a alma não é pequena”. E chego ao Judiciário de alma leve, porque tive a ajuda de quem mais importa.

Meus pais. Herneus, de presença constante, conselheiro e amigo. Não consigo encontrar palavras que não sejam o meu muito.

Minha querida e saudosa mãe, Laine. Mesmo no plano superior sentia a tua mão me guiando, me acalmando, me aconchegando.

Meus queridos Luizes, Maria e Lucas, irmãos de sangue e que a vida me deu. A distância física entre nós, marcadas por Estados e continentes, nunca diminuiu a alegria de cada reencontro.

Salete, Mônica e Luiza, Somos muito felizes e afortunados por termos vocês em nossa família. agora como família.

Melissa, minha companheira de vida, somos presente e futuro. Esse dia é meu e teu, é nosso. Quando a noite cerrava e a poeira baixava, eramos só nós dois. Tens todo o meu amor e a minha admiração.

Mas a vida nos deu muitos mais. Dois filhos maravilhosos, luz dos meus dias, Betina e José Eduardo, fonte inesgotável de amor, motivação e alegria. O pai ama vocês mais do que a si mesmo.

É bem verdade a frase de Marco Túlio Cícero, “o homem não vive só pra si. Vive para os filhos e os filhos dos filhos, e vive neles”.

É com sensação de dever cumprido, conciente da responsabilidade que me aguarda, que deixo a beca e visto a toga.

Não tenho promessas a fazer. Ofereço o meu trabalho, a minha dedicação e a minha lealdade aos meus pares, para cumprir mais essa missão.

No fim das contas, vou pelos conselhos de Guimarães Rosa: “o correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”.

Muito obrigado.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR ANTONIO DO RÊGO MONTEIRO ROCHA EM RAZÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR JOÃO EDUARDO DE NADAL

Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo e homenageio todas as autoridades presentes.
Histórico Profissional:

Assessor Jurídico no TJSC - 2002/2009

Advogado com inscrição na OAB desde 2009

Procurador do Município de São José/SC - 2009/2011

Advogado e Sócio do escritório De Nadal, Duarte & Fernandes Advogados Associados desde 2014

Diretor de Desenvolvimento Econômico na Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Estado de Santa Catarina - 2015/2017

Diretor Jurídico da São Sebastião Empreendimentos S.A. (empresa de energia elétrica) - 2015/2017

Membro do Conselho de Administração da Casan - 2015/2020

Membro do Conselho de Administração da SC Participações e Parceria S.A. - SCPAR - 2015/2020

Assessor Jurídico e de Assuntos Específicos no Senado Federal - 2017/2021

Diretor Jurídico da Associação dos Produtores de Energia Elétrica do Estado de Santa Catarina - APESC - 2020/2022
Formação Acadêmica:

Conferencista e Palestrante em diversos eventos culturais no Brasil e no exterior.

Bacharel em Direito pela UNIVALLE - 2001/2006

Pós-graduado em Direito Público UNIDERP/ANHANGUERA - 2009/2011

Mestrado em Direito Constitucional

Produção Acadêmica em Processo Civil, Direito Constitucional e Processo Constitucional

Autor do Livro “Reclamação Constitucional: garantia, observância e superação dos precedentes judiciais” - Editora Letramento, 2020.

Escola Superior da Magistratura - ESMESC - 2007/2008

Curso Superior em Garantias Jurisdicionais e Institucionais de Direitos - Universidad de Granada - Espanha - 2018
De família ilustre e conhecida, o Desembargador João Eduardo De Nadal

tem como esposa a Senhora Melissa De Nadal, sendo seus filhos Betina e José, enquanto que o seu pai, o respeitoso e respeitado homem público Herneus De Nadal, foi Prefeito Municipal de Caibí, Deputado Estadual em diversas legislaturas e hoje é Conselheiro do TCE, quando a partir de fevereiro de 2023, será o seu Presidente. Parabênzo o querido amigo de sempre, Herneus De Nadal pelo sucesso de seu filho João.

O avô paterno do Desembargador João Eduardo é o Senhor Carlos De Nadal, ex-Prefeito Municipal de Palmitos/SC, enquanto que seu avô materno, Senhor Zílio Pietro Biasi, foi Prefeito Municipal em Palmitos e Caibí/SC.

Caibí, etimologicamente, significa folhas verdes, folhas verdes estas que geraram o amadurecimento de flores e de maduros frutos, dentre esses o Desembargador ora empossado.

Tal como Ulisses, na Odissea de Homero, pois é próprio do ser humano, nosso homenageado, em suas peripécias pela vida, teve de sair e voltou, teve fé e esperança, soube refletir e discernir, foi corajoso, astuto, curioso, contemplativo, celebrativo, soube conversar, esperar e terminar... para reiniciar tudo novamente, agora como Desembargador.

O substantivo próprio João, tem sua origem etimológica na língua hebraica, significando aquele que é cheio de dádivas, o que o nosso João Eduardo também é.

Objetivando qualificar o bom homem público - legislador, juiz ou governante -, para um Estado melhor, Cervantes, em seu ideal aristotélico, na conhecidíssima obra-prima “Dom Quixote De La Mancha”, escreve o conselho do personagem principal a Sancho Pança:

- “Nunca interpretes arbitrariamente a lei, como costumam fazer os ignorantes que têm presunção de cultos;

-”Achem em ti mais compaixão as lágrimas do pobre, mas não mais justiça do que as queixas dos ricos;

-”Procura descobrir a verdade por entre as promessas e dádivas do rico, como por entre os soluços e importunidades do pobre;

-”Quando se puder atender à equidade, não carregues com rigor a lei, pois não é melhor a fama do juiz rigoroso que do compassivo;

-”Se dobrares a vara da justiça, que não seja com o peso das dádivas, mas sim com o da misericórdia;

-”Quando te suceder julgar algum pleito de inimigo teu, esquece-te da injúria e lembra-te da verdade do caso;

-”Não te cegue paixão própria em causa alheia porque os erros que cometeres, maior parte das vezes serão sem remédio, e, se o tiverem, será a custa do teu crédito;

-”A quem hás de castigar com obras, não trates mal com palavras, pois basta ao desditoso a pena do suplício, sem o acrescentamento das injúrias;

-”Se esses preceitos e essas regras cumprires, Sancho, serão longos os teus dias, eterna a tua fama, grandes os teus prêmios, indizível a tua felicidade”.

Querido amigo e Desembargador João De Nadal, tendo Vossa Excelência tomado posse como magistrado desta Alta Corte estadual, sugiro-lhe, na condição de seu velho amigo, sentir-se bem aventurado, tomando posse de si mesmo como ser integral. Desejo-lhe muita saúde e sucesso. Cumprimento também o Desembargador Márcio Rocha Cardoso, zeloso magistrado em nosso Estado, a quem desejo igualmente um caminho feliz.



RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP: 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP: 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP: 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP: 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP: 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP: 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados

CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP: 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 – Centro

CEP: 88160-000 – Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha

CEP: 89036-260 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau

Praça Victor Konder, 01 – Centro

CEP: 89010-150 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro

CEP: 88680-000 – Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Praça Padre Roer, 118 – Centro

CEP: 88750-000 – Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, 55 – Centro

CEP: 88350-051 – Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro

CEP: 89500-000 – Caçador

Telefone: (49) 3561-2540

Fórum da Comarca de Camboriú

Rua São Paulo, 1271 – Areias

CEP: 88345-662 – Camboriú

Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro

CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê

Rua Maranhão, 865 – Centro

CEP: 89980-000 – Campo Erê

Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos

Praça Lauro Müller, 121 – Centro

CEP: 89620-000 – Campos Novos

Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP: 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP: 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP: 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP: 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador Eduardo Luz

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP: 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP: 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP: 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP: 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salete

CEP: 89700-316 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP: 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP: 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porã

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitiba

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitiba

Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP: 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitiba, 375 – Centro

CEP: 89580-000 – Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 – Centro

CEP: 88495-000 – Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1226 – Rio da Onça

CEP: 89248-000 – Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n – Sete de Setembro

CEP: 89110-000 – Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua João Sotter Correa, 300 – Amizade

CEP: 89270-000 – Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 – Centro

CEP: 89610-000 – Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro

CEP: 89140-000 – Ibirama

Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara

Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete

CEP: 88820-000 – Içara

Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí

Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro

CEP: 88770-000 – Imaruí

Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba

Rua Ernani Contrin, 643 – Centro

CEP: 88780-000 – Imbituba

Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial

Rua Tiradentes, 111 – Centro

CEP: 89130-000 – Indaial

Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim

Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro

CEP: 89790-000 – Ipumirim

Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá

Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros

CEP: 89760-000 – Itá

Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro

CEP: 89340-000 – Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí

Rua Uruguai, 222 – Centro

CEP: 88302-200 – Itajaí

Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema

Rua 700, 270 – Casa Branca

CEP: 88220-000 – Itapema

Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga

Rua São José, 10 – Centro

CEP: 89896-000 – Itapiranga

Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, 776 – Paese

CEP: 89249-000 – Itapoá

Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n – Centro

CEP: 88400-000 – Ituporanga

Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n – Cristo Rei

CEP: 88715-000 – Jaguaruna

Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 – Vila Nova

CEP: 89259-300 – Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba

Rua Salgado Filho, 160 – Centro

CEP: 89600-000 – Joaçaba

Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville

Rua Hermann August Lepper, 980 – Saguazu

CEP: 89221-902 – Joinville

Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages

Rua Belisário Ramos, 3650 – Sagrado Coração de Jesus

CEP: 88502-905 – Lages

Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna

Rua Arcângelo Bianchini, 69 – Progresso

CEP: 88790-000 – Laguna

Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller

Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro

CEP: 88880-000 – Lauro Müller

Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis

Rua Valdir Ortiga, 45 – Centro

CEP: 89515-000 – Lebon Régis

Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 – Buenos Aires

CEP: 89300-000 – Mafra

Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha

Av. Anita Garibaldi, 1181 – Centro

CEP: 89874-000 – Maravilha

Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Meleiro

Rua José Mezari, 281 – Jardim Itália

CEP: 88920-000 – Meleiro

Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo

Rua Presidente Vargas, 20 – Centro

CEP: 89872-000 – Modelo

Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondáí

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP: 89893-000 – Mondáí

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 Penha

Avenida Nereu Ramos, 315 – Centro

CEP: 88.385-000 – Penha

Telefone: (47) 3261-9685

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

7.020/DF, Supremo Tribunal Federal.....	293
5005250-17.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	501
5022973-49.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	507
5038192-73.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	514

AÇÕES RESCISÓRIAS

4013276-76.2018.8.24.0900, Tribunal de Justiça.....	541
5004894-27.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	560
4016807-28.2016.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	771
5009075-66.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	792

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

5015029-93.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	599
5028027-93.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	602
5056126-73.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	614
5064046-35.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	641
5029697-69.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	709
5046764-81.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	713
5040155-48.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	823
5045574-49.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	828
5013680-26.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	833
5008985-58.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	914
5011597-66.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	1035

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

5022173-64.2022.8.24.0018, Tribunal de Justiça.....	1266
5013560-55.2022.8.24.0018, Tribunal de Justiça.....	1260
5007272-50.2022.8.24.0064, Tribunal de Justiça.....	1296

5031555-21.2022.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	1303
5006391-45.2021.8.24.0020, Tribunal de Justiça.....	1311
5034246-08.2022.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	1343
5027122-34.2022.8.24.0018, Tribunal de Justiça.....	1350

AGRAVO INTERNO

5037888-06.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	694
---	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

0300805-87.2018.8.24.0135, Tribunal de Justiça.....	850
0332293-13.2015.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	719
0023460-49.2006.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	654
0306957-45.2015.8.24.0075, Tribunal de Justiça.....	577
0305310-63.2014.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	586
0318192-16.2015.8.24.0008, Tribunal de Justiça.....	607
0300354-58.2016.8.24.0256, Tribunal de Justiça.....	619
0302071-66.2018.8.24.0020, Tribunal de Justiça.....	624
5000048-23.2019.8.24.0143, Tribunal de Justiça.....	629
5001237-24.2022.8.24.0016, Tribunal de Justiça.....	650
5006102-88.2020.8.24.0007, Tribunal de Justiça.....	698
5012443-97.2020.8.24.0018, Tribunal de Justiça.....	704
5016553-58.2020.8.24.0045, Tribunal de Justiça.....	751
5022546-66.2021.8.24.0039, Tribunal de Justiça.....	759
5000788-28.2022.8.24.0061, Tribunal de Justiça.....	766
0308715-25.2014.8.24.0033, Tribunal de Justiça.....	798
0303998-63.2015.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	802
5003833-70.2021.8.24.0030, Tribunal de Justiça.....	808
0301090-75.2018.8.24.0072, Tribunal de Justiça.....	817

ÍNDICE NUMÉRICO

0005648-44.2010.8.24.0073, Tribunal de Justiça.....	845
0029643-13.2008.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	878
0000311-33.2020.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	904
0319829-88.2014.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	924
5035458-35.2020.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	931
5002332-09.2021.8.24.0054, Tribunal de Justiça.....	939
0006676-61.2014.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	983
0301422-82.2015.8.24.0028, Tribunal de Justiça.....	1002
5022356-24.2021.8.24.0033, Tribunal de Justiça.....	1008
0000211-88.2014.8.24.0135, Tribunal de Justiça.....	1015
0901419-92.2017.8.24.0033, Tribunal de Justiça.....	1024
5010161-94.2021.8.24.0004, Tribunal de Justiça.....	1040
0321910-28.2015.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	1056
5006428-48.2021.8.24.0028, Tribunal de Justiça.....	1073
0005403-02.2014.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	1079
0303517-47.2017.8.24.0018, Tribunal de Justiça.....	1091
5000600-54.2019.8.24.0218, Tribunal de Justiça.....	1096
0307593-46.2019.8.24.0018, Tribunal de Justiça.....	1104
0310169-40.2018.8.24.0020, Tribunal de Justiça.....	1111
0807685-80.2013.8.24.0113, Tribunal de Justiça.....	1116
5005207-72.2019.8.24.0069, Tribunal de Justiça.....	1123

APELAÇÕES CRIMINAIS

0010382-13.2018.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	1172
5007004-13.2021.8.24.0005, Tribunal de Justiça.....	1231
0003088-06.2019.8.24.0012, Tribunal de Justiça.....	1251
5000655-88.2022.8.24.0027, Tribunal de Justiça.....	1286
5000221-21.2020.8.24.0011, Tribunal de Justiça.....	1320

5029049-77.2019.8.24.0038, Tribunal de Justiça.....	1326
0000889-68.2018.8.24.0069, Tribunal de Justiça.....	1333

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

5051999-29.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	445
5033362-93.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	459
5037619-64.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	471

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

5015158-97.2020.8.24.0023, Tribunal de Justiça.....	1141
0000641-91.2016.8.24.0063, Tribunal de Justiça.....	1169

HABEAS CORPUS CRIMINAL

5036279-85.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	1337
---	------

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

5043904-73.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	944
---	-----

INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

5011469-46.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	535
5040370-24.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	778

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

5051230-84.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	993
---	-----

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

0026977-58.2021, Tribunal de Justiça.....	481
0010541-87.2022, Tribunal de Justiça.....	488
0040187-79.2021, Tribunal de Justiça.....	494

RECURSOS ESPECIAIS

1.977.172/PR, Superior Tribunal de Justiça.....	311
1.896.526/DF, Superior Tribunal de Justiça.....	365
1.881.788/SP, Superior Tribunal de Justiça.....	383
1.909.276/RJ, Superior Tribunal de Justiça.....	347
0307935-10.2018.8.24.0045, Tribunal de Justiça.....	423
5008163-69.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	427
0300620-70.2014.8.24.0141, Tribunal de Justiça.....	419
0002392-20.1999.8.24.0125, Tribunal de Justiça.....	435
5003984-06.2021.8.24.0040, Tribunal de Justiça.....	440
5012249-35.2021.8.24.0092, Tribunal de Justiça.....	444

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

1.237.867/SP, Supremo Tribunal Federal.....	289
843.989/PR, Supremo Tribunal Federal.....	27
1.316.369/DF, Supremo Tribunal Federal.....	276

REVISÕES CRIMINAIS

5031866-29.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	1135
5037969-52.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	1147
5040433-49.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	1157
5039110-09.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	1162

SENTENÇAS

5000601-51.2019.8.24.0020, Criciúma.....	1451
5000411-94.2019.8.24.0018, Chapecó.....	1363
0000959-31.2019.8.24.0011, Brusque.....	1355
5011586-38.2021.8.24.0011, Brusque.....	1374

SUSPENSÕES DE LIMINAR DE SENTENÇA

5052752-49.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	404
5068208-39.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	409
5073419-56.2022.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	416



ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DA ANUIDADE PELO ADVOGADO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR E PENA DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. ART. 34, XXIII, DO ESTATUTO DA OAB. INCONSTITUCIONALIDADE.....293

CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. DESCRIÇÃO GENÉRICA. INEXISTÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DA NATUREZA DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO E DE VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEADO E AUTORIDADE NOMEANTE.....507

CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES DE CONFIANÇA. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. MATÉRIA CONSOLIDADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TEMA 1.010. REPERCUSSÃO GERAL.....514

PROIBIÇÃO DO USO DA “LINGUAGEM NEUTRA” NA EDUCAÇÃO BÁSICA, NO ENSINO SUPERIOR E NOS CONCURSOS PÚBLICOS. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO.....501

AÇÕES RESCISÓRIAS

AÇÃO DE COBRANÇA. MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. DEMANDA RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE.....560

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE ALTEROU O CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO DOS VALORES A REPETIR. OFENSA À COISA JULGADA. RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE.....792

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO QUE HOMOLOGOU A ARREMATACÃO DO BEM PENHORADO E EXTINGUIU A EXECUÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA.....541

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ARBITRAMENTO POR APRECIACÃO EQUITATIVA. EXORBITÂNCIA DO MONTANTE SE FIXADO EM PERCENTUAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA REPETITIVO 1.076....771

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUTÓRIA. INCLUSÃO DO AVALISTA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE APENAS NA HIPÓTESE DE INTIMAÇÃO DO GARANTE DAS FASES ANTERIORES À ALUDIDA CONVERSÃO.....828

AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CITAÇÃO POR MEIO DO APLICATIVO DE MENSAGENS WHATSAPP. REALIZAÇÃO APÓS ESGOTADAS TODAS AS TENTATIVAS DE CITAÇÃO PESSOAL E OBSERVADAS AS DISPOSIÇÕES DA CIRCULAR N. 222/2020 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA.....	823
AÇÃO DE INVENTÁRIO. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NOS AUTOS APRESENTADO POR SUPOSTO COMPANHEIRO.....	709
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. <i>ASTREINTES</i> E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MITIGAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE DE VERBA SALARIAL PARA ADIMPLENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE.....	641
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DISSOLUÇÃO VOLUNTÁRIA DA EMPRESA DEVEDORA. DISTRATO SOCIAL DEVIDAMENTE REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA DEMANDA PARA A SÓCIA QUE ASSUMIU A RESPONSABILIDADE PELO ATIVO E PASSIVO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE.....	713
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO EM SENTENÇA PROFERIDA APÓS O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO EXTRAJUDICIAL.....	602
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. LEVANTAMENTO DA PENHORA DAS QUOTAS CAPITAIS DE COOPERATIVA DE CRÉDITO DO DEVEDOR. APLICABILIDADE DO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR N. 196/2022.....	614
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA SOBRA SALARIAL COMO VERBA ALIMENTAR. MONTANTE QUE SE ENCONTRA NA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DO DEVEDOR.....	599
RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO COM RESSALVAS.....	833
RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO DO PLANO POR PARTE DAS SOCIEDADES RECUPERANDAS. ATRASO NO IMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PERANTE CREDORA.....	914
TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA. NECESSIDADE DE O PERCENTUAL FIXADO NÃO TORNAR INVIÁVEL O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE.....	1035

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

CRIME DE POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRI- TO. ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA.....	1343
CRIME DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO. PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILI- DADE.....	1266
DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. EQUIPARAÇÃO A CRIME HEDIONDO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....	1260
DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DE MONITORAMENTO ELETRÔ- NICO. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO.....	1303
FALTA GRAVE. PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA DO ARQUIVAMENTO DO RESPECTIVO TERMO CIR- CUNSTANCIADO NA SEARA PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA.....	1296
REMISSÃO FICTA. IMPOSSIBILIDADE DE TRABALHAR OU ESTUDAR EM RA- ZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19. APLICABILIDADE DA TESE FIRMADA NO JULGAMENTO DO TEMA 1.220 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	1311
REMISSÃO POR ESTUDO BÍBLICO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PEDAGÓ- GICOS IMPRESCINDÍVEIS. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	1350

AGRAVO INTERNO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA PARA PREPARO RECURSAL. ADVOGADO.....	694
---	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

AÇÃO ANULATÓRIA DE ADJUDICAÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO COPROPRIETÁRIO PARA EXERCER O SEU DIREITO DE PREFERÊNCIA NA ARREMATAÇÃO. ART. 843, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	845
AÇÃO ANULATÓRIA. IPTU. DESTINAÇÃO RURAL DO IMÓVEL.....	1116
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA DA INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE FOSSAS SÉPTICAS, COM SISTEMA INDIVIDUAL DE TRA- TAMENTO DE ESGOTO SANITÁRIO EM LOGRADOURO MUNICIPAL.....	1024

AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS. DIVÓRCIO. PARTILHA NÃO REALIZADA.....	698
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO CELEBRADO DE FORMA ELETRÔNICA. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DA VIA FÍSICA.....	817
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. TRANSPORTE MARÍTIMO. COBRANÇA DE TARIFA PORTUÁRIA.....	850
AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE/INEXIGIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.....	931
AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRESCRIÇÃO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE VALORES PELA VIA EXTRAJUDICIAL. SISTEMA “SERASA LIMPA NOME”	766
AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CAMINHÕES DE TRANSPORTADORA QUE SE EVADIRAM DOS PAGAMENTOS DAS TARIFAS DE PEDÁGIOS.....	1002
AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE VALOR DEVIDO PELA SÓCIA OSTENSIVA. COMPLEMENTAÇÃO DE LUCROS E RETORNO DE CAPITAL INVESTIDO EM EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO.....	924
AÇÃO DE COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS ELETRÔNICOS EM QUARTOS DE HOTEL E RESTAURANTE....	704
AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO. MANUTENÇÃO DA AERONAVE. FORTUITO INTERNO.....	577
AÇÃO DE EXECUÇÃO. MANIFESTAÇÃO DA PARTE EXECUTADA A RESPEITO DO SEU INTERESSE NA EXTINÇÃO PELO ABANDONO DO EXEQUENTE. DISPENSABILIDADE.....	798
AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. SEGUNDA FASE. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.....	878
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. DEJETOS HUMANOS ERUPTIDOS DE RALOS DE CHUVEIRO E DE VASO SANITÁRIO. DANO MORAL PRESUMIDO.....	1104
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRÁTICA DE ATO OMISSIVO ESTATAL. DETENTO PRIVADO DE COMPARECER À CERIMÔNIA FUNERÁRIA DE SUA GENITORA. LICENÇA TEMPORÁRIA DEFERIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO.....	1056

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÓBITO DE CONDUTOR DE MOTOCICLETA. BURACO NA VIA NÃO SINALIZADO.....	1015
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APROPRIAÇÃO INDEVIDA PELO PATRONO DE VALORES ADVINDOS DE DEMANDA JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ, DANO MORAL INDENIZÁVEL.....	607
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA, VINDA DO EXTERIOR COM ANIMAL DE ESTIMAÇÃO, BARRADA NO AEROPORTO PELA POLÍCIA FEDERAL. AUSÊNCIA DE LAUDO ATUALIZADO DO ANIMAL. DOCUMENTAÇÃO QUE DEVE SER PROVIDENCIADA PELA PASSAGEIRA.....	624
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CORPO ESTRANHO ESQUECIDO DENTRO DE CAVIDADE UTERINA DURANTE A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE CESÁREA.....	1091
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA DE GALPÃO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE SISTEMA DE ANCORAGEM NO IMÓVEL.....	586
AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C PEDIDO DE PENSIONAMENTO. MORTE DE BEBÊ EM CRECHE MUNICIPAL, RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO.....	1096
AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL E RECONVENÇÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL.....	719
AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. APLICABILIDADE DA LEI N. 14.382/2022. POSSIBILIDADE DE A PESSOA NATURAL ALTERAR O SEU PRENOME APÓS A MAIORIDADE, A QUALQUER TEMPO, POR UMA VEZ, INDEPENDENTEMENTE DA EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS.....	650
AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DIFERENCIADA DE MENSALIDADE ENTRE ALUNOS VETERANOS E RECÉM-INGRESSOS.....	751
AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO COM USUFRUTO VITALÍCIO. BEM IMÓVEL. INGRATIDÃO.....	759
AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÕES DE AÇÕES SOCIETÁRIAS. INGRATIDÃO.....	654

AÇÃO INDENIZATÓRIA. CANCELAMENTO DE VOO. FALÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA DE TURISMO QUE INTERMEDIOU A COMPRA E EMISSÃO DAS PASSAGENS AÉREAS.....	629
AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM.....	619
ACIDENTE DE TRABALHO. REFORMA DA DECISÃO QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA. NECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA REPETITIVO 692.....	1079
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA.....	904
EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE MULTA APLICADA PELO PROCON. NULIDADE DA CDA.....	1111
EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL CONSTRITO. BEM DE FAMÍLIA.....	808
EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE.....	802
IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.....	983
MANDADO DE SEGURANÇA. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGÊNCIA DE ALVARÁ.....	1040
MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR LEGISLATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÃO PACIFICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TEMA 510.....	1073
MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE DISPENSA DE SUA FUNÇÃO QUANDO CONVOCADO COMO ÁRBITRO EM PARTIDAS DE FUTEBOL ORGANIZADAS PELA CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL – CBF.....	1008
PEDIDO DE FALÊNCIA FUNDADO NA IMPONTUALIDADE INJUSTIFICADA. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES LÍQUIDAS MATERIALIZADAS EM DUPLICATAS DE VENDA MERCANTIL PROTESTADAS.....	939
TRIBUTÁRIO. ISS. CESSÃO DOS DIREITOS DE IMAGEM DE ATLETA PROFISSIONAL. FATO GERADOR NÃO CARACTERIZADO.....	1123

APELAÇÕES CRIMINAIS

CRIME DE ESTELIONATO COM FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO OU VALOR DE SEGURO. DELITO QUE SE CONSUMA COM A EFETIVA OCULTAÇÃO/DESTRUIÇÃO DOLOSA DO BEM. RECEBIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA QUE CONSISTE EM MERO EXAURIMENTO.....1333

CRIME DE FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO/DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO, DURANTE O REPOUSO NOTURNO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIGURA DO FURTO QUALIFICADO E A MAJORANTE REFERENTE AO REPOUSO NOTURNO. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA 1.087.....1251

CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA.....1320

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E DA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.....1326

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO.....1231

CRIMES DE FURTOS QUALIFICADOS PELO CONCURSO DE AGENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE E PRATICADOS EM IDÊNTICAS CONDIÇÕES DE TEMPO E LUGAR. INEXISTÊNCIA, PORÉM, DE SEMELHANÇA NA MANEIRA DE SUAS EXECUÇÕES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.....1286

CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INIMPUTABILIDADE DE UM DOS AGENTES NO CURSO DA AÇÃO. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DO ACUSADO PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. MÉRITO. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. DIÁLOGOS CAPTADOS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....1172

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ENTREGA DE VEÍCULO À REVENDEDORA DE AUTOMÓVEIS, EM CONSIGNAÇÃO PARA FIM DE VENDA. AUTORA SURPREENDIDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMPLEMENTADA ENTRE O BANCO RÉU E O CORRÉU. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE PACTO BANCÁRIO. MATÉRIA TÍPICA DE DIREITO CIVIL.....459

AÇÃO INDENIZATÓRIA. COBRANÇA DE NOTA PROMISSÓRIA COM VALOR ADULTERADO. CAUSA DE PEDIR JUNGIDA À RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. MATÉRIA TIPICAMENTE CIVIL.....471

AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO. ALEGADA NEGLIGÊNCIA NO ASSESSORAMENTO DURANTE EMBARQUE E DESEMBARQUE DE PASSAGEIRA CADEIRANTE. DEMANDA TIPICAMENTE CIVIL.....445

DISCURSOS

ATA N. 438. SESSÃO SOLENE DE HOMENAGEM AO MINISTRO JORGE MUSSI, OCORRIDA AOS VINTE E TRÊS DIAS DO MÊS DE SETEMBRO DE 2022.....1459

ATA N. 439. SESSÃO SOLENE DE POSSE DO JUIZ DE DIREITO ROBERTO LEPPER NO CARGO DE DESEMBARGADOR, OCORRIDA AOS ONZE DIAS DO MÊS DE OUTUBRO DE 2022.....1475

ATA N. 440. SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO DA CORTE CATARINENSE, OCORRIDA AOS SETE DIAS DO MÊS DE DEZEMBRO DE 2022...1482

ATA N. 441. SESSÃO SOLENE DE POSSE DO ADVOGADO JOÃO EDUARDO DE NADAL E DO JUIZ DE DIREITO MÁRCIO ROCHA CARDOSO NO CARGO DE DESEMBARGADOR, OCORRIDA AOS DEZESSEIS DIAS DO MÊS DE DEZEMBRO DE 2022.....1489

DISCURSO PROFERIDO PELO ADVOGADO JOÃO EDUARDO DE NADAL EM RAZÃO DE SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....1524

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR ANTONIO DO RÊGO MONTEIRO ROCHA EM RAZÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR JOÃO EDUARDO DE NADAL.....1528

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR GETÚLIO CÔRREA EM RAZÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR MÁRCIO ROCHA CARDOSO....1520

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA EM RAZÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR ROBERTO LEPPER.....1512

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR PEDRO MANOEL ABREU NA HOMENAGEM AOS MAGISTRADOS E SERVIDORES COM MAIS DE 45 ANOS DE DEDICAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO CATARINENSE.....1504

DISCURSO PROFERIDO PELO JUIZ DE DIREITO MÁRCIO ROCHA CARDOSO EM RAZÃO DE SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....1515

DISCURSO PROFERIDO PELO JUIZ DE DIREITO ROBERTO LEPPER EM RAZÃO DE SUA POSSE COMO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....1508

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA REPETITIVO 585.....1141

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. APREENSÃO DE DOIS PROJÉTEIS. PRINCÍPIO DA IN-SIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.....1169

***HABEAS CORPUS* CRIMINAL**

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. PROCESSO EM FASE AVANÇADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA E CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL. INSTITUTO INAPLICÁVEL.....1337

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

DIREITO PÚBLICO. CONSELHO TUTELAR. ATRIBUIÇÕES PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....944

INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL. DANO MORAL. DEBATE QUANTO À CONFIGURAÇÃO *IN RE IPSA* OU MEDIANTE PROVA DE EFETIVO ABALO EXTRAPATRIMONIAL...778

FIXAÇÃO DE TESE DE EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL PRESUMIDO. DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DECORRENTES DE RELAÇÃO JURÍDICA DITA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE INVESTIDA JURÍDICA QUANTO À EXTENSÃO DO CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE ADMITIDO.....535

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. RESERVA DE VAGAS. CANDIDATO NEGRO. PRETENZA CONVALIDAÇÃO DE AUTODECLARAÇÃO.....993

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

CONSELHO DA MAGISTRATURA. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. CANCELAMENTO DE AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.....494

CONSELHO DA MAGISTRATURA. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. RECUSA DE REGISTRO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE LOTE URBANO CELEBRADO ENTRE LOTEADOR E TERCEIRO ADQUIRENTE. VENDEDOR QUE FIGURA COMO PROMISSÁRIO COMPRADOR NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO. AUSÊNCIA DE TITULARIDADE DO DOMÍNIO. NEGATIVA MANTIDA.....488

CONSELHO DA MAGISTRATURA. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. TÍTULO LEVADO A REGISTRO ORIUNDO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO JUDICIAL DE USUCAPIÃO. ÁREA TOTAL DO IMÓVEL MAIOR DO QUE AQUELA ORIGINALMENTE DISCUTIDA NOS AUTOS.....481

RECURSOS ESPECIAIS

DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE ADMITE RECURSO ESPECIAL. *HABEAS CORPUS* CRIMINAL. COMBINAÇÃO DE LEIS.....427

DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE INADMITE RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 7 E 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS FORMULADO EM CONTRARRAZÕES. NÃO CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL “*AD QUEM*” PARA ANÁLISE DO PEDIDO.....423

DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA. TEMA REPETITIVO 1.044. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. RECURSO ESPECIAL PREJUDICADO.....419

DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA. CELEBRAÇÃO DE ACORDO. ATO INCOMPATÍVEL COM A VONTADE DE RECORRER. RECURSO ESPECIAL PREJUDICADO.....444

DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO ESPECIAL EM RELAÇÃO À MATÉRIA REPETITIVA. TEMA 1.076 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ADMISSÃO EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS MATÉRIAS. SÚMULAS 283 E 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....435

DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE INADMITE RECURSO ESPECIAL. TEMA REPETITIVO 1.061 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÔNUS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE PROVAR A AUTENTICIDADE DE ASSINATURA APOSTA EM CONTRATO, NA HIPÓTESE DE ALEGAÇÃO DE FALSIDADE.....440

PESSOA JURÍDICA. EXTINÇÃO LEGAL E NÃO FRAUDULENTA. CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA.....311

TEMA REPETITIVO 1.074. COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ITCMD PARA A HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA OU ADJUDICAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PROCESSO EM SEGREDO DE JUSTIÇA.....365

TEMA REPETITIVO 1.118. IPVA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA VENDA DO BEM AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO COMPETENTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ALIENANTE. NECESSIDADE DE LEI ESTADUAL/DISTRITAL ESPECÍFICA.....383

USUCAPIÃO. POSSUIDOR QUE É PROPRIETÁRIO DE METADE DO IMÓVEL USUCAPIENDO. NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.240 DO CÓDIGO CIVIL.....347

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

TEMA 1.097. REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DE SERVIDOR ESTADUAL OU MUNICIPAL. FILHO OU DEPENDENTE COM DEFICIÊNCIA.....289

TEMA 1.199. REPERCUSSÃO GERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (IR)RETROATIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 14.230/2021.....27

TEMA 1.238. REPERCUSSÃO GERAL. PROVA ILÍCITA. UTILIZAÇÃO, VALORAÇÃO E APROVEITAMENTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO.....276

REVISÕES CRIMINAIS

COISA JULGADA. EXISTÊNCIA DE DUAS SENTENÇAS DEFINITIVAS CONTRA O APENADO PELA PRÁTICA DO MESMO CRIME. CRITÉRIO DE ESCOLHA DO PROCEDIMENTO A SER ANULADO.....1135

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INIMPUTABILIDADE. AGENTE QUE ERA MENOR DE IDADE NA ÉPOCA DOS FATOS TIDOS COMO CRIMINOSOS....1157

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. AFASTAMENTO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....1147

CRIMES DE CORRIDA AUTOMOBILÍSTICA NÃO AUTORIZADA COM RESULTADO MORTE, OMISSÃO DE SOCORRO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONFLITO DE NORMAS.....1162

SENTENÇAS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE DAS NOVAS REGRAS ESTABELECIDAS PELA LEI N. 14.230/2021.....1451

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES FAMILIARES EM CARTILHA E VÍDEO PRODUZIDOS PELO MUNICÍPIO. EXPOSIÇÃO *ON-LINE* E EM MUSEU MUNICIPAL.....1363

AÇÃO PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. OFERECIMENTO DE VANTAGEM ILÍCITA A AGENTE PÚBLICO A FIM DE REGISTRAR QUE O ACUSADO ESTAVA REGULARMENTE CUMPRINDO MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITO....1355

AÇÃO PENAL. CRIMES DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, TRÁFICO DE DROGAS, CORRUPÇÃO DE MENORES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.....1374

SUSPENSÕES DE LIMINAR DE SENTENÇA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO DE DROGADIÇÃO.....404

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA CONCESSÃO DE SUBSÍDIO TARIFÁRIO.....409

MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. FÉRIAS. CONCESSÃO DURANTE O PERÍODO DE RECESSO ESCOLAR..416



ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre de Moraes.....	27
Altamiro de Oliveira.....	404, 409, 459, 488, 494
Álvaro Luiz Pereira de Andrade.....	751, 759
Andrea Cristina Rodrigues Studer.....	802
André Carvalho.....	629
Antonio do Rêgo Monteiro Rocha.....	514, 607, 1528
Antônio Zoldan da Veiga.....	1337
Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.....	1169
Carlos Adilson Silva.....	1040
Carlos Alberto Civinski.....	1172, 1231
Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.....	1157, 1350
Edemar Leopoldo Schlosser.....	1355, 1374
Edir Josias Silveira Beck.....	599
Edson Fachin.....	276, 293
Ernani Guetten de Almeida.....	1162
Evandro Volmar Rizzo.....	1451
Flavio Andre Paz de Brum.....	586
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.....	993, 1035
Gerson Cherem II.....	435, 440, 444
Getúlio Corrêa.....	419, 423, 427, 471, 1520
Guilherme Nunes Born.....	798
Helio David Vieira Figueira dos Santos.....	650
Hélio do Valle Pereira.....	1116, 1123, 1512
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	1260
Jaime Machado Júnior.....	833
Jaime Ramos.....	944, 983, 1056, 1079
Jairo Fernandes Gonçalves.....	694, 704

Jânio de Souza Machado.....	792, 924, 931, 939
João Eduardo de Nadal.....	1524
José Agenor de Aragão.....	641
José Antônio Torres Marques.....	878
José Everaldo Silva.....	1141
Júlio César Knoll.....	1073
Júlio César Machado Ferreira de Melo.....	1147, 1296, 1303, 1311
Luiz Antônio Zanini Fornerolli.....	1320, 1333
Luiz César Medeiros.....	698
Luiz Felipe Siegert Schuch.....	654
Luiz Fernando Boller.....	1002, 1008, 1015
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	1343
Luiz Zanelato.....	808
Márcio Rocha Cardoso.....	713, 1515
Marcos Fey Probst.....	535, 719, 709
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	507, 619, 624
Newton Varella Júnior.....	823
Osmar Mohr.....	845
Osmar Nunes Júnior.....	766
Paulo Roberto Sartorato.....	1251
Pedro Manoel Abreu.....	445, 1504
Regina Helena Costa.....	365, 383
Ribeiro Dantas.....	311
Ricardo Lewandowski.....	289
Ricardo Orofino da Luz Fontes.....	501
Ricardo Villas Bôas Cueva.....	347
Roberto Lepper.....	1091, 1096, 1104, 1508

Robson Luz Varella.....	771, 828
Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli.....	850
Rogério Carlos Demarchi.....	1363
Rogério Mariano do Nascimento.....	778
Rosane Portella Wolff.....	560, 614
Salim Schead dos Santos.....	817
Sebastião César Evangelista.....	602
Selso de Oliveira.....	481, 541
Sérgio Antônio Rizelo.....	1135, 1266, 1286
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	1024
Sidney Eloy Dalabrida.....	1326
Sílvio Dagoberto Orsatto.....	577
Tulio José Moura Pinheiro.....	904, 914
Vilson Fontana.....	416, 1111

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical e gerenciamento

Assessoria de Artes Visuais – Núcleo de Comunicação Institucional

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento