Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 38 - n. 205
Julho-Setembro de 2017



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 38 - n. 205 - Julho-Setembro de 2017

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 38, n. 205

Publicação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Comissão Técnica de Jurisprudência.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem a citação da fonte. Os conceitos emitidos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores.

Revista trimestral de jurisprudência [*on-line*]. - n. 205 (2017)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2017 - .

Trimestral
Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência. – n. 1 (1979) – n. 170. (2009).
ISSN 2177-6040

1. Jurisprudência – Mato Grosso do Sul. 2. Poder Judiciário – Mato Grosso do Sul. 3. Tribunal de Justiça. I. Título.

CDD 340.68171

Elaboração

Secretaria Judiciária
Departamento de Pesquisa e Documentação
Coordenadoria de Jurisprudência e Legislação
Parque dos Poderes – Bloco 13
CEP: 79.031-902 - Campo Grande - MS
Telefone: (67) 3314-1388
E-mail: jurisprudencia@tjms.jus.br

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Composição do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente - Des. Divoncir Schreiner Maran

Vice-Presidente - Des. Julizar Barbosa Trindade

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Romero Osme Dias Lopes

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélio Stábile

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Des. Alexandre Bastos

Des. José Ale Ahmad Netto

Des. Jairo Roberto de Quadros

Des. Geraldo de Almeida Santiago

SUMÁRIO

Doutrina

"DEPOIMENTO ESPECIAL" DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
Maria Isabel de Matos Rocha 007

A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO INDÍGENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA
Gilberto Ferreira Marchetti Filho, Jaqueline Villa G. Rodrigues e Wilimar Benites Rodrigues..... 023

O ESTADO LAICO E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NOS TEMPLOS RELIGIOSOS
Fernando Machado de Souza, Gilberto Ferreira Marchetti Filho e Rodrigo Weirich Akucevicius 037

O PAPEL ESCAFANDRISTA DO JUIZ NA PERFECTIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO
Mikeline Bueno de Menezes 052

DOS PRAZOS EM DIAS E SUA CONTAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Robson Carvalho de Queiroz 062

Jurisprudência Cível..... 073

Jurisprudência Criminal..... 619

Noticiário..... 848

Índice Onomástico 936

Índice de Assuntos..... 942

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



"DEPOIMENTO ESPECIAL" DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Maria Isabel de Matos Rocha [1]

"Não se protege a criança deixando de escutá-la"

(Veleda Dobke)

INTRODUÇÃO

O presente trabalho relata a experiência da técnica do "depoimento especial" que é um tipo de inquirição judicial especializada de crianças e adolescentes vítimas de violência, feita pelo Poder Judiciário do Brasil, com foco nos serviços implantados no Estado de Mato Grosso do Sul.

Trata-se de uma técnica especializada para colher o depoimento de crianças e adolescentes vítimas, em audiências judiciais de processos que em maioria envolvem atos de violência de gênero e do tipo sexual, onde a vulnerabilidade das vítimas justifica uma oitiva especializada, visando reduzir o sofrimento e os danos psicológicos dos depoentes vítimas, assim com gerar prova mais segura para a responsabilização dos agressores.

Este trabalho relata sobre o sistema implantado no Estado de Mato Grosso do Sul desde 2014, que já contabiliza centenas de depoimentos prestados por menores de 18 anos em moldes especializados.

O estudo relata brevemente como surgiram as práticas de escuta especial no panorama internacional, no Brasil e no Estado de Mato Grosso do Sul, refere motivações e precursores, informa fundamentos legais, noticia brevemente sobre o Projeto de Lei nº 3792/2015[2] e divulga e analisa dados estatísticos do serviço implantado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul[3].

Finalmente, apresenta propostas para que este sistema de oitiva alcance objetivos de proteger a vítima e obter uma prova mais segura:

1) Que o Poder Judiciário priorize o funcionamento do serviço em todas as comarcas, aliado à ampliação da quantidade de Varas Especializadas ou de competência privativa em Crimes contra Crianças e Adolescentes.

2) Que a produção antecipada da prova "depoimento especial" seja garantida por ações integradas que permitam a entrevista da vítima em tempo breve próximo da data do fato, evitando-se a repetição de sua narrativa para vários órgãos de atendimento;

3) Que haja mecanismos de monitoramento do Serviço, com avaliação contínua do funcionamento e dos resultados, bem como colheita e sistematização de dados estatísticos, com divulgação à sociedade;

1 Desembargadora do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

2 Essa lei, que ainda depende de aprovação no Senado, estabelecerá o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência e consagrará o direito de a criança ser atendida e ouvida e o modo como isso deverá ser feito.

3 Dados colhidos junto à Central do Depoimento Especial, instalada em Campo Grande,MS, desde sua instalação em 2014 até novembro de 2016.

4) Que haja investimento em ações complementares destinadas a garantir que o sistema de garantia de direitos e a rede de atendimento à criança observem a prioridade das crianças e as questões de gênero, com ênfase especial na formação permanente dos juízes, promotores, defensores, advogados e equipes médicas e psicossociais visando um desempenho articulado não machista nem adultocêntrico.

O Anexo ao final do artigo contém figuras com fotografias ilustrativas do texto e gráficos a respeito dos dados estatísticos do serviço de Depoimento Especial em Mato Grosso do Sul

FUNDAMENTAÇÃO

1 Dificuldades e limitações no sistema tradicional de colheita de depoimentos de crianças e adolescentes vítimas de violência (sobretudo violência sexual de gênero)

Quando uma criança ou adolescente revela que foi vítima de violência sexual, sobretudo quando o abuso é intrafamiliar, pode não alcançar a credibilidade de seus familiares, já que a família busca preservar o equilíbrio das relações existentes. Também nas instâncias sociais e de poder a vítima pode se sentir desacreditada, quando é obrigada a repetir os relatos muitas vezes.

As instâncias judiciais por regra não possuem um ambiente protegido para a criança relatar a experiência traumática do abuso, nem profissionais capacitados para ouvir, ao contrário, tais ambientes são permeados de *"uma cultura adultocêntrica tomada por uma formalidade que beira o absurdo, dado o rigorismo nos atos processuais*"[4], por isso, estas oitivas geram revitimização ou vitimização secundária derivada da "violência institucional".

No depoimento tradicional, **a criança está sujeita a cruzar com o agressor nos corredores do Fórum, e tem de falar** no ambiente formal de uma sala de audiência judicial, na presença de adultos, quase sempre figuras masculinas de poder (juiz, promotor, advogados e o próprio agressor), respondendo a perguntas que as partes lhe fazem diretamente (segundo prevê o art. 212 do Código de Processo Penal do Brasil).

Essa sala de audiências **é um a**mbiente hostil à criança, pela postura inquisitiva e adversarial dos **profissionais do Direito que usam tratamento cerimonioso e formal**[5] **e uma linguagem técnica incompreensível para a criança**[6]**, não respeitam sua linguagem, seu tempo, seu silêncio**[7]**, ou mesmo mostram dúvida sobre sua palavra ou conduta, com perguntas agressivas, irônicas, indutoras,** tendenciosas ou sugestivas, **que podem até de algum modo culpabilizar a vítima.**[8] **Ainda** a vítima tem de lidar com o peso da responsabilidade que indevidamente recai sobre ela, pelo risco da condenação do agressor, pelo medo da dissolução a família, medo de retaliações do agressor, além da dor da memória (devido a repetidas inquirições).[9]

4 Nas palavras de Emy Karla Yamamoto Roque (2010, p. 9).

5 P. ex: Chamar a criança ou adolescente de "senhor" ou "senhora".

6 P. ex: Utilizar vocabulário jurídico contido no processo, como: "lascívia", "concupiscência", "libidinosos", "genitália".

7 P. ex: Não permitir o "tempo" da criança, interrompendo-a ou apressando-a.

8 P. ex: Perguntas que sugerem atribuir à própria criança conduta que a culpabiliza pelo abuso: "Por que você não pediu ajuda?, Por que você não contou para ninguém naquela época?, Porque você não fugiu? Por que você aceitou ir com ele?"

9 A publicação *"Desafios da oitiva de crianças no âmbito forense", da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (2009) cita alguns exemplos de práticas e perguntas inadequadas (*Cf. STEIN, Lilian Milnitsky, PERGHER, Giovanni Kuckartz e FEIX, Leandro da Fonte, Ob Cit., p. 18 e 19).

O **ambiente intimidador, o** formalismo e a frieza das práticas judiciais **geram** sentimentos de medo e vergonha, sofrimento muitas vezes expressado por choro e silêncios invencíveis; isso explica a dificuldade de crianças sustentarem seus depoimentos em momentos sucessivos (GOODMAN et al., 2009), e, se a criança está abalada psicologicamente, não fala ou fala pouco, seu testemunho pode ser inseguro e não ser validade como prova, impedindo a condenação do agressor e gerando impunidade.

O choro e os silêncios angustiados das pequenas vítimas foram alertando e sensibilizando juízes e suas equipes até eles reconhecerem: "*nós não estamos capacitados para isto!"*. Daí surgiu a preocupação de adaptar o ato de oitiva à condição de maior fragilidade da criança, visando minimizar seus danos psicológicos e também obter uma prova melhor: assim nasceram as práticas de depoimentos especializados, adotadas em vários países, a partir de parâmetros da normativa internacional.

2 A oitiva especializada de crianças e adolescentes e sua inspiração na normativa internacional

Muitos questionam: É mesmo necessário ouvir a criança vítima?

Alguns defendem que se dispense o relato da vítima, para melhor protegê-la e não revitimizá-la, porém assim a criança pode sentir que o adulto não quer ouvir sua experiência, da mesma maneira como as pessoas não queriam acreditar no abuso, e assim se reforça o abuso com o segredo, que pode chegar à "síndrome de adaptação" ou mesmo causar a retratação das declarações.

Cabe lembrar que o depoimento da vítima menor de idade muitas vezes será a principal prova, por vários motivos: a) devido à ausência de testemunhas (já que o abuso sexual e sobretudo o intrafamiliar é crime cometido na clandestinidade, na intimidade do ambiente doméstico); b) devido à ausência de lesões ou vestígios que possam ser constatados no exame pericial médico - legal, em alguns crimes sexuais que não consistem em relação sexual completa que possa deixar vestígios[10]; c) devido ao fato de o exame médico-legal nem sempre ser conclusivo, porque realizado muito tempo após o fato (sobretudo nos casos de abuso intrafamiliar, que segundo os pesquisadores é um dos mais frequentes[11], e é o que mais demora a ser revelado pela criança e noticiado às autoridades [12]).

Então, o depoimento da criança no processo criminal muitas vezes é a única prova possível, e, se for dispensada, pode impedir a responsabilização criminal.

A normativa internacional obriga a respeitar o interesse e a opinião da criança em tudo que lhe diz respeito, em função da sua idade e maturidade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, em seu art. 12, § 2º garante o direito da criança ser ouvida e que sua opinião seja levada em consideração em *"**todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma**, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado em conformidade com as regras processuais da legislação nacional"*.

Costuma-se aplicar tal princípio em ações judiciais de Varas de Família ou de Infância, quando a opinião da criança é relevante para decidir sobre guarda ou adoção, porém também deve aplicar-se ao processo criminal que cuida de crimes sexuais, porque este pode cumprir função reparadora para a vítima, e portanto é processo de seu direto interesse.[13]

10 O abuso sexual e a tipificação do art. 217-A do Código Penal dispensam a cópula completa, podem consistir em masturbação, beijos, passar a mão em regiões íntimas, carícias íntimas, sexo oral.

11 Patrícia Calmon Rangel (2008, p.17 e p. 20) relata que 80% e 90% das ocorrências do abuso sexual são praticadas por pessoas conhecidas ou aparentadas da criança.

12 Maria Regina Fay Azambuja explica que a família onde ocorre incesto faz de tudo para dificultar a revelação e a criança não encontra apoio e só consegue revelar após longo tempo (2004, p. 130/131).

13 Do processo penal pode resultar a condenação do agressor, retirando a culpa que é impingida à vítima pela própria família e sociedade que muitas vezes lhe imputam ser o pivô dos crimes dos quais ela é apenas vítima.

Ademais, esse resultado do processo criminal (condenar ou não, prender ou não o agressor, que pode ser familiar da vítima) pode resultar em drásticas mudanças familiares, alteração de guarda de crianças ou perda do poder familiar dos pais, então, justifica-se que a criança seja sempre ouvida, pois trata-se da vida dela que está sendo decidida.

Claro que esse interesse de ouvir a criança tem limites do respeito a seu silêncio e intimidade, por isso, se preferir não falar, ***"devem ser respeitadas as condições subjetivas que muitas vezes os colocam sem condições de se expressarem sobre a violência vivida ou presenciada." (***AMORIM, 2010, p.5).

A normativa internacional trouxe parâmetros para essa oitiva especializada. A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em 25 de maio de 2000, o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança, promulgado pelo governo brasileiro (BRASIL, 2004), reconhecendo a necessidade de proteção das crianças vítimas e testemunhas em todos os estágios do processo judicial criminal, devendo o Estado informar sobre seus direitos e o andamento dos processos, considerar suas opiniões, dar-lhe apoio, proteger sua privacidade e segurança e evitar demora desnecessária nos processos.

A Resolução 20/2005 (ECOSOC, 2005) do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas segue no mesmo sentido: reconhece a criança vítima como capaz de fala e de testemunho, valoriza seu protagonismo e garante seu direito à privacidade, reparação e assistência, devendo ser tratada com dignidade, ser protegida de discriminação, ser informada, ser ouvida e ser protegida de sofrimentos no processo, recomenda inclusive redução do número de declarações (por exemplo, utilizando gravação em, vídeo).

A publicação *"Depoimento sem medo (?): culturas e práticas não-revitimizantes : uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes"*[14] identificou práticas de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais em 28 países nos cinco continentes, sendo o maior número de experiências em países da Europa (36%) e a América do Sul vem em segundo lugar (25%).

A "Cartografia" relata práticas de oitiva especial que se iniciaram na década de 1980 (Israel, Canadá e Estados Unidos), e tiveram lento crescimento até o ano 2000, ocorrendo aceleração maior a partir de 2005, com o advento da Resolução Ecosoc nº 20/2005: a partir daí, o número de experiências de depoimento especial praticamente duplicou [15].

Em 2011, o Parlamento Europeu e o Conselho da Europa editaram a Diretiva 2011/92/EU, com recomendação específica sobre a oitiva especial de crianças e adolescentes[16].

Na América Latina, o marco de implantação dessas experiências ocorreu na Argentina, que regulamentou no ano 2003 a utilização da Câmara Gesell, por meio da Lei Federal nº 25.852/2003, de autoria do Dr. Carlos A. Rozanski, juiz federal. O uso dessa Câmara já ocorria com fins terapêuticos desde o ano 1990, influenciando os países da América do Sul e Central. No Brasil, o "depoimento especial" inicia-se a partir de 2003, como será relatado abaixo.

14 Cf. SANTOS, B. R., e GONÇALVES, Itamar Batista (coordenadores). ***Ob. Cit.*** *2. ed.*. São Paulo, SP: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009, p. 39.

15 Cf. referências legais a respeito em vários países: França – CPP, art. 706-52 e 706-53, Itália – CPP, art. 398.5-bis, Portugal – CPP, art. 271, Espanha – LECrim, art. 433.3, Argentina – CPP Federal, art. 250-bis.

16 O art. 20, itens 3 e 4, recomenda uma oitiva rápida por profissionais qualificados, de preferência sempre as mesmas pessoas, e com número de inquirições o mais reduzido possível, gravadas por meios audiovisuais.

3 Descrição e objetivos da técnica de inquirição especializada de crianças e adolescentes vítimas de violência

Como deve ser feita a inquirição especializada das crianças e adolescentes?

As metodologias recomendam o uso de técnicas especializadas de entrevista forense, com gravação em vídeo para criar um registro fiel da declaração da criança.

A tomada de depoimentos tem seguido basicamente duas abordagens: *Closed Circuit Television* (CCTV) e Câmara de Gesell. A maior parte dos países (64%) utiliza o sistema CCTV, que coleta depoimentos por meio de um circuito fechado de televisão e de videogravação. Os outros 34% dos países utilizam a Câmara de Gesell, que utiliza duas salas divididas por um espelho unidirecional.

A experiência da Inglaterra teve marco legal em 1991, por meio da *Criminal Justice Act (*Lei da Justiça Criminal), que permite a videogravação de depoimentos de crianças vítimas ou testemunhas em procedimentos penais e sua utilização como prova principal[17].

A Câmara Gesell consta de duas salas divididas por espelho (espelho de um lado e vidro transparente de outro), a criança sabe que tudo está sendo gravado e filmado, o entrevistador estabelece um bom "rapport " inicial com a criança e a entrevista é semi guiada.

Em alguns países se exige que a entrevista seja gravada e filmada em um único momento e não seja repetida para que não seja revitimizada a criança (no Peru a chamada " sala de entrevista única" foi implantada em 2006).

No Brasil, a criança é acolhida em ambiente separado da sala de audiência e ali ela é ouvida por profissional habilitado no uso da entrevista cognitiva, a colheita e registro do depoimento são feitos por teleconferência, utilizando dois ambientes separados e equipamentos eletrônicos para registro de áudio e de imagem, em sigilo processual, com acesso apenas pelas partes e profissionais do processo.

4 Marcos legais e prática do depoimento especial no Brasil

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e seus arts. 3º e 12 têm princípios repetidos no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 18, 28 § 1º e 100, parágrafo único, inciso XII, consagrando a obrigatoriedade de oitiva de crianças e adolescentes e a assessoria de equipe técnica interprofissional.

Porém não há regras expressas na lei brasileira que contemplem a especificidade do depoimento infantil e juvenil.

Alguns dispositivos do Código de Processo Penal sinalizam para um maior respeito e humanização na inquirição da vítima: é o caso do art. 201 § 4º do CPP (reserva espaço separado para o ofendido), § 5º (encaminha o ofendido para atendimento multidisciplinar psicossocial, assistência jurídica e saúde) e § 6º (preserva intimidade, honra e imagem do ofendido, inclusive com segredo de justiça).

O art. 217 do CPP diz que a testemunha deve depor na sala de audiências com a presença do réu, mas o juiz pode usar a videoconferência ou até mandar retirar o réu da sala, prosseguindo com a presença do seu defensor, se verificar que a presença do réu causará temor, insegurança, humilhação ou intimidação do depoente.

17 A experiência é mais disseminada em países de língua inglesa e em alguns países asiáticos.

O CPP prevê a produção antecipada de provas urgentes (CPP, art. 156, I e art. 225), em tempo breve após o fato. No caso de crianças, elas devem ser ouvidas poucas vezes e por poucos profissionais, em respeito ao princípio da intervenção mínima e precoce, previsto no art. 100 do ECA.

Essas normas processuais ainda são tímidas para garantir a inquirição especializada de crianças e o respeito às condições peculiares de seu desenvolvimento, então, as práticas revitimizantes persistem no Brasil, como assinalou Veleda Dobke [18], que apontou os danos secundários da inquirição, causados às vítimas de abuso sexual infantil.

Esta situação só começou a mudar a partir dos estudos de Dobke e a implantação da experiência pioneira da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, RS, em 2003, tendo à frente o Juiz José Antonio Daltoé, que inaugurou uma escuta de crianças mais humana e diferenciada.

E os Tribunais foram validando essa prática. O Superior Tribunal de Justiça validou a produção antecipada de prova de depoimento especial de crianças e adolescentes, justificando com a necessidade de proteção da vítima, e a "possibilidade de esquecimento dos fatos pelos possíveis traumas psicoemocionais sofridos e pelo próprio decurso do tempo, sem prejuízo de influências ocasionadas por pressões no âmbito familiar" [19].

A prática brasileira do depoimento especial foi objeto de pesquisa realizada entre 2011 e 2012, com coleta de dados do sistema judicial, redundando na publicação ***Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte***, que apresenta o mapeamento e a compilação desses dados estatísticos[20].

Foram identificadas 42 experiências desenvolvidas em 15 estados brasileiros e no Distrito Federal. Seus autores afirmam que a experiência iniciada no Rio Grande do Sul constituiu ***"um divisor de águas na temática do testemunho infantil no Brasil por seu alto poder de replicação",*** já que o número de salas cresceu mais de 20 vezes desde 2003, quando foi criada essa primeira sala de depoimento especial.[21]

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reconheceu a necessidade de um depoimento adaptado à condição da criança, ao editar a Recomendação n. 33/2010 que orienta os tribunais a:

> I - implantarem um sistema de vídeogração em ambiente separado da sala de audiências; II - realizarem a escuta com profissionais capacitados no uso da entrevista cognitiva; III – esclarecerem a criança ou adolescente sobre o motivo e efeito de seu depoimento; IV – prestarem apoio e encaminhamentos médicos e assistenciais da vítima e familiares; V – garantirem o princípio da atualidade, colhendo o depoimento em tempo mais próximo da data do conhecimento do fato.

No Brasil o "depoimento especial" ocorre sobretudo em processos criminais e processos da Infância e Juventude e os entrevistadores são em maioria psicólogos ou assistentes sociais das equipes forenses[22], porém, não é obrigatória a qualificação de psicólogo para ser entrevistador, o que abre leque de opções de capacitar outros servidores para tal atuação, em casos de escassez de equipes técnicas.

18 Cf. Veleda Dobke. **Abuso Sexual: A inquirição das crianças - uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre**:** Ed. R. Lenz, 2001, 101 p.

19 Cf. o *Habeas Corpus* 2012/0081742-5 (Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data do Julgamento 14/08/2012. Publicação DJ 23/8/2012)

20 Cf. SANTOS, Benedito Rodrigues, GONÇALVES, Itamar Batista, VASCONCELOS, Maria Gorete O. M., BARBIERI, Paola Barreiros, VIANA, Vanessa Nascimento . Ob. Cit. São Paulo, SP : Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013).

21 A pesquisa informa que a maioria (55%) dos ambientes especiais está na Região Sul do país (Rio Grande do Sul e Paraná), em segundo lugar vem a Região Sudeste, com 17% das salas, seguida da Região Nordeste, com 15%, Região Centro-Oeste, com 8% e a Região Norte, com 5%. (Ob. Cit., p. 46, 50, 53).

22 O CPP prevê que seja a vítima informada de seus direitos e que tenha acesso a atendimento psicossocial e de saúde (art.201, § 5º do CPP) e ninguém melhor do que um profissional da área psicossocial para desempenhar o pós-acolhimento e os encaminhamentos citados.

5 Implantação do depoimento especial no Estado de Mato Grosso do Sul

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, atendendo a proposta da Coordenadoria da Infância do Tribunal, implantou o Depoimento Especial em 2014, regulamentando o funcionamento da Central do Depoimento Especial na PORTARIA N. 548/2014, que prevê a videogravação para registro do depoimento: a criança fala ao entrevistador em sala separada perante câmera de vídeo e microfone de ambiente, e o entrevistador comunica-se através do microfone de lapela e ponto de som no ouvido com Juiz, Promotor, Advogado (que ficam em outra sala), enquanto estes assistem ao depoimento da criança em tempo real por uma televisão.

O entrevistador acolhe a criança ou adolescente e seu responsável, informa seu papel e funcionamento da audiência, e usa preferencialmente a técnica da Entrevista Cognitiva, iniciando com o acolhimento (*rapport*) e depois incentivando o relato livre do fato, depois o entrevistador repassa questionamentos feitos pelos operadores de direito que estão na outra sala, evitando perguntas sugestivas, impertinentes, agressivas, preferindo perguntas abertas para não induzir o depoente, e ainda respeitará eventuais silêncios e manifestações emotivas da criança, assim como o seu direito de não falar.

O Art. 7º da citada Portaria estabeleceu como parâmetros:

> 1) o princípio da atualidade, minimizando o tempo entre o conhecimento do fato e o depoimento; 2) a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou advogado; 3) a presença apenas do entrevistador e do depoente na sala do depoimento (admitido um responsável da criança se necessário); 4) a gravação de áudio e imagem do depoimento com sigilo do arquivo audiovisual; 5) a degravação do áudio para acesso pelas partes do processo.

O registro visual e verbal constitui documentação dos gestos e expressões faciais, sinais, olhares, além da palavra, que podem ser revistos muito tempo depois por outros profissionais (até em caso de haver recursos das sentenças).

A previsão de rápida oitiva da vítima em juízo (o mais próximo possível da data dos fatos) abre espaço para a produção antecipada de provas, para que tal prova sirva para todas as fases processuais, e possa ser consultada e disponibilizada em outros processos da criança, evitando que ela tenha que repetir sua fala em vários momentos.

O Art. 6º prevê a atuação de uma Equipe de Proteção, que encaminha a vítima ou sua família aos serviços de apoio e assistência à saúde física e psíquica, quando necessário e os artigos 13 e 14 prevêm o Programa de Avaliação Continuada visando padronização dos procedimentos e monitoramento dos resultados.

A Regulamentação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul deixou em aberto a área de formação do entrevistador, não exigindo que seja um psicólogo, pois a experiência mundial indica que outros profissionais podem ser entrevistadores[23] , desde que sejam capacitados no uso da entrevista cognitiva. Todavia, como essa matéria da entrevista cognitiva é de conhecimento dos psicólogos, isso torna naturalmente mais fácil a eles essa habilidade, o que explica a sua atuação em muitos países [24].

Não restringindo a área de formação, há maior maleabilidade para capacitar entrevistadores oriundos de várias áreas (áreas humanas e de saúde, educadores, pedagogos ou profissionais do Direito), o que permite suprir escassez de profissionais, pois nem todas as comarcas contam com psicólogo ou assistente social.

23 Como nos Estados Unidos, África do Sul, Austrália, Canadá, Cuba, Escócia, Franca, Índia, Inglaterra, Israel, Jordânia, Malásia, Noruega, Nova Zelândia, Suécia (cf. B. R. Santos & Gonçalves, 2009).

24 Por isso Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Espanha – Catalunha, Lituânia, Paraguai e Peru dão lugar de destaque a este profissional para tais entrevistas (B. R. Santos & Gonçalves, 2009).

6 O futuro: A consagração legal do " depoimento especial"

A consagração na lei brasileira do "depoimento especial" está prevista no Projeto de Lei nº 3792/2015, que ainda depende de aprovação no Senado Federal. Essa lei estabelecerá o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência e consagra o direito de a criança ser atendida e ouvida e o modo como isso deve ser feito.

O Art. 8° prevê ações articuladas dos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social e saúde, para humanização do atendimento, não revitimização das vítimas e responsabilização do agressor, com capacitação interdisciplinar de profissionais e atendimento coordenado, célere e prioritário e com tanta maior urgência quanto mais nova for a vítima.

Em seus incisos o artigo 8º prevê: VI - identificação de situações que preconizem antecipação do atendimento à vítima; VII - reconhecimento de interdependência dos campos de ação entre segurança, assistência social e saúde, VIII - integração do atendimento, com entrevista avaliativa da vítima e evitando-se a repetição de seu relato perante outros órgãos de atendimento.

O Art. 5º estabelece que a criança deve ***"VI - ser ouvida, expressar suas opiniões e preocupações e participar, na medida de seu desenvolvimento e de sua vontade, das decisões que lhe digam respeito, assim como permanecer em silêncio".***

O artigo 4º, § 3° prevê oitiva da vítima na forma de: 1) Escuta qualificada (entrevista perante os órgãos especializados da saúde, assistência social ou segurança pública por profissional qualificado para registro dos fatos e a análise sociopsicológica da vítima e de seu contexto familiar e 2) Depoimento judicial especial, mediante procedimento regulamentado no artigo 23 e seguintes, com bastantes especificações previstas no artigo 26.

O art. 23 prevê que a escuta seja em local acolhedor, com mobiliário próprio e adequado às diferentes faixas etárias e que permita o resguardo de privacidade, e inclusive impõe dever de garantir que a vítima não se encontre com o acusado antes, durante ou depois do depoimento, inclusive criminalizando conduta do servidor que descumprir tal cautela[25].

E o artigo 26 detalha como será a atuação da equipe multidisciplinar que:

> I - preparará a criança depoente, informando-a de seus direitos e dos procedimentos, vedada a leitura da denúncia ou peças processuais que possam sugestionar falsas memórias; II - caso a vítima se recuse a depor, será informada sobre as implicações no processo e deve garantir-se entrevista com o seu defensor e com o Ministério Público; III - a equipe velará pela fala livre da criança, intervindo só quando necessário com questões abertas e não sugestivas; IV - o depoimento da criança será visualizado pelo Juiz, pelo indiciado ou acusado e seu defensor e pelo Ministério Público, por meio de transmissão eletrônica; V - pode haver perguntas complementares (do Juiz, Ministério Público, defensor, assistentes técnicos) repassadas ao entrevistador; VII - o profissional poderá simplificar a linguagem e os termos da pergunta, para melhor compreensão da criança ou adolescente; VIII - as metodologias devem seguir protocolos reconhecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, que reduzam o trauma da criança e evitem sua revitimização; IX - os depoimentos serão gravados em meio eletrônico ou magnético, cuja transcrição e mídia integrarão o processo, para que possam ser usados nesse processo e demais processos em que o fato for relevante, evitando-se sua repetição.

25 Art. 23. § 1°: "Nos procedimentos policiais e judiciais, a criança ou adolescente tem o direito de ser resguardado de qualquer contato com o acusado, inclusive visual, antes, durante ou depois de seu depoimento, sujeitando-se o servidor a responder por crime de constrangimento ilegal, se não se configurar crime mais grave".

O § 8° garante tramitação em segredo de justiça e a segurança da mídia para evitar a sua indevida utilização em desrespeito ao direito à intimidade e privacidade da vítima.

A propósito o Projeto de Lei prevê como crimes "*violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente vítima seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização da vítima*"[26] e "*divulgar pela Internet, televisão ou qualquer meio de comunicação depoimento de criança ou adolescente vítima de violência, colhido em procedimento previsto em Lei*[27].

Prevê-se atuação articulada de várias Varas Judiciais, a partir de um só depoimento disponibilizado a todas[28].

Se a vítima quiser prestar depoimento diretamente ao Juiz, será informada sobre a dinâmica da audiência, e serão tomadas cautelas adicionais para protegê-la nessa forma tradicional de depor.[29]

7. Estatística dos serviços de Depoimento Especial em Mato Grosso do Sul.

O serviço de Depoimento Especial iniciou-se em Campo Grande/MS em 2014, e foi depois gradualmente estendido a outras doze cidades do Estado [30], priorizando as comarcas maiores, assim, as equipes das sedes podem fazer oitivas nas comarcas próximas, atendendo a necessidade de comarcas pequenas que não possuem equipe especializada.

Desde a instalação, de 10/06/2014 até 29/09/2016, o serviço já realizou 246 audiências[31], sendo 97% dos casos processos da Capital Campo Grande. Os dados mostram maior celeridade dos processos da Vara Especializada da Capital, e apontam o restrito funcionamento do sistema em outras cidades (que realizaram um número reduzido de audiências).

O número de crianças e adolescentes ouvidos soma 290, as crianças ouvidas foram 236 e os adolescentes 54.

A maioria das crianças ouvidas são do sexo feminino (223) e 67 são do sexo masculino.

Os abusadores são em maioria do sexo masculino com idade entre 30 e 48 anos: 262 das crianças/adolescentes foram abusadas por pessoas do sexo masculino e 28 crianças/adolescentes foram abusadas por pessoas do sexo feminino.

Das 290 crianças ouvidas, 30% foram abusadas pelo padrasto, 11% pelo pai, 10% por tios, 3% pela mãe, e o restante por pessoas do convívio familiar como: professor, irmão, vizinho, namorado e bisavô.

26 Segundo o artigo 29, crime punido com Pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

27 Segundo o art. 30, crime com Pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa, pena agravada no Parágrafo único com aumento de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-lo, ou for parte no processo.

28 O § 6°prevê tomada unificada do depoimento nas varas criminal e da infância, se há coautoria de adultos e adolescentes e o § 7° prevê que se envie cópia da declaração às varas de família ou da infância e da juventude.

29 Nesse caso o Juiz tomará as medidas para a preservação da intimidade e privacidade da vítima e o respeito ao seu direito a tratamento digno por todas as partes, especialmente quanto às perguntas dirigidas. O profissional verificará se a presença do réu ao ato poderá colocar a criança em situação de risco ou prejudicar o depoimento, caso em que não será autorizada a sua presença na sala de audiência, nos termos do artigo 217 do Código de Processo Penal. Havendo risco à vida ou integridade física da vítima, o Juiz fará registrar no processo apenas a sua voz, garantindo-se sigilo aos dados pessoais da vítima e de sua família.

30 Dourados, Aparecida do Taboado, Itaquiraí, Nova Alvorada, Miranda Corumbá, Iguatemi, Ivinhema, Bonito, Maracajú, Aquidauana e Coxim.

31 Em algumas audiências foram ouvidas várias crianças.

Os dados corroboram estatísticas oficiais brasileiras da Secretaria Especial dos Direitos Humanos [32]e do Ministério da Saúde[33] que atestam que a violência ocorre nos moldes de violência intrafamiliar e relacionada com as questões de gênero, envolvendo duas desigualdades básicas (de geração e de gênero), pois a maioria das vítimas são menores de idade do sexo feminino e a maioria dos abusadores são adultos do sexo masculino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pesquisadores têm louvado a perspectiva que considera a proteção da vítima mas não esquece o interesse da punição do agressor, em matéria de abuso sexual; Eles salientam sua importância inclusive simbólica, para as crianças vítimas, conforme Morgan e Zedner :

> "(...) primeiro, valida a experiência, deixando claro que o comportamento do ofensor é inaceitável; segundo, uma persecução exitosa pode ajudar a criança a superar a culpa de que normalmente sofre como resultado do ato pelo qual não é responsável e nos quais foi apenas envolvida por causa de sua vulnerabilidade. Finalmente, pode ajudar a quebrar o ciclo de abuso. Um dos mais importantes fatores para a restauração da saúde mental da criança abusada é de compelir o abusador a assumir responsabilidade pelo que foi feito. Isto apenas pode ser feito se for publicamente reforçada a verdade da palavra da criança, enfatizando que a criança em sentido algum deve ser vista como culpada e veemente se colocar o peso da culpa no ofensor" (MORGAN; ZEDNER, 2003, p. 115).

Também Yolande Govindama aponta a função simbólica da lei penal nos casos de abuso sexual, quando a intervenção da lei reprime o ato implicando a significação do interdito e a rememoração do tabu que foi transgredido. Com isso, a lei reintroduz o respeito da ordem genealógica que preserva a diferença de gerações e garante os interesses da filiação (GOVINDAMA, 2006, p. 13).

Segundo tais entendimentos, o simbolismo do processo judicial, o ato de julgar visto como uma experiência social, pessoal e jurídica que exprime o dever-ser ideal, permitiria à criança reconhecer-se como vítima, facilitando o trabalho psíquico sobre o trauma, que lhe garantirá superar essa condição. O terceiro que faltou por ocasião do abuso sexual, é agora representado pela justiça, que regula o conflito, guarda uma distância e procura o equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade (MORE, 2006, p. 37-39).

Isto confirma o acerto dos objetivos de um depoimento judicial minimizador de danos, mas também viabilizador da responsabilização do agressor.

Por isso, cabe monitorar se esse tipo de depoimento de fato consiste em prova mais segura, se ocorre ou não validação da queixa da vítima que relata o abuso, e se ocorre maior responsabilização do agressor. Por regra e partindo da tese de que a vítima em princípio esteja dizendo a verdade quando relata o abuso e seu autor[34], a sua fala produzida nos moldes de depoimento especial deveria ser prova mais segura a permitir a responsabilização do agressor.

32 Dados da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH, 2009) indicam o abuso sexual como principal demanda nas denúncias do " Disque 100", e as meninas como maiores vítimas (62%).

33 O Sistema de Informação de Agravos de Notificação, do Ministério da Saúde (SINAN/MS) , que registra as fichas de notificação feitas pelo gestor de saúde do SUS, no ano de 2011, registrou incidência maior de vítimas do sexo feminino e registrou , na violência sexual, o percentual de 83,2% de vítimas do sexo feminino, o que prova de forma contundente a violência de gênero (cf. ***o Relatório Avaliativo ECA 25 Anos*** da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília, 2016, p. 71)

34 Claro que essa regra comporta exceções, o que desafia a necessidade de capacitação das equipes profissionais para colher a prova e analisá-la criticamente.

Cabe porém reconhecer a falta de pesquisas científicas incidindo sobre universos significativos, que permitam confirmar se ocorre essa suposta correspondência entre depoimento especial e uma prova mais segura, ou se tal depoimento especial não constitui prova segura, e quais os motivos dessa falha.

Faltam também pesquisas sobre a suposta esperada correspondência entre prova melhor e uma maior responsabilização do agressor, pois não conhecemos pesquisas de dados estatísticos comparando percentuais de sentenças destes casos (se são condenatórias ou absolutórias) ou comparando seus fundamentos (sobretudo no aspecto de validação ou não validação da palavra da vítima).

O que vemos de modo empírico é que muitas decisões judiciais de primeira e de segunda instância absolvem os acusados, sob fundamento de não validarem os depoimentos das crianças, o que pode ter várias explicações: 1) ou ainda não há disseminação do depoimento especial; 2) ou, mesmo ouvida em depoimento especial, a vítima não confirma o abuso ou sua autoria; 3) ou os julgadores não atribuem credibilidade à fala da vítima, mesmo que ela afirme o abuso.

Neste último caso, caberia pesquisar : 1) se os fundamentos das decisões judiciais invocam o contexto probatório (apto ou não a desmerecer o depoimento da vítima); 2) se ocorrem relatos das vítimas inverídicos (ou seja, se ocorre um percentual alto de "falsas memórias" ou falsas incriminações, que possam ser identificadas como tal); 3) quanto a este último limitador, caberia pesquisar se ele foi percebido pelos profissionais (ou seja, caberia pesquisar se as perícias dos processos, a técnica do depoimento especial e mesmo a serena avaliação dos magistrados estão atentos a essa possibilidade e têm competência para reconhecer sinais que apontam nesse sentido); 4) Finalmente, caberia pesquisar se persistem visões machistas e adultocêntricas permeando a visão dos profissionais da área jurídica que minimizem a fala da vítima, ainda que revestida de credibilidade.

PROPOSTAS

Visando enfrentar estas limitações e dificuldades, enunciamos as seguintes propostas:

1) Que o Poder Judiciário priorize a implantação do depoimento especial em todas as comarcas ou ao menos em comarcas pólo (permitindo deslocamento de equipes a comarcas pequenas para que nelas também seja viabilizado o serviço);

2) Que a produção antecipada do depoimento especial seja garantida por ações integradas (de segurança, assistência social, saúde e justiça) garantidas por protocolos de atendimento e/ou dispositivos legais que permitam identificação de situações, intervenção e entrevista da vítima em tempo breve, evitando-se a repetição de sua narrativa perante vários órgãos de atendimento.

3) Que o serviço de depoimento especial conte com mecanismos técnicos de monitoramento e avaliação contínua do seu funcionamento e resultados.

4) Que seja criado um sistema permanente de colheita, tratamento e sistematização de dados estatísticos sobre crimes contra crianças e adolescentes e sobre os serviços de depoimento especial[35], com sua divulgação à sociedade.

5) Que o Poder Judiciário promova medidas que preparem e facilitem a imediata execução do sistema de depoimento especial como previsto no Projeto de Lei 3792/2015, tão logo este seja aprovado.

35 Por exemplo: dados sobre a idade e sexo das vítimas e dos acusados agressores; dados sobre o tempo entre o fato e a escuta da criança, dados sobre o tempo de tramitação do processo até decisão final ; dados sobre as decisões (condenações ou absolvições em sentenças e acórdãos) e seus fundamentos (se validam ou não validam o relato da vítima); dados sobre quantas crianças foram ouvidas mediante depoimento especial, etc.

6) Que o Poder Judiciário e o Poder Executivo desenvolvam ações complementares para garantir que a rede de atendimento à criança observe a prioridade das crianças e as questões de gênero, com ênfase especial em: a) criação de mais varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente; b) formação permanente dos juízes, promotores, defensores, advogados e equipes médicas e psicossociais visando um desempenho articulado não machista nem adultocêntrico; c) promoção de estudos, seminários e campanhas de divulgação para enfrentamento da violência contra crianças / adolescentes.

Temos um caminho longo a percorrer na defesa de crianças/adolescentes vítimas de violência, porém o primeiro passo na busca de tal objetivo já foi dado com o depoimento especial.

E os demais passos virão. Depende de nós se virão mais devagar ou mais rapidamente.

REFERÊNCIAS

AMORIM, S.M.F. **Princípios norteadores da escuta da criança e do adolescente**. UFMS. Campo Grande: 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência Sexual Intrafamiliar:** É possível proteger a criança? Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

DOBKE, Veleda. **Abuso Sexual: A inquirição das crianças - uma abordagem interdisciplinar .** Porto Alegre**:** Ed. R. Lenz, 2001, 101 p.

ECOSOC. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Resolução 20/2005. Disponível em: http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20. pdf Acesso em: 17 set. 2014

GOODMAN, G. S.; OGLE, C. M.; TROXEL, N.; LAWLER, M. J.; CORDON, I. M. "Crianças vítimas no sistema judiciário: como garantir a precisão do testemunho e evitar a revitimização". In: SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B. (Coord.). **Depoimento sem medo** (?): culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil), 2009. p. 19–34.

GOVINDAMA, Y. "Préface". In: MORE, C. **Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?** Paris: L´Harmattan, 2006.

MORGAN, J.; ZEDNER, L. **Child victims: crime, impact and criminal justice.** Oxford, Clarendon Press: 2003.

MORE, C. **Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?** Paris: L´Harmattan, 2006.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Abuso Sexual Intrafamiliar Recorrente.** 8ª edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

ROQUE, Emy Karla Yamamoto (Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha). **A Justiça Frente ao Abuso Sexual Infantil -** Análise Crítica ao Depoimento Sem Dano e Métodos Alternativos Correlatos, com Reflexões sobre a Intersecção entre Direito e Psicologia. v. 1, 151 pg. Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, B. R., e GONÇALVES, Itamar Batista (coordenadores). **Depoimento sem medo:** Culturas e práticas não revitimizantes – Uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2. ed. São Paulo, SP: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos, GONÇALVES, Itamar Batista, VASCONCELOS, Maria Gorete O. M., BARBIERI, Paola Barreiros, VIANA, Vanessa Nascimento. **Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil:** o estado da arte– São Paulo, SP : Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013. 164 p.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS (SEDH) . **Disque Denúncia Nacional de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes - 100.** 2009. Disponível em www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/spdca/exploracao_sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia/>. Acesso em 07 dez. 2015.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Relatório Avaliativo ECA 25 anos.** Brasília, 2016, 141 p. Disponível em : http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2016/pdfs/relatorio-avaliativo-eca>. Acesso em: 02 out. 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky, PERGHER, Giovanni Kuckartz e FEIX, Leandro da Fonte. **Desafios da oitiva de crianças no âmbito forense.** Brasília-DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República/Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil. Projeto Culturas e Práticas não Revitimizantes: Reflexão e Socialização de Metodologias Alternativas para Inquirir Crianças e Adolescentes em Processos Judiciais, 2009, 77p.

ANEXO COM GRÁFICOS E FOTOGRAFIAS



Figura 1: Modelos de escuta especial de crianças



Figura 2 : Câmara Gesell

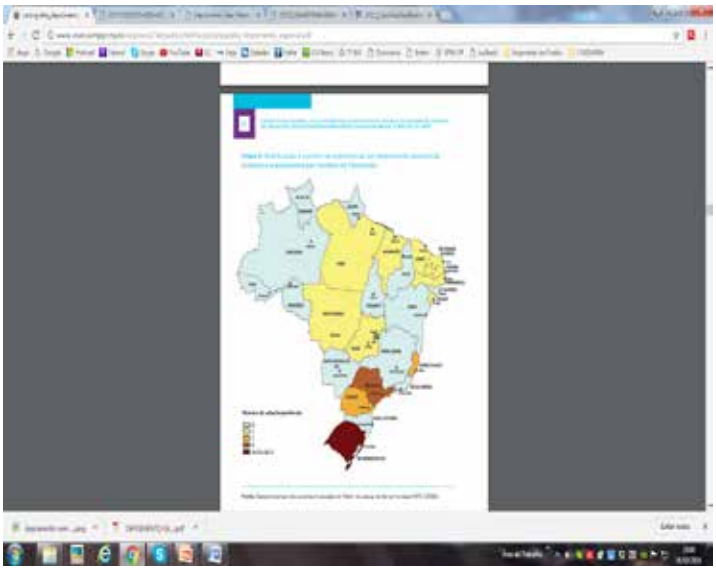


Figura 3: Cartografia de Experiências de Depoimento Especial no Brasil (2013)

***Fonte: Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte** (2013)*

Autores: SANTOS, Benedito; GONÇALVES, Itamar; VASCONCELOS, Maria Gorete; BARBIERI, Paola; VIANA, Vanessa Nascimento.



Figura 4: Central de Depoimento Especial Campo Grande MS: Planta das salas

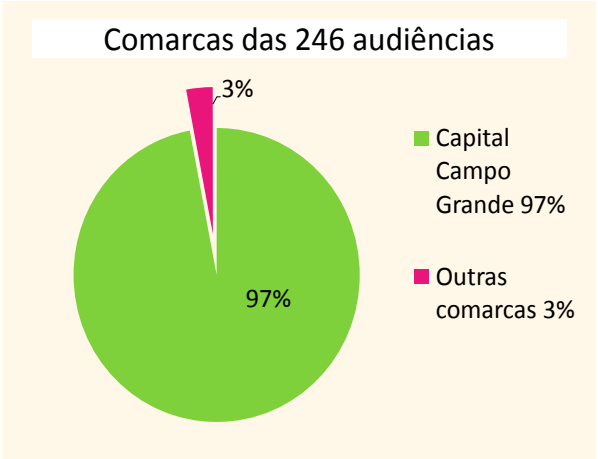


Figura 5: Comarcas onde se realizaram as 246 audiências

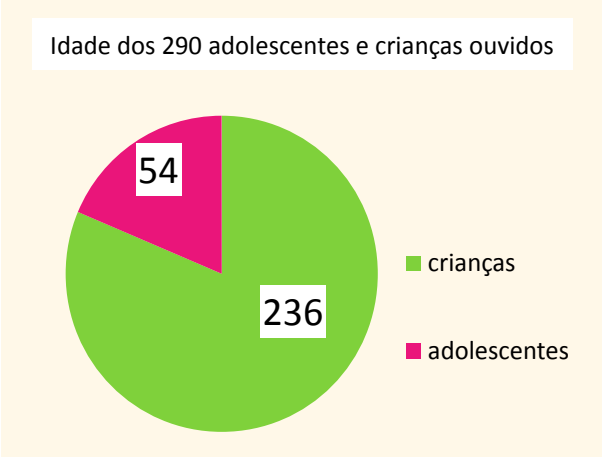


Figura 6: Idade dos 290 adolescentes e crianças ouvidos

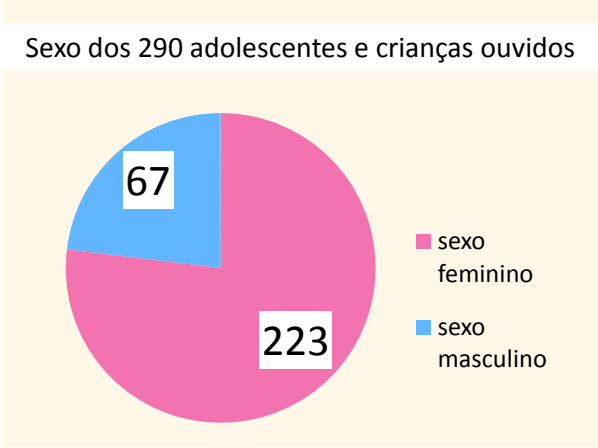


Figura 7: Sexo dos 290 adolescentes e crianças ouvidos

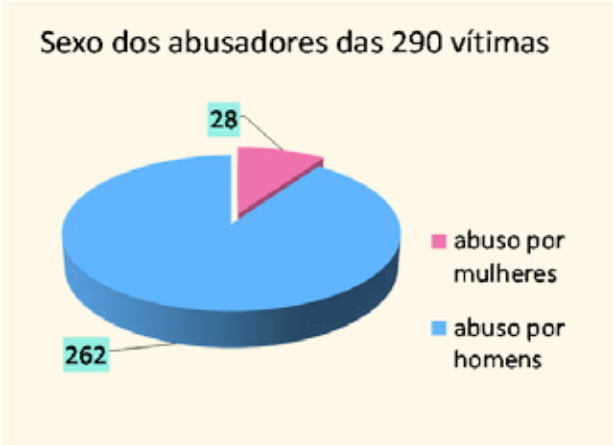


Figura 8: Sexo dos abusadores dos 290 adolescentes e crianças abusados

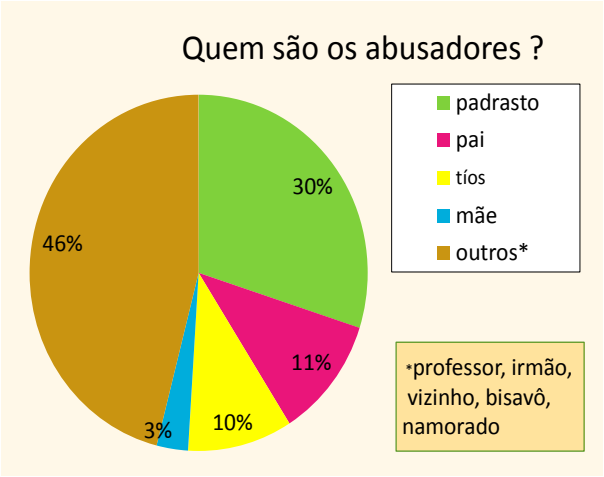


Figura 9: Quem são os abusadores

A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO INDÍGENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

The proof in procedure pension indigenous law in the light of the principle of isonomy

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[1]
Jaqueline Villa G. Rodrigues[2]
Wilimar Benites Rodrigues[3]

Resumo: Os direitos fundamentais foram postos num patamar sem igual nos últimos tempos. A Constituição Federal de 88 os colocou como cláusulas pétreas. Os Tribunais também tem julgado, muitas vezes, por meio de princípios constitucionais em detrimento da Lei pura, infra constitucional. No presente estudo, demonstra-se que tais princípios devem ser aplicados, uma vez que são a base do direito, de modo que o juiz pode se valer deles. Alguns princípios são destacados no presente, como por exemplo, o princípio da isonomia ou igualdade em matéria de provas, onde a paridade de armas se impõe. Conquanto o foco é a produção de prova pelo indígena no campo previdenciário, procura-se demonstrar sua desigualdade ou hipossuficiência frente aos demais, de forma que deve ser tratado com diferenciação, tanto pela Administração Pública como pelo Judiciário. No presente se refere sobre as provas, primeiro o conceito doutrinário e após, sobre os vários tipos de provas admitidas no direito, principalmente as documentais e testemunhais, com as quais se prova a qualidade de segurado especial. A população indígena no Brasil soma mais de 800 mil pessoas espalhadas pelos Estados, sendo que o Amazonas concentra a maioria dos que se declaram indígena. A prova no direito previdenciário indígena, foco do presente estudo, é feita com a demonstração de que a Fundação Nacional do Índio - FUNAI - expede todos os documentos necessários à obtenção do benefício, sendo que tais são tidos como atos administrativos com presunção de legitimidade e veracidade. A ênfase é para a certidão de atividade rural emitida pela citada autarquia, documento que está previsto na Instrução Normativa nº 77 da autarquia previdenciária, bem assim no Decreto nº 3.048/99, que tem sua razão de ser, justamente no fato de ser o indígena, trabalhador rural por excelência que depende do aludido órgão para demonstrar sua condição.

Palavras-Chave: Princípio da Isonomia; direito fundamental à prova; princípios constitucionais; trabalhador rural; indígena.

Abstract: The fundamental rights are placed in a unique level in recent times. Indeed, in a democratic country one can not conceive that the rights to life, dignity, the lawful taking of evidence, sympathy, among others, are placed on an equal level with others before they occupy the highest position in the democratic chain. The courts have judged often through constitutional principles to the detriment of law. Some principles are emphasized in this paper, such as the principle of isonomy or equality of evidence where the parity of weapons is required. the focus of study is the presentation of evidence by the indigenous in the social security field, it is sought to demonstrate their inequality considering the others, so that should be treated with differentiation, both by public

1 Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Bolsista da Capes/Prosup. Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados – MS. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: gilbertomarchetti@gmail.com.

2 Bacharel em Direito, pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Paranaense - UNIPAR e em Prática em Direito Previdenciário pela INESP. Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Advogada. Email: jaquevgr@hotmail.com.

3 Bacharel em Direito, pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil e mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Pós-graduando em Direito Previdenciário pela IEPRE. Advogado.

authorities and by the judiciary. Before entering on the subject of the indians insured quality, it was drawn some considerations about what is being insured special Welfare, as well as its protection in Brazil since the first laws. The security rights of indigenous people comes highlighted shortly after, showing that the indigenous in Brazil has undergone more than 800.000 people across the states. The Amazonas State concentrates most of those who claim to be indigenous. The evidence in the indigenous social security law, focus of this paper, is brought at the end of work, with the demonstration that FUNAI expedites all documents necessary to obtain the benefit, and they are considered administrative actions with presumption of authority and veracity. In this topic, the emphasis is on rural activity certificate issued by FUNAI, document provided in instruction 77 of the social security authority as well as in decree 3.048/99, which has its reason for being precisely because the indigenous and the rural worker and depends on the mentioned agency to demonstrate their condition.

Key-words: Principle of equality. Fundamental right to test. on evidence. Law principles. Constitutional Principles. Equality. Rural worker. Indian.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais devem ser protegidos, tanto pelos órgãos da Administração Pública, quanto pelo Judiciário, tratando com igualdade os iguais e com desigualdades os desiguais na medida de suas desigualdades. Tais direitos foram erigidos a direitos fundamentais, eis que postos na Carta Constitucional, maior Lei de um país democrático.

O presente estudo se presta a focar nos direitos fundamentais dos cidadãos indígenas na proteção de seus direitos na órbita previdenciária.

Os indígenas devem ser vistos como minorias (e tratados como tal), tendo em vista sua posição não dominante, bem assim, em número menor do que o restante da população.

A cultura indígena realmente é peculiar e deve ser tratada como tal. Às vezes, a falta de apego aos entes queridos como os próprios filhos em detrimento de pessoas ou bens, leva à perplexidade. Porém, não há como generalizar. A afetividade no meio indígena, assim como em qualquer sociedade, varia de pessoa para pessoa. Contudo, muitos são os casos de desaparecimento de viúvo após a morte da esposa de modo que crianças são deixadas com parentes e até mesmo com estranhos sem o menor constrangimento. O mesmo ocorre com a viúva que se casa novamente e deixa os filhos (muitas das vezes, menores), à própria sorte. Tais crianças devem ser postas sob guarda ou tutela, entretanto, não há orientação o bastante neste sentido de modo que não raros são os casos de crianças que perdem os pais e, por falta de orientação, quedam sem receber a pensão por morte previdenciária que lhes é devida, já que o indígena é considerado como segurado especial (rurícola) por excelência. Se não há apego em relação afetiva (repita-se, não generalizando), imagina com os bens materiais, mormente documentos pessoais, feitos registros de nascimentos, óbitos, carteira de trabalho e previdência, etc.

Posto isto, no sentido de se demonstrar a cultura ímpar destes povos no trato do convívio em sociedade (sociedade fechada) e buscar argumentos para a proteção de seus direitos, faz-se este estudo.

Ao longo deste artigo, se analisará o indígena como o trabalhador rural que é por excelência. Demonstrar-se-á que é imperativo que se aplique os princípios gerais do direito, e o princípio fundamental da isonomia na esfera processual. E, afunilando-se mais, no direito previdenciário. O indígena, como se verá, na defesa de seus direitos, é hipossuficiente em matéria probatória, devendo por isso, ser tratado diferentemente pelos operadores do direito.

1 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Modernamente se pode dizer que *princípios* são fundamentos da ordem jurídica dos quais se lança mão quando a lei, por não querer ou não conseguir, não expõe ou não abarca o fato concreto a ser solucionado. São, por assim dizer, bases sólidas relacionadas à moral e à boa justiça.

Para RODRIGUEZ (1978, p. 15), princípios são "linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos". Ao comentar tal definição, Coelho (2003) assinala que embora se refira ao direito do trabalho, o autor atribui aos princípios uma tríplice função, quais sejam, *informadoras* para o legislador, *normativas* para o caso de lacunas e *interpretadora* como critério de orientação para o intérprete e para a magistratura.

Da mesma forma, De Plácido e Silva (2002), define princípios como sendo:

> normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam pra servir de normas a toda espécie de ações jurídicas, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo as em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis cientificas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção ao direito.

No nosso ordenamento jurídico os princípios gerais do direito aparecem na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, atualmente denominada de "Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, onde, no art. 4.º se lê: *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

De fato, não raras são as vezes em que o judiciário fica, aparentemente, sem solução legal para determinados casos. Isso é compreensível, na medida em que o direito e as relações sociais, longe de ser imutáveis, se transformam de tempos em tempos, de forma que o direito deve se adequar aos fatos e não o contrário. Impossível se positivar todo e qualquer acontecimento na órbita das relações humanas. Muito embora tente a lei regular os ocorridos em sociedade, vez ou outra, vê escapar de suas mãos, determinados fatos não abarcados por suas hipóteses, já que as normas tentam regular hipoteticamente fatos futuros a emergirem socialmente. O direito tenta regular o viver em sociedade. Contudo, as relações humanas sofrem mutações ao longo da história, estas influenciadas pelos costumes que por sua vez, influenciados pela economia e tecnologia, se transformam a ponto de limitar a atuação do direito. Daí a razão de ser, como não deveria deixar de ser, da ciência do direito, através dos princípios gerais, buscar uma solução a fim de pôr fim às lacunas e omissões legais.

A propósito, relevante estudo fez Maria Helena Diniz (1997), onde explica que, quando houver a lacuna, a fim de buscar tal solução (aplicando os princípios gerais de direito), o judiciário deve se valer preliminarmente do seguinte: a) buscar os princípios norteadores da estrutura positivada ao caso *jub judice;* b) sendo inócua a primeira medida, deverá se buscar os princípios que informam o livro ou parte do diploma onde se insere a instituição, assim por diante, até chegar a todos os princípios do direito escrito, de todo

o regime jurídico-político e da própria sociedade das nações, embora estes últimos só digam respeito a questões de direito internacional público; c) procurar os princípios do direito consuetudinário, que não se confundem com as normas costumeiras, mas que são o ponto de partida de onde aquelas normas advêm; d) recorrer aos direitos das gentes, especialmente ao direito comparado, onde se descobre quais são os princípios utilizados por tais nações civilizadas, uma vez que estes não contradigam os princípios do sistema jurídico interno. Por fim, a doutrinadora, indica que se deve invocar os elementos de justiça, isto é, os princípios essenciais, podendo para tanto penetrar no campo da jusfilosofia.

Outra questão que vem à baila é a que indaga qual seria a diferença entre princípios e regras.

Na ótica de Amaral Júnior (1993) a teoria geral do direito estabelece distinções entre regras e princípios nos seguintes termos: "Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de "tudo ou nada", que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente."

No mesmo diapasão, escreve Luiz Flavio Gomes (2012), sintetizando que:

> o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Dos ensinos acima, se extrai que os princípios convivem entre si, as regras, não, de modo que, no que tange aos primeiros, será escolhido o mais importante a ser aplicado, caso haja aparente colisão, como por exemplo, entre os princípios fundamentais do direito à vida e à liberdade de crença, o aplicador do direito avaliará o mais importante a ser sopesado. Com efeito, os princípios se entre relacionam de modo a proteger um direito posto ao julgador, entre eles não há hierarquia como ocorre entre as regras. Estas, possuem grau hierárquico próprio, sofrendo solução, em caso de conflito (aí há o conflito real), pelas regras próprias de resolução, como posto acima.

Definido os princípios gerais do direito, é mister afunilar o estudo, descrevendo acerca dos princípios constitucionais e ainda sobre o princípio do devido processo legal e um de seus corolários, o princípio da isonomia.

2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

A respeito do subtítulo, escreve Ada Pelegrini Grinover (1975), descrevendo sucintamente o que vem a ser os princípios constitucionais processuais: "O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; e de outro lado, a jurisdição constitucional."

O Estado Liberal, em busca de uma solução para as desigualdades sociais, fez valorizar os princípios como forma de igualar os desiguais de modo que a população começou a lutar por seus direitos e buscar melhores condições de vida. Tratou-se de um início de freio ao Estado arbitrário que todos conheciam.

A Constituição de 1988, a chamada "cidadã" de vez por todas abrangeu vários princípios que são aplicados nos dias de hoje, tanto pelo Judiciário, quanto pela Administração Pública no trato para com os jurisdicionados/administrados.

Assim, foram inseridos vários princípios constitucionais que devem ser aplicados ao processo, como por exemplo, o devido processo legal, o acesso à justiça, a ampla defesa e contraditório, isonomia processual, imparcialidade do juiz, motivação das decisões, duração razoável do processo, produção de provas e duplo grau de jurisdição, entre outros.

Não é demais lembrar a força normativa da Constituição, vale dizer, a Carta Maior é quem dita as regras, sendo sobreposta sobre todas as demais normas infra constitucionais, devendo, malgrado não ocorra comumente, o julgador se pautar pela norma maior na hora de aplicar o direito justo.

3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COROLÁRIOS

O princípio do devido processo legal está posto no Art. 5º, LIV da Constituição Federal do Brasil.

A origem de tal princípio se dá nos idos do ano de 1215, mais precisamente em 15/6/1215 na Inglaterra, quando foi promulgada a Carta Magna local que limitava os poderes do então Rei João da Inglaterra, conhecido como "João sem-terra". O objetivo de tal Carta, naquele momento histórico era a garantia dos direitos da classe dominante, a nobreza (nobres), do clero (igreja) e da burguesia (os que detinham a produção). Logicamente que a pressão sobre o monarca foi no sentido de se proteger a aludida casta e não os pobres, o povo ou como se diz, a plebe.

Dizia a aludida Carta no seu artigo 39, a respeito do princípio do devido processo legal: "nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer forma modo molestado, e, nós não o procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediantes um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país"

Note que o dispositivo rezava que "eles", os dominantes, não procederiam nem mandariam que procedessem qualquer aplicação de pena, senão depois do regular julgamento. Aí nasce o devido processo legal.

O princípio em questão, dada a identidade cultural entre os dois países, sobretudo pela mesma língua (Inglaterra e EUA), começa a ser aplicado nos EUA. Primeiro na Declaração dos direitos do Estado da Virgínea (1776). Logo após foi incorporado na Constituição Norte Americana.

Na América Latina, aparecendo na Argentina, no art. 18 da Constituição local, isto no ano de 1835. No México, veio no art. 14 da Constituição Mexicana, no ano de 1857.

Após, foi incorporado em algumas constituições da Europa.

Em 1857, quanto ao princípio, houve uma mudança de paradigma, quanto a Corte Americana, no famoso caso Dred Scott, aplica o principio do devido processo legal na sua forma material. Após este caso, em 1868 o princípio foi incorporado na Constituição Americana.

A doutrinadora Gisele Santos Fernandes Goes (2004), divide em 3 fases o aludido principio:

> 1ª – caráter procedimental – isonomia processual, contraditório e ampla defesa
>
> 2ª – caráter substantivo (material) – direitos econômicos.
>
> 3ª – direitos individuais – de 1937 pra cá. (liberdade de pensamento, de religião, direito à informação, liberdade de imprensa, liberdade de participação política, direito de fiscalizar os atos de governo, etc).

No Brasil, o princípio do devido processo legal, surge a partir da Constituição Federal de 1988. No início, era aplicado apenas em matéria criminal, depois é aplicado ao processo civil e administrativo em face dos três poderes (executivo, judiciário e legislativo).

O princípio em questão é conhecido por alguns doutrinadores como, por exemplo, Dinamarco, como o "superprincípio", já que os demais são corolários dele. São eles, o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório, isonomia processual, imparcialidade do juiz, motivação das decisões, duração razoável do processo, produção de provas e duplo grau de jurisdição.

Um dos sub-princípios mais importantes diz respeito ao acesso à justiça. Acerca dele, preleciona Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2003):

> [...] convém repetir que contemporaneamente a garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional do Estado significa direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, isto é, direito de obter do Estado tutela jurisdicional capaz de promover a concretização de seus comandos, do modo como previstos no plano do direito material [...] Pode-se afirmar, então, que o direito de acesso à Justiça (isto é, o direito à efetividade da jurisdição) é um direito fundamental instrumental, pois sua inefetividade pode comprometer a efetividade de todos os outros direitos fundamentais (evidentemente, sem que sejam efetivos os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais materiais, sua efetividade pode ficar comprometida).

De fato, o princípio do acesso à justiça está intimamente ligado ao tema ora proposto na medida em que o cidadão indígena deve ter assegurado o acesso à justiça de forma plena, mas de modo a ter uma prestação jurisdicional que lhe promova todos os meios de ver seu direito garantido com um processo justo e equânime, isto na ótica do direito material. O julgador deve lhe dar a chance de provar seus direitos com todos os meios de provas possíveis, devendo analisá-las com vistas à concretização do direito material posto à sua frente, com vistas à condição de minoria e hipossuficiência do povo indígena.

4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO SUB-PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICADO AO PROCESSO E A PARIDADE DE ARMAS

A isonomia aplicada ao processo revela que as partes devem ter tratamento igualitário pelo julgador na condução do processo, vale dizer, há que se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades no campo da prova.

Paulo Henrique dos Santos Lucon (1999) reflete exatamente o encargo cujo presente artigo deseja passar:

> No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo

> social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo**.** Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais estas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partas a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto. Como observa Kelsen, "a igualdade dos indivíduos, sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres".

Como dito, o autor passa exatamente nosso encargo, ou seja, que as partes devem ter tratamento isonômico em matéria probatória na medida de suas desigualdades. Não só com relação ao aspecto formal do processo, mas também no que toca ao direito material, considerando-se a seara social, político-econômica e porque não dizer, cultural, do individuo que busca os seus direitos. A paridade de armas deve ser aplicada ao hipossuficiente em relação à técnica probatória, bem assim financeira, isto em relação à parte adversa. Cite-se como exemplo, o segurado que busca sua aposentadoria por invalidez, hipossuficiente em matéria probatória já que precisa de um perito que conclua por sua patologia, bem como lhe falta recursos a custear os honorários de tal profissional. Neste caso, a pericia deverá ser custeada pelo Estado, fornecedor da assistência judiciária.

Nesta toada, já previu o art. 125, V do Código de Processo Civil, que é dever do Juiz assegurar às partes, a igualdade de tratamentos. Tais desigualdades, como leciona DINAMARCO (2001), as quais "o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – fraquezas de toda ordem, como a pobreza, desinformação, carências culturais psicossociais em geral".

De fato, não são poucos os casos de jurisdicionados bem menos abastados, de modo que dependem da assistência judiciária para promover seus direitos. Não bastasse a falta de recursos, pesa também a informalidade nas lides do campo, de modo que muitos laboram sem carteira assinada, como por exemplo, os bóia frias e os indígenas, estes vivendo nas terras da União, dependem das cestas básicas da FUNAI para poder sobreviver com o mínimo de dignidade (que muitas vezes não existe). A pobreza extrema em determinados cantos do país, nas comunidades indígenas, leva a uma só conclusão, que tais devem ser tratados como desiguais no campo processual, quando buscam a defesa de seus direitos.

5 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AO DIREITO PROCESSUAL INDÍGENA. A POPULAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL

Antes de adentrar no encargo que o presente artigo quer passar, qual seja, o direito processual indígena diferenciado em matéria de prova, é mister chegar como está distribuída a população indígena do Brasil de modo a se vislumbrar que se trata de uma minoria frente às demais populações e por isso merece tratamento ímpar.

De acordo com do Instituto Brasileiro de Estatística (IBGE), no censo 2010, publicado em 2012, a população indígena brasileira que assim se autodeclararam é de 817 mil pessoas. O Estado com maior

população de índios é o Amazonas com 168.680 indígenas, seguido pelo Estado do Mato Grosso do Sul com 73.295 pessoas e depois pelo Estado da Bahia, com 56.381 indígenas.

Consta no mesmo censo, que os cinco municípios com mais população de índios é São Gabriel da Cachoeira (onde praticamente toda a população é formada por indígenas, vale dizer, 95,5%), São Paulo de Olivença e Tabatinga, no Amazonas, São Paulo-SP e Santa Isabel do Rio Negro também no Amazonas.

Fora as cidades do Amazonas, a cidade de Amambai, no Mato Grosso do Sul é uma das mais populosas, contando com 7.225 índios, distribuídos em três aldeias. A cidade de Paranhos, também no Estado de Mato Grosso do Sul, conta com uma população indígena de 4.440 pessoas (40% da população), distribuídas entre as aldeias Pirajuí, Sete Cerros, Paraguassú, Potrero Guassú e Arroyo Corá. Significativa é a presença do povo indígena na cidade de Paranhos.

Em razão disto, existe projeto de Lei Municipal no sentido de tornar como língua co-oficial o *guarani,* em atendimento ao art. 210, § 2º da Constituição Federal (acesso ao ensino na língua materna), assim como já ocorre nas cidades de São Gabriel da Cachoeira-AM, que aprovou em 2002, a Lei 145/02 que co-oficializou três línguas indígenas no município, bem assim no município de Santa Maria de Jetibá-ES, que teve aprovada a Lei n. 1.136/2009, cooficializando a língua "pomerana", tudo com o fim de facilitar o serviço público de atendimento, sobretudo nas áreas da saúde e da educação.

Conforme o mesmo censo, a população rural indígena, ou seja, os que vivem nas aldeias, fazendas ou sítios, somam a quantia de 572 mil sendo que 517 mil são aldeados, isto é, os que vivem nas terras da União (aldeias).

6 O INDÍGENA COMO SEGURADO ESPECIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Além da aludida instrução normativa acima, se lê no site da Previdência Social o seguinte: A Previdência Social é uma política pública definida pela Constituição Federal em seus artigos 201 e 202 e pela Lei n° 8.213/91 e faz parte da Seguridade Social brasileira. É um seguro oferecido ao trabalhador que garante renda ao trabalhador contribuinte e sua família, em casos de doença, acidente, gravidez, morte e velhice. Oferece vários benefícios que juntos garantem tranqüilidade quanto ao presente e em relação ao futuro assegurando um rendimento seguro. Para ter essa proteção, é necessário se inscrever e contribuir todos os meses.

E mais: o indígena que trabalha tem os mesmos direitos que os outros trabalhadores. Para os povos indígenas, a Previdência Social assegura uma classificação especial, a de Segurado Especial. Segundo a Instrução Normativa n. 45 do INSS, enquadra-se como Segurado Especial Indígena, a pessoa indígena reconhecida pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI que trabalhe como artesão e utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, ou o que exerça atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o seu principal meio de vida e de sustento, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, indígena não aldeado, índio em vias de integração, índio isolado ou índio integrado.

Outrossim, o indígena que trabalha em regime de economia familiar ou como trabalhador rural eventual (bóia-fria), uma vez que demonstre tal condição por todos os meios de provas lhe disponíveis, como estudado alhures, é considerado trabalhador especial, portanto, segurado da Previdência.

7 A PROVA DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL DO INDÍGENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Pautando-se pelas premissas acima, passa-se a considerar o direito indígena em matéria probatória, dada sua peculiar hipossuficiência, técnica e econômica.

Sabe-se que o indígena, aquele considerado trabalhador rural e, portanto, segurado especial da Previdência, vive nas terras da União. Sua situação é peculiar e diferenciada. Vivem sob uma organização interna onde a figura do capitão, eleito por voto, é a autoridade superior.

A atividade predominante é a lavoura, sendo certo que todas as famílias possuem uma pequena área, delimitada na maioria das vezes, por árvores, já que os "donos" (lê-se apenas *posseiros*) não possuem condições financeiras para cercá-las. Tais roças são pequenas (de meio a um alqueire mais ou menos), onde se trabalha em regime de economia familiar.

A plantação é para a subsistência e também para a venda, o que ocorre nas estradas ou na cidade mais próxima. Estas pequenas glebas, por lógico que não possuem documentos em nome dos posseiros por que as terras pertencem à União Federal. Assim, para os que trabalham em regime de economia familiar, não existe nenhum documento civil que conduza a início de prova documental da condição de trabalhador rural.

Pelos meios ordinários (documentos oficiais como os demais trabalhadores rurais empregados ou bóias frias) não tem os índios, condições de provar sua atividade rural. As casas, quando existem e quando possuem energia elétrica, não contam com as respectivas faturas em nome do possuidor. O mesmo se diga com relação à água, ou seja, quando existe água encanada, não há fatura. Tais serviços são custeados pelo Estado, via convênios. Por isso, os indígenas dependem da FUNAI ou da FUNASA (órgão que cuida da saúde indígena) até para provarem residência por meio de declarações de tais órgãos. Se não conseguem, por si sós, provar residência, imagina o trabalho rural em regime de economia familiar. Este se dá na mais pura informalidade, plantando para comer e vendendo alguma coisa, jamais ficam registrados tais comercializações.

A FUNAI fornece sementes e prepara a terra. Vale dizer, aqueles que vivem exclusivamente nas aldeias e trabalham em regime familiar, não tem como provar por documentos tal labor rural, o que dificulta a viabilização de benefícios previdenciários.

Em razão disso, por meio de norma interna da autarquia previdenciária, consubstanciada pela Instrução Normativa n. 77/2015 de 21.01.2015 que diz expressamente que o indígena se enquadra como segurado especial da Previdência e pelo Decreto 3.048/99, se faz previsão da certidão de atividade rural emitida pela FUNAI como documento válido para se comprovar o exercício de atividade rural de indígena. É o que dispõe o art. 39, § 4º cumulado com o artigo 111, § 2º, § 3º da aludida Instrução Normativa 77 de 21 de janeiro de 2015, *verbis*:

> Art. 29. [...]
>
> § 4º Enquadra-se como segurado especial o indígena reconhecido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, inclusive o artesão que utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, desde que atendidos os demais requisitos constantes no inciso V do art. 42, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, não-aldeado, em vias de integração, isolado ou integrado, desde que exerça a atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o principal meio de vida e de sustento.

> § 5º Na hipótese de períodos intercalados de exercício de atividade rural e urbana, o requerente deverá apresentar um documento, em nome próprio, de prova material do exercício de atividade rural após cada período de atividade urbana. (Incluído pela IN INSS/PRES nº 85, de 18/02/2016)
>
> Art. 111. [...]
>
> § 2º A certidão fornecida pela FUNAI, atestando a condição de segurado especial do indígena será submetida à homologação somente quanto à forma.
>
> § 3º Para subsidiar a instrução do processo do indígena, pode-se emitir ofício a FUNAI, para fins de apuração da veracidade das informações prestadas, quando:
>
> I - ocorrer dúvida fundada, em razão de divergências entre a documentação apresentada, emitida pela FUNAI e as informações constantes no CNIS ou em outras bases de dados a que o INSS tenha acesso;
>
> II - houver indícios de irregularidades na documentação apresentada; ou
>
> III - houver a necessidade de maiores esclarecimentos no que se refere à documentação apresentada ou à condição de indígena, bem como a categoria de trabalhador rural do requerente ou membro do grupo familiar, declarada pela FUNAI, conforme Anexo I, desta IN.

Como visto, por meio da aludida certidão de atividade rural emitida pela FUNAI, deve ser reconhecido pelo INSS e pelo Judiciário, a qualidade de segurado especial do indígena na condição de trabalhador rural. Tal certidão deve ser submetida à homologação do INSS, somente quanto à sua forma, ou seja, se realmente foi expedida pela FUNAI, se o subscritor é servidor ou não, etc.

Além da previsão na Instrução Normativa aludida, também dispõe o Decreto 3.048/99:

> Art. 62. A prova de tempo de serviço, considerado tempo de contribuição na forma do art. 60, observado o disposto no art. 19 e, no que couber, as peculiaridades do segurado de que tratam as alíneas "j" e "l" do inciso V do caput do art. 9º e do art. 11, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado.(Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002)
>
> § 2º Subsidiariamente ao disposto no art. 19, servem para a prova do tempo de contribuição que trata o *caput*: (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).
>
> I - para os trabalhadores em geral, os documentos seguintes:
>
> l) certidão fornecida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, certificando a condição do índio como trabalhador rural, desde que homologada pelo INSS. (Incluído pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Veja a aplicação do principio da isonomia em matéria probatória no caso de indígena. Ponderando-se os princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *razoabilidade*, deve o aplicador do direito se pautar pelo aspecto sociológico do fato, isto é, que não possui o indígena, meios ordinários para provar sua qualificação de segurado da Previdência na condição de rurícola, sem a ajuda da FUNAI. Por isso, o legislador infra constitucional, e porque não dizer, o próprio INSS, visando à facilitar a comprovação da condição de rurícola

pelo indígena, instituiu a certidão de atividade rural a ser emitida pela FUNAI, com o fim de se comprovar a atividade rural do índio. A IN 77/2015 dispõe pura e simplesmente acerca da certidão, ressalvando apenas que será homologada pela autarquia apenas com relação à forma.

São os seguintes os benefícios previdenciários a que fazem jus os indígenas como segurados especiais da Previdência: aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio acidentário, auxílio doença, salário maternidade, auxílio reclusão (para os dependentes) e pensão por morte (para os dependentes). Vale lembrar que o chamado "benefício de prestação continuada", na verdade não é benefício previdenciário, mas benefício assistencial. Para verem deferidos os pedidos dos benefícios previdenciários, o indígena precisa provar sua condição de trabalhador rural pelo prazo necessário (carência) para cada tipo de pedido.

Outro ponto que merece destaque é que o Estatuto do Índio (Lei 6001/73), faz previsão dos registros administrativos de nascimento, casamento e de óbito de indígenas, nos seus artigos 12 e 13. São, na grande maioria das vezes, os documentos possuídos pelos indígenas para gerir suas vidas na órbita civil.

Ocorrendo está, que o INSS, através do parecer n 59/2011/DIVCONS/CGMBEN/PFE-INSS, emitido pela Procuradoria do INSS, a partir de agosto/2011, passou a exigir que os indígenas apresentem documentos civis, sob o argumento de que os documentos administrativos servem apenas para estatísticas.

Alguns poucos juízes acatam tal tese entendendo que tais documentos administrativos não se prestam a comprovar o fato ali constante e que tais são para fins exclusivos de estatísticas.

A tese, porém, não pode prevalecer, tendo em vista tudo que foi exposto sobre o princípio da isonomia em matéria probatória do indígena. Ademais, da mesma forma que a posição é embasada no Estatuto do Índio (Lei 6001/73), respeite-se também o disposto no Art. 6º da mesma norma que dita:

> Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

A norma citada (Lei 6001/73, art. 12 e 13 e seu parágrafo) não foi feita com o intuito de negar direitos indígenas e sim de facilitar as estatísticas e controle dos nascimentos, das mortes e dos casamentos dos povos indígenas.

Nos termos do art. 5º, I da Lei 12.376 de 30.12.2010 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Acerca da interpretação sociológica da norma, leciona Maria Helena Diniz (1997):

> A interpretação sociológica ou teleológica, objetiva, como quer Ihering, adaptar o sentido ou finalidade da norma, às novas exigências sociais, adaptação esta prevista pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim reza: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". A interpretação, como nos diz Ferrara não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num circulo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social. O aplicador, nas palavras de Henry de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deverá ser a imobilização ou a cristalização da vida e sim manter contato intimo com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o juiz deve participar ao interpretar o preceito normativo.

Veja. Qual é o fim da norma (Lei 6001/73)? Qual a época em que entrou em vigor? É imperativo que se analise o aspecto histórico e cultural da época, do povo protegido por ela, não somente interpretar literalmente a lei como se tivesse o legislador a intenção de negar direitos. Ora, certamente o Estatuto do Índio foi criado para protegê-lo, não só mantendo sua identidade cultural, mas fomentando a proteção de seus direitos. Pensar diversamente não é razoável no momento histórico em que vivemos, sobretudo na proteção dos direitos fundamentais, no caso de indígenas. A lei citada não pode ser posta em patamar maior do que os princípios constitucionais suscitados, mormente o da isonomia processual, na medida em que o indígena deve ser tratado com desigualdade a fim de provar seu direito.

Por fim, acerca da validade dos documentos emitidos pela FUNAI, como ato administrativo que são, confira-se as lições de Hely Lopes Meireles (2003, p. 154):

> Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legalidade, independente de norma legal que a estabeleça. Já a presunção da veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário. A presunção também ocorre com os atestados, certidões, informações e declarações da Administração, que, por isso, gozam de fé pública. Essa presunção decore do principio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar lhes execução.

Com efeito, os registros administrativos emitidos pela FUNAI devem possuir fé pública até que sejam declarados nulos, mediante processo administrativo ou judicial com ampla defesa. Possuem, até prova em contrário, a mesma validade dos demais documentos emitidos pelos Cartórios de Registros Civis.

Como é de fácil percepção, o indígena deve ser de fato tratado com peculiaridade tanto pelos órgãos administrativos, quanto pelo judiciário quando busca a defesa de seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a Constituição Federal de 1988, trouxe diversos princípios gerais a serem aplicados nas diversas formas de ver o direito, tanto na órbita material quanto na processual. A chamada Constituição cidadã, abriu um leque de proteção a direitos tidos como fundamentais, tendo como expoentes alguns dos principais princípios nela consagrados, como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, ao trabalho, à igualdade, entre outros. No campo processual, o destacado neste trabalho é o da isonomia, do tratamento igualitário de condições de prova entre as partes. O hipossuficiente, tanto técnica como financeiramente deve ser tratado com igualdade em matéria de prova, podendo o juízo facilitar a prova de seus direitos, analisando sua condição peculiar, vendo a norma a ser aplicada no aspecto social.

Resta-se claro assim, que o magistrado pode avaliar ou reavaliar os mais intrincados fatos sociais postos à seu julgamento, dando novos conceitos e direcionamentos de modo a não cometer injustiças sociais, antes dando soluções, tudo com fincas a lutar por uma sociedade mais justa, mais razoável e merecida ao ser humano.

Os princípios gerais do direito aparecem na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, atualmente denominada de Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, onde, no art. 4.º se lê: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Estes princípios devem ser utilizados em matéria probatória na medida em que o Direito não consegue prever toda e qualquer situação a ocorrer no mundo fático, o que é compreensível, visto que o direito e as relações sociais, longe de ser imutáveis, se transformam de tempos em tempos, de forma que o direito deve se adequar aos fatos e não o contrário.

Demonstrado está que os trabalhadores rurais indígenas são considerados segurados especiais da Previdência, pela sua condição de trabalhadores rurais, bastando demonstrar tal condição com os meios de que dispõem, principalmente documentos emitidos pela Fundação Nacional do Índio.

No caso de indígena, se conclui que o aldeado, aquele que vive na aldeia em terras da União Federal, depende da Fundação Nacional do Índio - FUNAI - para conseguir o início de prova documental consubstanciada na certidão de atividade rural. O único documento será a certidão de atividade rural, de modo que a testemunha informará ao juízo que também possui roça na aldeia e que pode dar as informações necessárias, isto é, que se trata de trabalhador rural que vive da própria roça para sobreviver.

Em obediência ao principio da igualdade e visando a dar tratamento igualitário aos indígenas frente aos demais, por serem vulneráveis e minoria, a Previdência Social assegura uma classificação especial: a de Segurado Especial. Segundo a Instrução Normativa comentada o índio se enquadra como Segurado Especial, pessoa reconhecida pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI que trabalhe como artesão e utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, ou o que exerça atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o seu principal meio de vida e de sustento, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, indígena não-aldeado, índio em vias de integração, índio isolado ou índio integrado.

Neste passo, o indígena aldeado, não dispõe de documento algum, a não ser os documentos emitidos pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI - administrativamente. A autarquia previdenciária não está reconhecendo os documentos administrativos. Já, quando se trata de indígena que sai para trabalhar em outros lugares, existem os que laboram formalmente, ou seja, são registrados, mas também existem os que são explorados por proprietários rurais que o mantém em suas terras sem o devido registro em carteira de trabalho.

Ponderando-se os princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *razoabilidade*, deve o aplicador do direito se pautar pelo aspecto sociológico do fato, isto é, que não possui o indígena, meios ordinários para provar sua qualificação de segurado da Previdência na condição de rurícola, sem a ajuda da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Por isso, o legislador infraconstitucional, e porque não dizer, o próprio INSS, visando à facilitar a comprovação da condição de rurícola pelo indígena, instituiu a certidão de atividade rural a ser emitida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI - com o fim de se comprovar a atividade rural do índio.

AGRADECIMENTOS

Agradecem, em primeiro, a Deus que em tudo tem sustentado. Também à família pelo incentivo no estudo dessa ciência tão apaixonante que é o direito previdenciário. Por fim, à filha de Jaqueline e Wilimar, a jovem Isabela, por entender que o estudo depende de dedicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES Nº 77**, de 21 de janeiro de 2015. DOU de 22 jan. 2015.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

_____. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rei, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatasky, 1975.

GOES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

Instituto Brasileiro de Estatística (IBGE). **Censo 2010**, publicado em 2012. Disponível em www.ibge.gov.br.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantias Constitucionais do Processo Civil.** São Paulo: RT, 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho.** São Paulo: Ltr, 1978.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo.** São Paulo: RT, 2003.

O ESTADO LAICO E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NOS TEMPLOS RELIGIOSOS

El Estado laico y la inmunidad de impuestos los templos religiosos

Fernando Machado de Souza[1]
Gilberto Ferreira Marchetti Filho[2]
Rodrigo Weirich Akucevicius[3]

Resumo: O Estado Laico e a Imunidade Tributária nos Templos Religiosos. O Brasil é um Estado Democrático de Direito e oficialmente é um Estado laico, nos termos do art. 5, VI, da Constituição Federal, sendo livre a crença e o culto. Nesse sentido, importante destacar a verdadeira concepção do Estado secular e suas diferenças maiores para com outras formas de Estado, a teocrática, confessional e o ateu. E tendo em conta a forma adotada pelo Brasil, o Estado deve ser neutro, perante cultos e templos religiosos do ponto de vista tributário. Por tal razão, a imunidade tributária sobre templos e bens pertencentes à instituição religiosa coloca pontos a serem questionados em relação às vantagens percebidas por estes, e se realmente fazem jus a necessidade da imunidade, considerando aquela visão de Estado laico.

Palavras-chave: Estado laico; tributo; imunidade tributária; templo.

Resumen: El Estado laico y la inmunidad de impuestos los templos religiosos. Brasil es un Estado democrático y es oficialmente un estado laico, en conformidad con el art. 5, VI, de la Constitución. La creencias y de culto son libres. En ese sentido, importante destacar el verdadero concepto de Estado laico y sus principales diferencias con respecto a otras formas de Estado, a saber, la teocrática, confesionario y el ateo. Y teniendo en cuenta la forma adoptada por el Brasil, el Estado debe ser neutral respecto a los cultos y templos religiosos del punto de vista fiscal. Por esta razón, la inmunidad tributaria en los templos y los bienes pertenecientes a la institución religiosa pone puntos para ser interrogados en relación con los beneficios percibidos por ellos, y si en realidad tienen el derecho a la inmunidad, teniendo en cuenta la visión del Estado laico.

Palabras-claves: Estado laico; impuestos; inmunidad tributaria; templo.

INTRODUÇÃO

O Brasil nunca vivera tanto espaço de igualdade e liberdade. São 30 anos de democracia, com liberdade de expressão política, filosófica, sociológica, religiosa, oferecendo a todos a oportunidade de exprimir seus ideais sem medo, garantidos na Constituição de 1988, a qual prescreve no art. 5º, inciso IX que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direitos Difusos e Coletivos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, e de Prática em Direito Administrativo e Teoria Geral do Processo no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Assessor jurídico da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Advogado. Email: fernando@carneiroemachado.com.br.

2 Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Bolsista da Capes/Prosup. Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados – MS. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: gilbertomarchetti@gmail.com.

3 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: rodrigoaku@hotmail.com.

Por meio desta monografia, busca-se a concepção da formação do atual Estado laico, e por que adota-se tal pensamento político sobre a liberdade religiosa, bem como se esta laicidade promove interesses individuais ou coletivos. O assunto é amplo, de tal maneira que, por uma revisão bibliográfica, analisar-se-á pensamentos de especialistas no assunto, doutrinadores renomados e decisões jurisprudências sobre o tema e buscar no passado respostas para o atual sistema adotado.

Para compreender o assunto proposto far-se-á necessário a busca pela diferenciação entre as formas de relação de Estado-Igreja.

A Constituição Federal de 1988 inovou. Trouxe à tona novas concepções e temas a serem apreciados, no âmbito religioso. Não fez por menos, cravou o Brasil como Estado laico. Por este motivo, far-se-á importante crítica sobre a matéria, pois ao mesmo tempo em que firma a laicidade (art. 19, I), acaba trazendo hipótese de imunidade tributária para templos (art. 150, VI, b).

Daí, o texto constitucional, quando colocado em prática, deixa brechas para discussão tangente aos artigos supracitados. A partir disto deve-se analisar teorias contra tal e a favor da imunidade tributárias. Afinal qual seria a vantagem auferida por pessoas/grupos que não participam de tais cultos religiosos. A pertinência do assunto percorre quando se evoca o princípio da isonomia tributária, uma vez que este tem o papel de nivelar a sociedade sem discriminação.

Portanto, toda pessoa, seja ela física ou jurídica, tem a capacidade no seu grau de poder contribuir com o Estado, para que este distribua igualitariamente sem distinção alguma, em formas de bens e serviços à sociedade.

Assim visto, a laicidade é assunto com alto grau de amplitude e sofre com a percepção de diferentes formas de conceito entre pensadores. Cabe aos operadores do direito discutir a formalização deste conceito com o objetivo de tornar transcendente o tema, aperfeiçoando-o e moldá-lo de forma clara.

Para o tanto, na busca do conhecimento o primeiro capítulo discorrerá sobre as noções básicas de direito tributário, a qual especificará a origem e conceito de tributo, princípios, espécies, imunidade, isenção e sua diferenciação.

Quanto ao segundo capítulo caberá adentrar na Carta Magna, para a fundamentação da República Federativa do Brasil como Estado laico, em quais princípios ela está alicerçada e estudar todo aspecto histórico para compreender a evolução e aprender o que fazer com ela.

E, por fim, no último capítulo, trar-se-á tona o enfoque principal deste trabalho. Buscar-se-á, então, uma relação de negação de tributação do Estado laico nos templos religiosos. Diante disto, será abordada a problemática, com a busca em decisões reiteradas de tribunais, órgãos superiores e pontos de vistas de doutrinadores.

1 NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

1.1 Conceito de tributo

O art. 3º do Código Tributário Nacional conceitua tributo e toda sua essência, descrevendo o objeto de vontade da relação jurídica instituída pela norma jurídica e o caráter obrigacional do fato. Para ele, "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não

constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Através dessa concepção de tributo do Código Tributário Nacional, poder-se-á exprimir toda a fenomenologia do art. 3º.

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, isto é, em moeda ou finalidade de recolhimento;e compulsória, pois "independe da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra seu interesse"[4].

Outro ponto importante é que não constitui sanção de ato ilícito. É dizer, o tributo não é devido a sujeito por cometimento de ato ilícito, mas pelo fato lícito que gerou a obrigação.

Deve ser instituído em lei. Isso em face do princípio da legalidade tributária.

Por fim, é cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ou seja, "caberá a Administração exercer o poder de praticar o ato nos rigorosos termos legais, vale dizer, quando, quanto, onde e como a lei determinou.

1.2 Princípios

Alguns princípios devem ser destacados para compreensão do tema.

O primeiro, o princípio da Isonomia está prescrito no *caput* do art. 5˚ da Constituição Federal, pelo qual "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]".

Correspondente a este princípio, a Carta de Outubro, em seu art. 195, § 9˚, não permite distinção em razão de ocupação profissional ou da função exercida pelo contribuinte quanto ao tributo. Conquanto, desdenha à seguridade social em que afirma que do empregador, da empresa e da entidade equiparada poderão ter a alíquota ou base de cálculo diferente pelo motivos da atividade econômica exercida, da utilização de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

Logo, para haver uma distribuição de méritos e deméritos, precisar-se entrar no campo da desigualdade para acarretar a equipolência. Para isso "a faculdade de discriminar é da essência do poder tributário"[5].

Outro princípio importante é o da capacidade contributiva. Tal princípio também é assegurado na Constituição Federal:

> Art. 145. A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...]
>
> § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado a administração tributária, especialmente para conferir a efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

5 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133.

Este princípio aduz que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade atual do contribuinte. Traz consigo um ideal de justiça, uma vez que a tributação é colocada em equidade para os indivíduos.

Por fim, tem-se o princípio da supremacia do interesse público ao do particular. Celso Antônio Bandeira de Mello descreve que

> como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada auto-executoriedade dos atos administrativos.[6]

Nisso se caracteriza tal princípio. Ou seja, a ideia de que o interesse público se sobrepõe, em regra, ao interesse privado, mesmo porque se trabalha com a ideia da coletividade e não apenas do ser individual.

1.3 Conceito de imunidade tributária

A imunidade tributária é inserida explicitamente na Constituição Federal, determinável de normas jurídicas e alicerçadas nos princípios e garantias constitucionais, com a finalidade de limitar o poder de tributar.

Feitas essas considerações, tem-se que imunidade tributária é

> a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.[7]

Hugo de Brito Machado defende a ideia de que imunidade tributária atinge impostos e não os outros tipos de tributos.[8] "As demais espécies tributárias não podem ser objeto de imunidade constitucional porque estão vinculadas a suas finalidades específicas"[9].

Através dessa conceituação e esclarecimentos, obtém-se algumas características da imunidade. A imunidade tributária faz parte da supremacia constitucional; é ordem negativa, ou seja, retira o direito de tributar; cabe somente aos impostos; há uma limitação de competência.

1.4 Isenção

A isenção, assim como a imunidade e a não incidência tributária tem como finalidade a não tributação. Mas deve-se atentar aos meios por qual agem para esta operação de não tributação.

Em outras palavras, para melhor compreensão, a isenção "é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido."[10]

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 96.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit. p. 190-191.

8 "A imunidade diz respeito aos impostos. Não se aplica às outras espécies tributárias. Há uma razão para que assim seja, posto que as demais espécies são vinculadas a determinadas atividades. As taxas têm ou uma faceta contraprestacional de serviços públicos e divisíveis ou outra de exercício do poder de polícia." (*In:* Ibidem. 191.)

9 MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6, t. 1, p. 172.**

10 COSTA, Mauro José Gomes da. **Anotações acerca da teoria geral da isenção tributária.** Disponível em https://jus.com.br/artigos/2063/anotacoes-acerca-da-teoria-geral-da-isencao-tributaria. Acesso 19 jul. 2016.

2 O BRASIL COMO ESTADO LAICO

A palavra "laico", etimologicamente, tem sua origem do grego *laikós* que significa "do povo". Está relacionado com a vida secular e com atitudes profanas que não se conjugam com a vida religiosa.[11]

De forma ampla, a palavra "laico" tem um significado de ausência do poder religioso/eclesiástico sobre o comportamento e conduta do Estado.

A Constituição da República de 1988 deixa implícito o Estado laico no Brasil:

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração com o interesse público.

Dessa forma, um Estado Laico tem sua Constituição baseada na ausência e omissão do mesmo em cultos, cerimônias e ambientes religiosos. O Estado não deve favorecer uma religião, assim como também não deve embaraçar-lhes.

Relevante e interessante é a discussão sobre o prescrito na Constituição em seu art. 19, I, quando aduz: "[...], ressalvada, na forma da lei, a colaboração com interesse público". Há nessa frase uma variável, o qual permite que o Estado contribua de forma direta ou indiretamente, de acordo com o interesse público para com a sociedade, uma benevolência com a religião ou até mesmo uma intromissão para impedir atos que contradizem com as normas de segurança pública.

Apresenta-se, em louvor ao didatismo, um exemplo em que o Estado é comparado a um robô. Um robô é programado de tal maneira que todo dia repete seus movimentos e seus serviços, mas este é controlado por uma pessoa que a qualquer momento pode interrompê-lo e determinar uma nova função.

Em comparação, o Estado laico é programado pela Constituição e desta maneira segue o rito determinado. Mas igualmente ao robô, o Estado é uma virtualização, ou seja, um órgão que representa a sociedade. Quando fala-se em representação no Brasil, acentua-se que este é um país democrático, adquirindo a força da maioria. Ressalta-se que está força não pode rebaixar os direitos fundamentais da minoria e princípios constitucionais garantidos.

Assim visto, nem sempre o Estado laico é neutro. O Estado deve ser democrático, de maneira com a qual deve se ouvir a sociedade.

Importante ressaltar a diferença entre laicismo e laicidade. O primeiro tem como referência a retirada de qualquer pensamento religioso do patrimônio público, ou seja, "afastando, gradualmente, o direito da livre manifestação pública sobre quaisquer temas que coincidam com a moral defendida por certa religião, sob o argumento de que o Estado é laico"[12].

Por sua vez, o segundo transmite a ideia de expressão de liberdade de crença entre os dois domínios do Estado, o público e o particular.[13] Para Blancarte fica exposto o laicismo anticlericalismo pela forma de tratamento hostil e indiferente à religiosidade coletiva, podendo, no limite sobrepor-se à liberdade religiosa.[14]

---

11 LAICO. In: Significados. Disponível em: http://www.significados.com.br/laico/. Acesso em 26 fev. 2016.

12 NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 16, n. 3072, 29 nov. 2011. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/20527>. Acesso em: 27 abr. 2016.

13 Ibidem.

14 BLANCARTE, Roberto. **O porquê de um Estado laico**. *In*: LOREA, Roberto Arruda (org.) **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 25.

> O certo, todavia, é que se faz necessário, de uma vez por todas, deixar claro uma coisa: "Estado laico" não significa que aquele que não acredita em Deus tenha direito a impor sua maneira de ser, de opinar e de defender a democracia. Não significa, também, que a democracia só possa ser constituída por cidadãos agnósticos ou ateus. Não podem, ateus e agnósticos, defender a tese de que a verdade está com eles e, sempre que qualquer cidadão, que acredita em Deus, se manifeste sobre temas essenciais – como por exemplo, direito à vida, eutanásia, família etc.- sustentar que sua opinião não deve ser levada em conta, porque inspirada por motivos religiosos. Por tal lógica conveniente e convivente, e desqualificada opinião de agentes ateus e agnósticos, precisamente porque seus argumentos são inspirados em sentimentos "anti-Deus". Numa democracia, todos têm o direito de opinar, os que acreditam em Deus e os que não acreditam.[15]

Os incisos VI, VII, VIII do art. 5º da Carta Magna, reforçam o pensamento do não distanciamento da fé ao estabelecer:

> Art. 5º. [...]
>
> [...]
>
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Compreende-se, assim, conclusivamente, o estado laico como parte de um Estado democrático, fruto de toda liberdade de pensamento e expressão.

2.1 Princípio do Estado Laico

As formas de Estado primeiramente distinguem-se pelas liberdades religiosas. A laicidade destaca-se pelo modo "positivo" a qual é formada, seja pela liberdade de escolha da fé ou pelo modo de praticar sem interferência do Estado. O lado "negativo" é consolidado pela falta de harmonização da sociedade ao assunto religião, pois ao momento em que não consegue-se a expressão da liberdade religiosa individual no ambiente público, necessita-se a intervenção do Estado. Portanto, torna-se essencial um meio jurídico Constitucional e infraconstitucional para que haja igualdade material entre os confessantes e não-confessantes.

Por primeiro, tem-se o princípio da liberdade de expressão. Sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 estabelece:

> Art. 5º. [...]
>
> [...]
>
> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

15 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sob a proteção de Deus.** Disponível em http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1722. Acesso em 20 jul. 2016.

> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.
>
> 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.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O ser humano desde seu nascimento progride para a liberdade em todos os sentidos, é algo intrínseco no homem. Liberdade de expressão é a racionalização e desenvolvimento de ideias do povo para o povo. A seletividade de pensamento deve ser feita, a qual as melhores contribuirão para a estrutura do Estado.

Relevante é dizer que a liberdade de expressão não é absoluta. Por argumentos de alguns de que é livre a expressão, torna-se em suas bocas discursos de ódios, racismo e opressão. É de garantia prevista no art. 5º, V da CF, o direito a resposta e a indenização por dano material, moral ou a imagem. Desta maneira a liberdade de expressão deve estar acompanhada da razoabilidade, resguardando os direitos do próximo.

Em segundo, importante destacar o princípio da liberdade religiosa. A Constituição em seu ordenamento garante aos brasileiros todo modo de manifestação religiosa, adquirindo todos igualdade, independentemente da religião professada. A liberdade religiosa assegura juntamente o livre exercício dos cultos, seja este, em residências ou templos específicos.

Sobre o local do culto, importante destacar que "os logradouros públicos não são, por natureza, locais de culto, mas a manifestação religiosa pode ocorrer ali, protegida pelo direito de reunião, com as limitações respectivas"[16].

Ao tratar da consciência, crença e liturgia, o Estado estabelece uma ausência, não devendo embaraçar os dogmas da religião. Mas nem toda liberdade é absoluta quando trata-se da vida humana, ao qual é proibido ilícitos penais que levem meios tortuosos.

Enfim, o princípio da democracia. Deveras, "o Estado democrático deve considerar todos politicamente como iguais, com a oportunidade de formular suas preferências"[17]. E, assim, a partir destas preferências, ter a liberdade de expressá-las à sociedade e ao governo por meio de ação individual ou coletiva e ter estes interesses avaliados pelo mesmo, de forma igualitária e sem discriminação.

Nessa trilha, o princípio da democracia não está acima da garantia dos direitos fundamentais e básicos da minoria, ou seja, deve manter as pretensões do povo sem reproduzir aleatórios entendimentos coletivos que suprimam uma parte da população.

3 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS EM FACE DO CARÁTER LAICO DO ESTADO BRASILEIRO

3.1 Problemática

No Estado laico estabelecido no Brasil, prevalece pela Constituição a materialidade da liberdade de culto e expressão no capítulo dos direitos fundamentais, especificamente nos arts. 5º, VI a VIII.

16 Ibidem. p. 357.

17 DAHL, Robert. Polyarchy. **Participation and Opposition.** New Haven and London: Yale University Press, 1971. *In:* ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na constituição federal de 1988**. Tese de Doutorado apresentado no curso de Direito. USP, 2012. p. 79.

Em razão disso, "nenhum óbice há de ser criado para impedir ou dificultar esse direito de todo cidadão. E entendeu o constituinte de eximi-lo também de ônus representado pela exigência de impostos (art. 150, VI, b)"[18].

A imunidade tributária cediça aos templos de qualquer culto, prevê garantias e formas de auxílio às comunidades e ideologias religiosas. Algumas Cartas anteriores a Constituição Federal de 1988, como visto, já estabeleciam a imunidade tributária aos templos de qualquer culto. A atual Carta Suprema manteve este fundamento, como meio de provimento à liberdade de crença, possibilitando, assim, a prática de cultos religiosos.

Nesses termos, seu art. 150, VI, "b" estabelece:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à união, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> [...]
>
> VI –instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> b) templos de qualquer culto;

O § 4˚ do mesmo artigo cita:

> Art.150. [...]
>
> § 4º As vedações expressas do inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Percebe-se, no § 4º do art. 150, que há um aumento na concessão de imunidade percebida pelos templos, ou seja, sai da visão restrita do templo. Possibilita a benesse a todo o patrimônio, seja ele em pecúnia ou material, toda renda auferida por meio de venda e promoções do templo e serviços oferecidos e dedicados aos praticantes da fé daquele templo. Ao mesmo tempo, o agrupamento de patrimônio, renda e serviços pode acumular um valor suficiente para a capacidade de contribuição, discussão que permanece neste capítulo.

O contraditório e a problemática surge a partir da reflexão do tema. Ocorre no Brasil uma discussão por parte de determinados grupos, em que expõe-se a possível inconstitucionalidade de tal imunidade, pois iria de encontro com o princípio da isonomia, princípio da capacidade contributiva e o princípio da supremacia do interesse público ao do particular.

Assim estes princípios aos templos que possuem arrecadação, enquadrar-se-iam na perspectiva de igualdade dos contribuintes em geral, pois possuem a capacidade contributiva estrutural, ou seja, de suportar o ônus tributário e está arrecadação de tributos auxiliaria a sociedade, com a satisfação de suas necessidades, visando o bem comum da coletividade.

Em síntese estreita, a matéria imunidade para os templos e tais princípios devem ser observados na relação entre os benefícios que podem ser prestados à sociedade em geral, a um coletivo seleto ou ainda num pensamento mais restrito em que cada grupo específico tem uma benesse concedida para a prática de sua ideologia.

18 CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit. p. 194-195.

3.2 Da benesse concedida às igrejas e seus templos

Para a introdução deste tópico, far-se-á a transcrição do art. 5º, IV, VI, VII e VIII da Constituição Federal:

> Art. 5º. [...]
>
> [...]
>
> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

O fato é que as benesses concedidas às religiões vêm sendo estabelecidas antes mesmo da Constituição Federal de 1988, pois o legislador entende que o estabelecimento da fé no ser humano institui força, vontade, superações e fatos ao qual o Estado não é capaz de fazer. Por estes e outros motivos a fé está inserida na Cultura e alma do povo e o legislador entendeu que conceder meios para a promoção desta prática é um dever do Estado.

Primeiramente deve-se entender que a vontade do legislador é de conceder a imunidade às entidades religiosas, estas formadas por seus representantes, os quais possuem templos, pois entende-se que o templo por si só não tem capacidade jurídica de receber a imunidade tributária. Visto assim, a vontade deste foi de estabelecer benefícios ao grupo religioso e não ao prédio.

Posteriormente faz-se necessário entender que ao menos na cultura cristã, a igreja é o próprio ser, a alma habitada em um corpo. Paulo, em sua Primeira carta aos Coríntios, ressaltou: "Vocês são também o edifício de Deus"[19]. Assim, templos seriam a materialidade de um lugar externo ao corpo, estabelecendo-se um lugar em concreto, ou seja, em forma para a reunião de duas ou mais pessoas para a prática da fé.

Necessário se faz para contemplar o conceito de templo e imprescindível é estabelecer o alcance de templo, e até onde o legislador teve como objeção alcançar a imunidade tributária.

Faz-se relevante destacar que a palavra templo, num primeiro momento, na alínea "b" do art. 150, VI, traz uma hermenêutica de que apenas o prédio é sujeito de imunidade. Mais adiante o § 4º do mesmo artigo, libera um pensamento de que pode-se ampliar o limite do poder de tributar.

Por primeiro, tem o sentido restrito da palavra templo para alguns operadores do direito. Estes entendem que apenas o local de adoração é sujeito a imunidade e que não caberia as outras edificações em separado pertencentes a entidade religiosa como sujeitos a esta benesse. Benesses estas exemplificadas como a casa paroquial, residência do pastor, salão de festas do templo, terrenos sem edificações pertencentes a entidade religiosa.

19 Bíblia Sagrada. I Cor. 3:9.

No outro lado do conflito, estão os que entendem que a palavra templo deve ter um sentindo mais genérico, no modo que obtenha uma hermenêutica que ultrapasse o prédio do templo. Para seus defensores, "esta imunidade, em rigor, não alcança o templo propriamente dito, isto é, o local destinado a cerimônias, mas, sim a entidade mantenedora do templo, a igreja"[20].

> O templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência especial, do pároco ou pastor, pertencente à comunidade religiosa, desde que não empregados em fins econômicos.[21]

Concernente as posições dos autores supracitados é percebível a contradição da palavra templo na Carta Suprema, e que esta traz diferenças quanto a sua extensão para os doutrinadores, mas que sua constitucionalidade é clara e é um meio protetor dos artigo 5º, V ao VIII.

A imunidade em si, constitui para a força dos templos. Uma restrição desta benesse poderia dificultar o crescimento das instituições religiosas, bloqueando, assim, a liberdade de expressão auferida como direito fundamental.

A necessidade do templo e de sua mantenedora é subjetiva, fica exposto a estes "órgãos" a feição de dizer a necessidade de tais serviços precisos, e cabendo ao Estado a fiscalização do que está sendo usado para a finalidade respectiva.

No § 4º, do art. 150, supra mencionado, fica exposto a mais ampla vontade do legislador em conceder benefícios aos templos de qualquer culto. Imuniza-se até mesmo atividades extras praticadas por essas entidades religiosas. O conjunto destas atividades formam o triângulo de estruturação e manutenção. O valor auferido destas atividades deverá ser aplicado às finalidades da igreja.

> Há neste ponto que se considerar a importância do desenvolvimento do significado mais adequado para a expressão finalidades essenciais, de acordo com as melhores indicações da hermenêutica jurídica, descabendo a aplicação do sentido encontrado facilmente nos dicionários. Deve o intérprete judicial buscar, dentro do possível, o verdadeiro sentido da norma.
>
> A interpretação literal deste aspecto, como defendem alguns, revela uma pobreza de conhecimento quanto à verdadeira intenção do legislador constituinte. Portanto, mais que o significado básico das palavras, deve-se buscar aqui o significado contextual, conforme preconiza a hermenêutica jurídica. Para tanto, imprescindível a ponderação quanto à finalidade, sentido e condições de cada norma.[22]

Portanto pode-se retirar através de interpretação duas vertentes deste artigo, que ao final causam equilíbrio ao sistema jurídico.

Primeiramente aufere-se quanto ao poder do Estado de estabelecer um limite ao qual a entidade religiosa investirá a benesse concedida, para que assim não haja abuso e seja cumprido as finalidades necessárias, exposto no art. 150, parágrafo 4˚ da CF.

Vislumbra-se que o mesmo também vale ao Estado, mas de forma contrária. A regra Constitucional deve ser posta em ponderação e equilíbrio, para que assim não faça o Estado abuso de poder, cobrando indevidamente tributos, o qual o Constituinte através da norma imunizou.

---

20 CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 608.

21 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 137.

22 DUARTE, Cynthia de Oliveira. **Imunidade tributária dos templos de qualquer culto.** Monografia apresentada na pós-Graduação lato sensu com especialização em Auditoria em Tributos. Universidade Gama Filho. p. 22.

3.3 A Jurisprudência e Doutrina

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, decidiu, com base no art. 150, VI, "b", sobre a extensividade da imunidade concedida aos templos. Nesse assunto, ementou:

> TEMPLOS DE QUALQUER CULTO IMUNIDADE TRIBUTÁRIA ESTENDIDA AOS PRÉDIOS DE PROPRIEDADE DA IGREJA RECURSO PROVIDO.
>
> A imunidade tributária prevista no art.150, VI, "b", CF, abrange prédio de comprovada propriedade da igreja, ademais quando localizado em área contígua à do templo, porquanto a vedação de instituição de impostos dá-se não só sobre a edificação destinada ao culto, mas também abarca o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades.[23]

Desse modo, o entendimento do Tribunal Sul-mato-grossense é no sentido de que outros tipos de rendas, auferidas pela igreja, também devem ser imunizadas, mas desde que respeitem a atividade fim. Assim, cabe também a entidade religiosa provar documentalmente o exercício de sua competência, ou seja, veículo de transmissão de fé e todas as formas de obtenção de renda, agregadas ao seu patrimônio. Caso não seja feito, esta não se enquadra na legalidade de aplicação da imunidade.

O Supremo Tribunal Federal, revestido do poder de proteger a Constituição, detém o entendimento amplo do termo templo e o alcance das finalidades essenciais:

> Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, "b" e § 4.º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, "b", CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas". 5. O § 4.º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas "b" e "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.[24]

Disposto ao termo acima, o entendimento deste é amplo e que não apenas o templo é passível de imunidade, mas que todos os prédios pertencentes a entidade também são plausíveis, mesmo que não utilizados. Destarte, um prédio ao qual a entidade é dona e está aluga a outrem é imune desde que a renda seja revertida a finalidade essencial. Inclusive a cemitérios.

Em um outro recurso extraordinário o STF decidiu contra a entidade religiosa, sustentando que não basta apenas provar a propriedade do imóvel, deve a mesma proporcionar meios suficientes que comprovem a utilização da benesse.

A importante decisão do STF descaracteriza uma visão de que a imunidade tributária é feita apenas para beneficiar. Isto se deve ao fato do legislador constituinte, no art. 5º, IV a VIII e art. 150, VI, "b", apenas declarar direitos. Mas cabe ao Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, instituir meios para que haja ponderação desta benesse e assim a prática não ser desviada.

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE RELIGIOSA. IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA DE MINISTRO RELIGIOSO. INCIDÊNCIA DO ART. 150, VI, B, DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE DAS RAZÕES QUE DERAM

23 TJMS. AC n. 2008.008340-0. Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Data do julgamento: 15 abr. 2008.

24 STF. RE 325822. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 18 dez. 2002.

> ENSEJO À EDIÇÃO DA SÚMULA 724 DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I – Este Tribunal, no julgamento do RE 325.822/SP, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, assentou que a imunidade prevista no art. 150, VI, b, da Constituição impede a incidência de IPTU sobre imóveis de propriedade de entidade religiosa mas locados a terceiros, na hipótese em que a renda decorrente dos aluguéis é vertida em prol das atividades essenciais da entidade. II – Se a circunstância de a entidade religiosa alugar o imóvel de sua propriedade a terceiro, sem qualquer vínculo com ela, não afasta a imunidade mencionada, nada justifica o óbice ao gozo do benefício nahipótese de o bem em questão ser destinado à residência dos seus ministros religiosos. III – Agravo regimental improvido.[25]

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS. IPTU. IMÓVEL VAGO. DESONERAÇÃO RECONHECIDA. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não cabe à entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, compete à Administração tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade. Nos termos da jurisprudência da Corte, a imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos. Agravo regimental a que se nega provimento.[26]

Ao modo que o STF faz seu entendimento de que a imunidade alcança tudo o que há retorno em prol da entidade religiosa, parte da doutrina também o faz.

Quanto aos cemitérios, o STF percebendo os direitos a imunidades para que os praticantes da fé possam sepultar seus membros.

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. ARTIGO 150, VI, B, CB/88. CEMITÉRIO. EXTENSÃO DE ENTIDADE DE CUNHO RELIGIOSO.
>
> 1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles.
>
> 2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI b.
>
> 3. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido.[27]

O mesmo entendimento tem-se Ercias Rodrigues de Sousa:

> a imunidade alcança, no que se refere à propriedade, não só o templo, em si considerado, mas todos os necessários anexos, como a casa paroquial, pastoral, conventos, seminários, etc. Isto é assim porque a proteção constitucional é ao culto e suas liturgias, desenvolvidas não só no templo principal mas também naqueles demais recintos.[28]

Para alguns doutrinadores a extensão de templo se faz necessária, de modo a constituir todo o patrimônio da organização religiosa. Sobre a palavra o tema, Paulo de Barros Carvalho, defende "uma interpretação extremamente lassa da locução religiosa *culto religioso*. E as edificações onde se realizarem esses rituais haverão de ser consideradas templos".[29]

25 STF. ARE 694453/DF. Rel Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 25 jun. 2013.

26 STF. ARE 800395/ES. Rel. Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 28 out. 2014.

27 STF. RE 578562. Rel. Min. Eros Grau. Data do Julgamento: 21 mai. 2008.

28 SOUSA, Ercias Rodrigues de. **Imunidades Tributárias na Constituição Federal – uma análise a partir dos conceitos estruturais da ciência do Direito**. Curitiba: Juruá, 2003. v. XI, p. 135.

29 CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit. p.195.

Hugo de Brito Machado, compreende que, "a imunidade, a fim de atingir seu escopo, não deve se limitar aos impostos, atingindo todas as modalidades tributárias"[30].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante toda uma análise doutrinária e jurisprudencial concernente ao tema, chega-se ao fim do projeto proposto, com o qual pode-se a chegar a diferentes pensamentos e conclusões. O assunto imunidade tributária aos templos de qualquer culto é contraditório e prevalece a discussão tanto para debates político, quanto para os aspectos sociológicos.

A comunicação entre Estado e igreja no império romano tinha um caráter separado, ambos não se comunicavam. Os dois buscavam está separação. A igreja através do *Decretum Gratiani* aspirou a harmonização entre as partes. Desde está época a igreja não pagava tributos ao Estado. O embrião da imunidade tributária aos templos de qualquer culto, surge na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Primeiramente neste trabalho focou-se no âmbito tributário em geral. A partir disto compreende-se seus diversos princípios e a desigualdade entre as igualdades matérias pertinentes aos assunto de não tributação. Teve como foco importante neste capítulo a busca pelas diferenças entre imunidade e isenção. Brevemente, a isenção é a exoneração da obrigação tributária, destituída através de uma lei ordinária e, por final, a imunidade é a regra estabelecida pela Constituição para vedar a tributação sobre elementos taxativos estabelecidos por ela. Desse modo, a CF limita a competência, vedando absolutamente a criação de leis ordinárias que institua tributos á pessoas, elementos ou fundações imunes.

A frente do capítulo anterior, discutiu-se o Estado laico. Mostrou-se que um Estado laico é aquele que permite a todos a prática de sua fé. E que laicidade não se confunde com laicismo, este último o qual aduz que o Estado não pode ter ligação alguma com crença. Ocorre atualmente movimentos que discutem retiradas de liberdade de expressão por quem se expressa através de alguma religião, o que não é o correto. O art.5°, IV a VIII, garante a liberdade de expressão, crença e assistência religiosa. Compreende-se ao final deste parágrafo que imunidade aos templos de qualquer culto, não refere-se apenas a matéria tributária, mas estabelece comunicação com os direitos fundamentais.

Destarte, fica exposto que trata-se de imunidade objetiva e específica, ou seja, abrange a coisa ou objeto, e específica por estabelecer imunidade a uma fundação. Desta maneira, o bem a qual é concedido a imunidade é o "Templo". Pela hermenêutica jurídica da palavra Templo, é que se deriva a maior parte das discussões. Isto ocorre pelo fato do constituinte originário na Constituição Federal mal relatar sobre a matéria.

Ao atual momento, fica estabelecido pelos tribunais que a palavra templo tem sentido mais amplo do que apenas o local de culto. A Suprema Corte vem auferindo que o sentido da palavra templo no art. 150, VI, "b" aufere também os demais conjuntos prediais pertencentes a entidade religiosa, desde que atenda a finalidade da crença. Estabeleceu-se o entendimento de que templo é a totalidade de bens e atividades aglomerados a entidade, pois todo os ramos do templos, seja ele o lugar de adoração, salão de festas ou chácara de comunhão são lugares necessários para exteriorizar a crença.

Ainda há, por parte do fisco competentes a prefeitura a cobrança de IPTU, uma ânsia em arrecadar da entidade religiosa, este imposto em terrenos vazios, prédios não ocupados, ou alugados a outrem. O que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que entendeu ser indevido este recolhimento,

30 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 284.

desde que a instituição religiosa agregue as finalidades essenciais. Entende-se que se houvesse a cobrança do imposto desgastaria a entidade religiosa e seus movimentos religiosos, uma vez que o constituinte originário estabeleceu a imunização pois estás são entidades em fins lucrativos. Dessa maneira, tem-se de um lado o empenho do fisco em coletar tributo e o outro lado de grupos religiosos em fazer valer seus direitos constitucionais.

Diferente com o qual acontece com a terminologia "Templo", a especificação "patrimônio, renda e serviços" contidas no art. 150, § 4º, esta demonstra-se de uma forma taxativa, e isto levou a um entendimento mais concreto até mesmo entre os doutrinadores. Mais uma vez o entendimento é que tudo se volte para a prática da fé.

Por motivos, alguns declaram sua insatisfação pela imunidade tributária por esta não contribuir em igualdade com a sociedade em geral, afetando tanto a mercancia ao auferir incentivos, como também por que o tributante não incidido alcançaria formas de beneficiamentos e seguridade social.

Do outro ponto de vista, garante-se a todos que professem alguma crença, receba um incentivo (entidade religiosa) que ajude a estruturar e manter local de comunhão. O Brasil é um país com uma vasta quantidade de religiões difundidas em toda a sociedade. Isto reforça a necessidade de proteção ao local de culto, estabelecido no art. 5˚, VI da Carta Magna e a imunização para tal.

A imunidade contribui para com que a instituição religiosa continue a manter seu caráter social, seja entre os membros, ou até mesmo para os não-vinculados, por exemplos as casas de recuperações para viciados, um papel ao presume-se que deveria pertencer ao Estado. Para Rousseau, a religião é importante, pois esta ensinava aspectos morais, de forma positiva, necessários para convivência e construção de uma sociedade melhor. Assim se faz também nas questões políticas.

Por fim entende-se que a interpretação da Constituição Federal quanto a imunidade aos templos de qualquer culto pode-se tornar muito ampla. Nada impediria de uma revisão constitucional a esta matéria, haja vista que existem remédios que podem suprir estes defeitos.

Compreende-se que o Brasil passa por um momento em que se fala em ampliação de liberdades no âmbito geral. Algumas liberdades devem ser vistas e outras revistas, para inclusão, aperfeiçoamento e estabelecer uma compreensão melhor dos textos já instituídos. Um governo o qual seus representantes têm seu corpo cheio de luz, estes terão seus olhos bons, e serão transcendentes para com as leis e a sociedade.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BLANCARTE, Roberto. **O porquê de um Estado laico**. *In:* LOREA, Roberto Arruda (org.) **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Mauro José Gomes da. **Anotações acerca da teoria geral da isenção tributária.** Disponível em https://jus.com.br/artigos/2063/anotacoes-acerca-da-teoria-geral-da-isencao-tributaria. Acesso 19 jul. 2016.

DUARTE, Cynthia de Oliveira. **Imunidade tributária dos templos de qualquer culto.** Monografia apresentada na pós-Graduação lato sensu com especialização em Auditoria em Tributos. Universidade Gama Filho.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sob a proteção de Deus.** Disponível em http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1722. Acesso em 20 jul. 2016.

_____. **Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6, t. 1**.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 16, n. 3072, 29 nov. 2011. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/20527>. Acesso em: 27 abr. 2016.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Significados. Disponível em: http://www.significados.com.br/laico/. Acesso em 26 fev. 2016.

SOUSA, Ercias Rodrigues de. **Imunidades Tributárias na Constituição Federal – uma análise a partir dos conceitos estruturais da ciência do Direito**. Curitiba: Juruá, 2003. v. XI.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na constituição federal de 1988**. Tese de Doutorado apresentado no curso de Direito. USP, 2012.

O PAPEL ESCAFANDRISTA DO JUIZ NA PERFECTIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Mikeline Bueno de Menezes[1]

Resumo: O presente artigo trata-se de uma reflexão acerca do princípio da cooperação e o papel do juiz para sua perfectibilização. O processo cooperativo emerge de alguns princípios tais como o do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, que somados ao processo evidenciam o surgimento do princípio da cooperação processual. A contextualização do tema surge na legislação processual civil brasileira, no seu artigo 6º, que dá fundamento para construção do novo modelo de processo, em que sua condução se perfectibiliza na posição assimétrica dos sujeitos processuais: o juiz e as partes, determinada pelo diálogo e valorização jurídica, para tomada conveniente da decisão. Assim, surge um novo modelo cooperativo na condução adequada de um processo civil democrático. No mesmo norte, o modelo cooperativo, exige que não apenas as partes conduzam para si a relação jurídica, mas, exige a gestão adequada pelo juiz no processo, posição de diálogo e equilíbrio, resultando ao final uma decisão judicial justa. A função da judicatura é fruto de um processo comparticipativo, em que o gestor processual - o juiz, conduzirá o processo de acordo com os deveres de esclarecimento, de consulta, de proteção ou prevenção e de auxílio. Desta feita, superando os salamaleques e bajulações que permeiam os corredores da atividade judiciária, imperioso destacar que harmonizar o processo cooperativo com a direção eficaz de um juiz firme e ético é, de fato, uma forma segura para garantir direitos e transformar o processo em uma "comunidade de trabalho", em que os sujeitos processuais são cúpulas de um todo, conferindo assim, segurança jurídica e paz aos homens.

Palavras-chave: Princípio da cooperação; Processo Civil; Sujeitos processuais; Juiz.

Abstract: The present article deals with a reflection on the principle of cooperation and the role of the judge for its perfectibilisation. The cooperative process emerges from principles such as due process, procedural and procedural good faith, which, together with the process, demonstrate the emergence of the principle of procedural cooperation. The contextualization of the subject appears in the Brazilian civil procedural law, in its Article 6, which provides grounds for construction of the new process model, in which its conduct is perfectibilized in the asymmetrical position of the procedural subjects: the judge and the parties, determined by the dialogue and For the appropriate decision. Thus, a new cooperative model emerges in the proper conduct of a democratic civil process. In the same north, the cooperative model requires that not only the parties conduct themselves the legal relationship, but, it requires the proper management by the Judge in the process, position of dialogue and balance, resulting in the end a just judicial decision, as a result of the activity carried out By the corporate model and management of the judge, who has duties of clarification, consultation, protection or prevention and assistance. This time, overcoming the salamaleques and flatteries that permeate the corridors of judicial activity, it is imperative to highlight that harmonizing the cooperative process with the effective direction of a firm and ethical Judge is, in fact, a safe way to guarantee rights and transform the process into a "Community of work," in which the procedural subjects are summits of a whole, thus conferring security and peace on men.

Key words: Principle of Cooperation; Civil lawsuit; Procedural subjects; Judge.

1 Licenciada em Química pela UEMS. Bacharel em Direito pela Universidade do Paraná – Unipar. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Processual Penal pela EAD Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduada *lato sensu* em Teoria do Estado, relações privadas e processo pela Escola Superior da Magistratura. Secretária Executiva da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro está arraigado às situações jurídicas que permeiam à sociedade, logo seu reconhecimento e a realização de direitos, ameaçados ou violados, deve encontrar harmonia e equilíbrio com a atividade jurisdicional desempenhada pelo gestor processual, qual seja, o Juiz, perfectibilizando com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Partindo desse contexto, a organização do processo inicia-se com a distribuição das funções dos sujeitos processuais de forma harmônica, em que todos da relação jurídica colaboram, de forma mais relevante ou não, na instauração, desenvolvimento e conclusão do processo.

Com advento do Novo Código de Processo Civil, eis que surge expressamente o modelo cooperativo, modelo de organização do processo, regido pelo princípio e regras de cooperação, dando eficácia e equilíbrio a relação judicial. O art. 6º do NCPC consagrou: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Referido modelo, redimensiona alguns princípios, como contraditório, devido processo legal, e da boa-fé processual, que somados ao processo evidenciam o surgimento do princípio da cooperação processual.

Nessa senda, a condução do processo não se perfaz tão-somente pelo impulso das partes, mas inclui o órgão jurisdicional no rol de sujeitos no diálogo processual, deixando de ser o juiz mero expectador do duelo das partes.

É de salutar importância que a proeminência social no novo processo civil, de fato, é o juiz, pois, de mero condutor dos processos, passou a ser uma figura destacada, um verdadeiro escafandrista do direito processual, atuando de forma equilibrada e eficaz na garantia do processo cooperativo, utilizando deste princípio, um instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial.

Outrossim, o bom argumento que seduz ao interesse pelo presente trabalho, é a observação da ampliação de poderes de direção ao órgão jurisdicional em sua atividade, o juiz como gestor do processo cooperativo, de acordo com o art. 139 do Novo Processo Civil, vê seus deveres e poder de direção ampliados, com o escopo de dar maior eficácia a um processo, e, ao mesmo tempo foram concedidos, para casos específicos, poderes às partes através de uma cláusula geral de negociação processual.

Por corolário, superando os salamaleques e bajulações que permeiam os corredores da atividade judiciária, seguro dizer que para ocorrer a perfectibilização do processo cooperativo, precipuamente, deve haver a figura do escafandrista do direito – o juiz, um papel-dever fundamental, com poderes de direção e gestão na condução do processo cooperativo, a fim de proferir uma decisão mais justa e célere.

Desta feita, todas essas achegas jurídicas são de imenso valor, pois imperioso dizer que harmonizar o processo cooperativo com a direção eficaz de um Juiz firme e ético é, de fato, uma forma segura para garantir direitos e transformar o processo em uma "comunidade de trabalho", em que os sujeitos processuais são cúpulas de um todo, conferindo, assim, segurança e paz aos homens.

1 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

1.1 Origem

De proêmio, vejamos a previsão embrionária do princípio da cooperação ou colaboração, na qual encontra-se firmada no direito estrangeiro, com aplicabilidade mais presente na Alemanha (considerada como o local de origem do princípio), França e em Portugal.

Por conseguinte, há tempos este princípio encontra-se instituído, e possui inspiração em diversos sistemas jurídicos estrangeiros que já o utilizam, como o alemão, o português e o italiano. Nesse caminho histórico, percebemos que o ordenamento jurídico albergou a colaboração processual, tendo doutrinas e jurisprudências já o adotando como um modelo cooperativo de processo, bem como o mesmo veio para transformar o processo civil numa "comunidade de trabalho".

Em solo brasileiro, e face algumas deficiências no direito processual civil, este princípio ecoa com o advento do Novo Código de Processo Civil, surgindo expressamente o modelo cooperativo, modelo de organização do processo, regido pelo princípio e regras de cooperação, dando eficácia e equilíbrio a relação judicial. O art. 6º do NCPC consagrou:

> "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Referido modelo, redimensiona alguns princípios, como contraditório, devido processo legal, e da boa-fé processual, que somados ao processo evidenciam o surgimento do princípio da cooperação processual.

Aduz a doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p.71), que o Novo Processo Civil trouxe "medidas que têm por finalidade emprestar maior efetividade e conceder uma tutela jurisdicional mais célere e justa ao cidadão, pois coíbem artifícios técnicos no intuito de retardar o desfecho do processo".

Nesse sentido, o Novo Processo Civil apresenta o modelo cooperativo, em que o princípio da cooperação processual emerge de outros princípios como o do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, que somados caminham de mãos dadas a fim de perfectibilizar a eficácia do rito processual resultando numa prestação jurisdicional mais célere e de qualidade.

2 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Numa visão geral, o direito processual civil é uma disciplina da ciência jurídica e uma vertente do direito público, capaz de estabelecer um regramento para disciplina da atividade estatal na prestação da jurisdição, dando efetividade na tutela jurisdicional.

Destaque-se que o processo civil brasileiro, é tido também como um instrumento para resolução de conflitos da sociedade, possuindo caráter formal do direito processual, regendo questões tanto de direito privado quanto público, além de possuir uma estrutura elementar com adaptação técnica, objetivando o exercício da jurisdição na solução de conflitos.

Segundo Álvaro de Oliveira (2003), a estrutura do processo civil é moldada por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado.

No mundo processualista civil, há diversos modelos de direito processual, na qual prevê uma organização processual precedida de distribuição de funções para cada sujeito processual, a doutrina costuma identificar dois modelos de estruturação do processo: modelo adversarial e o modelo inquisitorial.

Para Fredie Didier Jr. (2016, p.122), o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo.

Superado esses dois modelos, finalmente surge um terceiro modelo do processo civil brasileiro, um modelo de organização do processo, na qual traz em sua raiz, um processo cooperativo para resolução de conflitos.

Como dito, o princípio cooperativo emerge de alguns princípios tais como os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, que somados ao processo evidenciam o surgimento do princípio da cooperação processual.

Caminhando de encontro aos novos rumos do processualismo moderno, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil de 2015, segundo Tereza Arruda Alvim Wambier (2015, p. 547), "trata-se de evidente manifestação do princípio da cooperação".

Observa-se que o princípio da cooperação conduz por completo o processo civil brasileiro, fundamentado expressamente no art. 6º, e se estende em vários outros artigos, como exemplo, previsto nos art. 67, art. 68, art. 69, § 2º, artigo 357, § 3º, e demais, todos do NCPC.

Aspecto interessante observado nesses dispositivos são uma indicação do dever de cooperar como modelo para se atingir uma decisão justa e efetiva para resolução do litígio.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p.144-145), a cooperação entre as partes é voltada para a obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável. Positivamente, tem-se a consagração legal de que a decisão de mérito – decisão típica do processo – deve ser o objetivo das partes e do juízo.

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos. (DIDIER JR, 2016, p.126).

Segundo Dierle José Coelho Nunes (2008), que fala em modelo comparticipativo de processo como técnica de construção de um processo civil democrático em conformidade com a constituição, afirma que "a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo".

Nessa senda, a ideia da cooperação segundo Fredie Didier Jr. (2016, 128), é que o mesmo atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do "estado de coisas" (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Continua o autor:

> Essa eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factumproprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado. Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O dever de cooperação é um deles. (DIDIER JR, 2016, p. 126).

3 JUIZ: O ESCAFANDRISTA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil representa o nascimento de uma nova perspectiva de processo, possuindo uma missão desafiadora de apresentar mecanismos que garantam valores democráticos como o acesso à justiça, eticidade, operabilidade, celeridade e perenidade da prestação jurisdicional.

Dessa maneira, nasce o processo cooperativo, eivado do clamor social de dar maior celeridade processual, um sistema amadurecido, desenvolvido com mecanismos formais e procedimentais que visa auxiliar no cumprimento das metas institucionais.

A mudança legislativa trouxe maior respeito aos direitos inerentes à sociedade, bem como revela a tão almejada cooperação mútua entre as partes e o juiz. A estratégia para o bom andamento processual se dará, primordialmente, com o diálogo paritário e a participação isonômica entre os atores da relação jurídico/processual, hasteando sobre todos a bandeira da justiça.

Ademais, a moderna sistemática processual transformou o processo em instrumento democrático de pacificação social e garantia de segurança jurídica, deixando de ser encarado com atos exclusivos das partes, ou meras atividades exclusivas do juiz.

De acordo com a Constituição Federal, art. 92, temos a formação do Poder Judiciário estruturado em uma organização social, com funções jurisdicionais exercidas por membros da magistratura.

Nesse toar, tomado por um olhar sobejamente reflexivo, verifica-se que no contexto processual civil, o julgador ocupa a posição de um verdadeiro operário na construção de uma grande obra, considerando-o como juiz escafandrista, coadjuvante e gestor na tarefa de perfectibilizar o princípio da cooperação na prestação jurisdicional, adotando uma nova dimensão fundamental ao processo civil brasileiro, sobretudo na condução e julgamento da causa, juntamente com os demais auxiliares da justiça (art. 149, do CPC).

Na nova perspectiva, auxiliada pelo princípio da cooperação, observa-se a necessidade de se ter a chamada *comunidade de trabalho, uma cooperação recíproca e efetiva entre juiz e partes,* com o escopo de entregar uma prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, diminuindo procedimentos exclusivistas e incentivando um modelo comparticipativo, que certamente resultará numa obra perfeita.

Aduz Luiz Guilherme Marinoni (2015, p.75), que:

> O juiz brasileiro para ser constitucionalmente legítimo para condução do processo tem de ser qualificado como um juiz natural. O direito fundamental ao juiz natural (art.5º, XXXVI e LIII, da CF) é um elemento inerente ao direito fundamental ao processo justo (art.5º, LIV, CF). É o juiz natural que tem o dever de imparcialmente conduzir o processo, exercendo adequadamente os seus poderes e observando os seus deveres ao longo de todo o arco procedimental.

De mais a mais, insta registrar os comentários do ilustre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 74-75):

> encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela ideia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes, a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de efético 'dever de engajamento' do juiz no processo. Longe de aniquilar a autonomia individual e auto-responsabilidade das partes, a colaboração apenas viabiliza que o juiz atue para a obtenção de uma decisão justa com a incrementação de seus poderes de condução no

> processo, responsabilizando-o igualmente pelos seus resultados. A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básica: o juízo de conveniência a respeito da propositura ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuar tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes. O processo não é encarado nem como coisa exclusivamente das partes, nem como coisa exclusivamente do juiz – é uma coisa comum ao juiz e às partes.

Desta feita, superando os salamaleques e bajulações que permeiam os corredores da atividade judiciária, imperioso destacar que harmonizar o processo cooperativo com a direção eficaz de um Juiz firme e ético é, de fato, uma forma segura para garantir direitos e transformar o processo em uma "comunidade de trabalho", em que os sujeitos processuais são cúpulas de um todo, conferindo assim, segurança e paz aos homens.

3.1 Poderes e deveres do Juiz no processo cooperativo

No sistema processual civil brasileiro, o processo é dirigido pelo juiz, que é o responsável pela condução do processo (art.139) e julgamento da causa (art.141), atividade esta realizada de forma paritária ao logo do procedimento.

Ao conduzir o processo, o juiz seguindo o modelo cooperativo processual, terá o poder-dever de promover o processo de forma paritária.

Ademais, o dever primordial do juiz deve encontrar respaldo na premissa de decidir com justiça, a fim de satisfazer ao jurisdicionado que tenha razão na causa. Não basta apenas julgar formalmente, subsumindo o caso à lei, ou ficar alheio as circunstancias judiciais, todavia, deverá ir mais além, de forma dinâmica e ativa aos anseios da perfectibilização da justiça efetiva.

Nesse toar, a figura do juiz escafandrista outorga sobremaneira a estima teórica e prática do princípio da cooperação, pois a responsabilidade de aplicação e interpretação da norma jurídica processual civil certamente recairá sobre os ombros do juiz natural da lide, pela razão do poder-dever do magistrado ser mais ativo e participativo, coadjuvante na sua tarefa de conduzir o litígio de maneira cooperativa, dialogando, esclarecendo fatos, a fim de promover o processo justo e ao final, a decisão justa.

A partir dessa perspectiva, segunda a doutrina há algumas manifestações desses deveres em relação às partes:

> a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exeqüente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC). (DIDIER JR, 2016, p. 129).

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 76), o juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes, com o escopo de dar de fato tutela aos direitos e produzir um resultado que não apenas extinga o processo sem resolução de mérito, mas um fim que efetivamente enfrente o litígio existente entre as partes (art.490), extinguindo o processo ou uma de suas fases com resolução do mérito da causa (art. 487).

3.2 Dever de esclarecimento

Consoante ao órgão jurisdicional é possível visualizar o dever de esclarecimento, no qual o tribunal ou o juiz tem o dever de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, com o fim de evitar decisões precipitadas, saturadas de abusos e ausências de informações.

Tomando como exemplo dado pelo doutrinador Fredie Didier (2016, p.129), se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo).

3.2.1 Dever de consulta

Segundo o impoluto doutrinador Fredie Didier (2016, p.130), esse dever decorre do juiz consultar as partes sobre a questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consulta, expressamente consagrado no art.10 do CPC.

De fato, o dever de consulta resulta da forma do juiz zelar pelo bom andamento processual consultando as partes sobre qualquer questão pertinente, respeitando assim o princípio do contraditório e decidindo conforme o direito processual.

3.2.2 Dever de proteção

No sistema jurídico brasileiro, o dever de proteção encontra respaldo em diversos dispositivos: arts.76, *caput*, 321, 932, § ú. 1017, § 3º, 1029, § 3º, todos do CPC.

Assim, vale dizer que o juiz possui o dever de advertir aos litigantes sobre os riscos e deficiências das manifestações, determinando a adequação correta à situação concreta do fato, a fim de proceder à correção de defeitos sempre que necessário.

3.3 Posicionamento jurisprudencial

Na lição da nova sistemática processual, a qual contempla o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC/2015, observa-se que a regulamentação processual exige um comportamento do julgador e partes, a fim de que suas condutas sejam de boa-fé e essencialmente cooperativas, perfectibilizando a atividade estatal judiciária.

Ante à redação do referido dispositivo, infere-se destacar a lição da impoluta doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier:

> A proibição do venire contra factum proprium é consequência da exigência de que as partes ajam de boa-fé. Comportamento que gera na outra parte certas expectativas não pode ser contrariado, pois esta conduta viola confiança. 1.1. O princípio da cooperação é relativamente jovem no direito processual. Cooperar é agir de boa-fé. Embora nem todas as condutas de boa-fé sejam essencialmente cooperativas. 1.2. O dever de cooperar existe no interesse de todos, pois todos pretendem que o processo seja solucionado em tempo razoável. 1.3. A ideia de cooperação, às vezes, atinge não só às partes, mas a própria sociedade, que se faz presente, por meio dos amicus curiae ou mesmo grupos que participam das

> audiências públicas, que são marcadas quando a questãoa ser decidida pelo Judiciário tem grande repercussão social. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) e outros. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 68-69).

Nessa ordem de ideias, e em recentes entendimentos das Cortes Supremas e Tribunais, são no sentido de ser plenamente possível a incidência do princípio da cooperação, tendo como marca a efetiva resolução de conflitos jurisdicionais, com o fito de tratar com primazia o conceito de justiça.

Com este foco voltado para aplicação do princípio da cooperação, colhem-se os julgados, *in verbis:*

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO POR INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CÁLCULOS DO DÉBITO EXEQUENDO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ENVIO DOS AUTOS À CONTADORIA JUDICIAL. ARTIGO 98, § 1º, VII, DO CPC. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PREVISTO NO ART. 6º DO NCPC. TRATA-SE, AO DEMAIS, DE GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. 1. Cogita-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em cumprimento de sentença, rejeitou o pedido de envio dos autos à contadoria judicial, formulado pela parte beneficiária da justiça, ao tempo em que determinou a elaboração dos cálculos do débito. 2. Destarte, "No art. 6º do NCPC, consagra-se o princípio da cooperação, passando a exigir expressa previsão legal para que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável. Como o dispositivo prevê a cooperação como dever, é natural que o desrespeito gere alguma espécie de sanção, mas não há qualquer previsão nesse sentido no dispositivo ora analisado". (Manual de Direito Processual Civil, Volume Único, Editora jus podivm, 8ª edição, 2016, p. 144) (...). Agravo de instrumento provido. (TJDF, AGI. n. 20160020310685, Rel. João Egmont, 2ª T., DJe de 08/02/2017).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUNTADA DE EXTRATO ANALÍTICO DA DÍVIDA E COMPROVANTES DE PAGAMENTOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. ARTIGO 6º DO CPC. - O princípio da cooperação/colaboração, previsto no artigo 6º do CPC, deve permear o processo na totalidade. - Necessário deferir o pedido do autor para que a ré apresente os extratos analíticos da dívida, bem como os comprovantes de pagamento que servirão como base para viabilização da apresentação do valor que a parte agravante entende devido. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70071760367, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 23/02/2017)

> APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO COMINATÓRIA. VÍCIOS CONSTRUTIVOS. DETERMINAÇÃO PARA EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. DESCUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. O desatendimento de determinação clara e específica de emenda da inicial enseja seu indeferimento, nos termos do inciso IV do art. 330 do CPC/2015. Outrossim, o princípio da cooperação impõe a todos os membros do processo a colaboração para obtenção da solução de mérito justa e efetiva em tempo razoável (art. 6º do CPC/2015). Na hipótese dos autos, a parte-autora descumpriu determinação de emenda da inicial com explicitação dos vícios verificados no imóvel, omitindo-se à segunda possibilidade de emenda proporcionada pelo juízo. Petição inicial indeferida. Sentença mantida. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70072099211, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ângelo, Julgado em 09/03/2017).

Posto isso, não há falar em qualquer negativa ante o princípio acima explanado, visto que a prestação jurisdicional dos tribunais tem suas decisões motivadas por este princípio, demonstrando uma nova dimensão do direito, em que o juiz desempenha o papel de verdadeiro escanfandrista do direito na perfectibilização do princípio da cooperação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, depreende-se que o direito processual pátrio trouxe em seu bojo o princípio da cooperação, sobretudo, trata-se de uma mudança legislativa com o enfoque ao julgador e partes, admitindo uma participação ativa e cooperativa entre os atores da relação processual.

Sob um nova perspectiva e visão cooperativa do processo, o princípio da cooperação se aperfeiçoa com a efetiva gestão do julgador, alinhando-se com a conduta das partes, em prol da perfectibilização do conceito de justiça.

Assim, a moderna sistemática processual transformou o processo em instrumento democrático de pacificação social e garantia de segurança jurídica, deixando de ser encarado com atos exclusivos das partes, ou meras atividades exclusivistas do juiz.

Ademais, verifica-se que no contexto processual civil, o julgador ocupa a posição de um veradeiro operário na construção de uma grande obra, considerando-o como juiz escafandrista, coadjuvante e gestor na tarefa de perfectibilizar o princípio da cooperação na prestação jurisdicional, adotando uma nova dimensão fundamental ao processo civil brasileiro, sobretudo na condução e julgamento da causa.

Nesse toar, a completude do exercício da função da judicatura e a aplicação do princípio da cooperação surgem da necessidade de se ter a chamada *comunidade de trabalho, uma cooperação recíproca e efetiva entre juiz e partes,* com o escopo de entregar uma prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, diminuindo procedimentos exclusivistas e incentivando um modelo comparticipativo, que certamente resultará numa prestação jurisdicional de melhor qualidade.

Destarte, o presente ensaio apresentou referido princípio e sua relevância com o papel do juiz como uma estratégia para o bom andamento processual, apregoando a ideia de um processo civil moderno voltado, primordialmente, ao diálogo paritário e participação isonômica entre os atores da relação jurídico/processual.

Ante o exposto, a figura do juiz escafandrista outorga sobremaneira a estima teórica e prática do princípio da cooperação, pois a responsabilidade de aplicação e interpretação da norma jurídica processual civil certamente recairá sobre os ombros do juiz natural da lide, pela razão do poder-dever do magistrado ser mais ativo e participativo, coadjuvante na sua tarefa de conduzir o litígio de forma cooperativa, dialogando, esclarecendo fatos, para desta maneira, alcançar uma solução justa e adequada.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do Contraditório**. *In*: Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, AGI.n.20160020310685, Rel. João Egmont, 2ªT., DJe de 08/02/2017). Disponível em: http://www.tjdf.jus.br. Acesso em: 26 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70071760367, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 23/02/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br. Acesso em: 26 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072099211, Décima Nona Câmara Cível, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 09/03/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br. Acesso em: 26 fev. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18º ed.- Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. II – São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – v. único, 8ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 71.

_____. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 68-69.

DOS PRAZOS EM DIAS E SUA CONTAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Robson Carvalho de Queiroz[1]

Resumo: A pesquisa envolve assuntos referentes aos prazos processuais contados em dias, os quais segundo determinação do próprio código, em seu artigo 219, *caput*, deverão ser contados somente em dias úteis.

O Novo Código de Processo Civil traz significativas alterações que precisam ser absorvidas o mais breve possível por todos os profissionais do Direito, haja vista a entrada em vigor do referido Diploma.

A preocupação inicial e urgente, em relação à nova Lei, diz respeito aos prazos processuais, mesmo porque a atenção a esse ponto deve ser sempre redobrada, levando-se em conta os prejuízos advindos da sua não observância.

Sendo assim, será abordada neste trabalho uma breve análise das alterações relevantes quanto aos prazos processuais do novo código de processo civil, mormente àqueles contados em dias.

Palavras-chave: Prazos. Processuais. Contagem. Dias. Úteis.

Summary: The research involves matters related to procedural deadlines counted in days, which according to determination of the code itself, in its article 219, caput, should be counted only in working days.

The new Code of Civil Procedure brings significant changes that need to be absorbed as soon as possible by all legal professionals, given the entry into force of this Diploma.

The initial and urgent concern with regard to the new Law concerns procedural deadlines, even though the attention to this point must always be redoubled, taking into account the damages arising from its non-compliance.

Therefore, a brief analysis of the relevant changes regarding the procedural deadlines of the new civil procedure code, especially those counted in days, will be approached in this work.

Keywords: Deadlines. Procedural. Score. Days. Useful.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16.03.2015, estabeleceu novas regras sobre prazos processuais e sua contagem, os quais precisam ser estudados e compreendidos por todos os operadores do direito.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Campo Grande-MS e pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Processo Civil, família e sucessões, Direito Administrativo, Direito do Consumidor, Direito Penal e Direito do Trabalho pela Faculdade Internacional Signorelli. Assessor Jurídico do Gabinete da Vice-Presidência do TJMS. Robson.carvalho@tjms.jus.br

Certamente os sistemas usados pelo Poder Judiciário também deverão se adaptar às novas diretrizes do caderno processual, haja vista as alterações na forma de contagem seja ela aumentando ou reduzindo os prazos previstos no CPC de 73.

Outra situação importante é que durante um período de tempo teremos que subsistirá duas formas distintas de contagem de prazos, tendo em vista que com a entrada em vigor da lei nova, existiam muitos processos em curso e, quanto a estes, deverão ser aplicados os prazos processuais da lei anterior e os da Lei nova aos processos iniciados sob sua vigência.

Inicialmente, o artigo 219 dispõe que na contagem do prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. No mesmo sentido, é importante ter conhecimento do artigo 216 do novo CPC o qual dispõe:

> Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense.

Quanto aos processos eletrônicos, o artigo 213 estabelece:

> A prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo.

Quanto aos litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, contanto que de escritórios de advocacia diferentes, terão os prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimentos (art. 229). O detalhe mais importante a ser observado no NCPC é que conforme o seu parágrafo 2º regra do prazo em dobro somente vale para os processos físicos, não se aplicando aos processos virtuais.

Essa nova regra não se aplica aos processos virtuais porque com esses novos instrumentos as partes têm acesso total aos autos e a qualquer hora do dia, deixando de existir a carga dos autos, permitindo que o advogado tenha uma maior facilidade de acessá-los e fazer seus prazos.

Em relação ao oferecimento da contestação, segundo o artigo 335, o réu poderá ofertar sua defesa no prazo de 15 dias, cujo termo inicial será a data:

> 1) da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer das partes não comparecer ou não resultar em acordo;
>
> 2) do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu; e,
>
> 3) prevista no artigo 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

Com referência a contestação nos embargos de terceiro o Código prevê:

> Art. 679. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum.

Em caso de deferimento da produção de prova testemunhal, nos termos do artigo 357, § 4º, o magistrado fixará prazo comum, não superior a 15 dias, para apresentação de rol de testemunhas.

No tocante à prova pericial, as partes terão o prazo de 15 dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito, para arguir o impedimento ou a suspeição do perito, indicar o assistente técnico e apresentar quesitos (artigo 465, § 1º).

Na ação de consignação em pagamento, artigo 542, o autor requererá o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias, contados do deferimento, ressalvada a hipótese do artigo 539, § 3º. Caso seja alegada a insuficiência do depósito, o autor da demanda poderá complementá-lo no prazo de 10 dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato (artigo 545).

O artigo 915 consigna que os embargos à execução devem ser oferecidos no prazo de 15 dias, contado, conforme o caso, na forma do artigo 231. Outrossim, não se aplica em relação ao prazo para oferecimento dos embargos à execução o prazo em dobro.

Em relação aos recursos o Código estabelece:

> Art. 1003. (...)
>
> §§ 1º ao 4º (...).
>
> § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Cabe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local no ato da interposição do recurso.

> Art. 1.070. É de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.

Não houve alteração quanto aos embargos de declaração, cujo prazo permanece de 05 (cinco) dias, conforme verifica-se do artigo 1.023 do Novo Código de Processo Civil.

É importante destacar o artigo 220 e seus parágrafos porque traz em seu bojo a suspensão do curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro e que durante essa suspensão do prazo não serão realizadas audiências nem sessões de julgamento.

Dentre tantas novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, as alterações referentes aos prazos processuais devem ser observadas com especial atenção pelos profissionais do Direito para que não haja a temida perda de prazo processual.

No desenvolvimento do trabalho será demonstrada a posição de alguns doutrinadores sobre o tema apresentado.

Ao final, demonstrar-se-á a conclusão retirada do estudo realizado sobre os assuntos propostos, o qual mereceu um aprofundamento à luz do Direito Processual Civil e da legislação vigente, subsumindo-o aos princípios norteadores do tema em questão.

O estudo deu-se através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, procurando sempre simplificar o entendimento do assunto abordado, permitindo fácil compreensão do tema apresentado.

1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

É importante e muito relevante o estudo do tema, pois pretende auxiliar na formação de conceitos sobre o assunto, orientar em determinados casos e até esclarecer possíveis dúvidas quanto ao assunto aqui proposto, ou seja, contagem dos prazos processuais em dias.

Neste trabalho será feita uma pesquisa objetiva e esclarecedora de assuntos relacionados ao tema no sentido de simplificá-lo, ou seja, chegarmos a um denominador comum no qual doutrinadores e tribunais interpretem as regras processuais de maneira unânime.

O estudo tenta esclarecer pontos obscuros no sentido de encontrar meios necessários para solucionar as dúvidas geradas com referência a questão dos prazos processuais.

O artigo 219 do novo CPC estabelece que "na contagem de prazos em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis". Em seguida, o parágrafo único desse dispositivo ainda dispõe que, somente aos prazos processuais se aplica a essa contagem em dias úteis.

A discussão do tema pretende estimular a repercussão do assunto na sociedade e na consciência acadêmica, o interesse pela pesquisa e, na medida do possível, contribuir para sanar dúvidas existentes.

Entre outras questões aqui pesquisadas uma pergunta pertinente ao tema é se seria possível afirmar que prazos processuais são todos aqueles previstos em leis processuais?

Como ocorre quando a Lei contém prazos não processuais?

Uma interpretação mais razoável e condizente com a segurança jurídica para a doutrina é: prazos processuais são os prazos fixados em lei ou em decisão judicial que determinam "quando" e "como" devem ocorrer situações jurídicas que geram efeitos processuais. São atos que marcam as fases do processo e impulsionam o feito para a fase seguinte.

Outras interpretações são também possíveis quanto à definição dos prazos processuais. E justamente por isso muitas polêmicas poderão surgir.

Quanto ao prazo para a parte se dar por intimada em processo eletrônico, será contado em dias úteis ou dias corridos?

A Lei 11.419/2006, em seu § 3º do artigo 4º, dispõe que, em se tratando de publicação eletrônica, a consulta pelo advogado deve "ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo".

Essa norma foi derrogada pelo artigo 219 do novo CPC.

Tem entendimento no sentido de que por ser norma especial, prevaleceria em pleno vigor, devendo o prazo ser contado em dias corridos.

Outros entendem que o novo CPC é a norma que rege o processo civil e, por ser cronologicamente posterior à Lei 11.419/2006, o prazo será contado em dias úteis por se tratar de prazo processual.

Dúvida não há de que o prazo de 10 dias para a intimação ficta no processo eletrônico é um prazo previsto em lei processual.

Logo, será gratificante falar sobre o tema em questão e certamente contribuirá para agregar conhecimento e esclarecer dúvidas que, por ventura, existirem.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

> Art. 219. Na contagem de **prazo em dias**, estabelecido por lei ou pelo juiz, **computar-se-ão somente os dias úteis**.

De acordo com o artigo acima, a contagem dos prazos processuais será feita levando em consideração apenas os dias **úteis**, desde que o prazo seja fixado em dias (como ocorre no caso da contestação, recursos, dentre outros do tipo).

Caso o magistrado fixe o prazo em meses, haverá interrupções nos finais de semana?

A forma de contagem estabelecida no artigo supramencionado aplica aos prazos processuais e àqueles contidos no direito material?

Considerando que o novo CPC não excepcionou prazos processuais fixados em outras leis extravagantes e que o artigo 219 dispõe sobre prazos processuais fixados - por lei – estes prazos devem ser contados em dias úteis?

Como proceder na dúvida se o prazo é material ou processual? Qual deve prevalecer?

Esta solução deve ser construída a partir de um acordo na comunidade jurídica. Se houver discussão quanto ao termo final dos prazos processuais, por filigranas jurídicas ou vaidade intelectual, principalmente quanto à classificação de um prazo como material ou processual, teremos uma enorme insegurança jurídica com consequências incalculavelmente nefastas para o jurisdicionado.

Há situações em que não se têm dúvidas a respeito de certo prazo ser material e, portanto, deverá ser contado em dias corridos. É o caso, por exemplo, de prazo prescricional, prazo decadencial ou um prazo para pagar o preço de uma mercadoria em um contrato de compra e venda.

Como deverá ser contado um prazo se ele é previsto em uma norma processual, ainda que não integrante do novo CPC?

Por ora, em se tratando das possíveis discussões e polêmicas, que tanto fascinam os estudiosos do Direito, deve ficar sempre o lembrete de que o desejo deste novo CPC é produzir bons resultados na prática, beneficiando o jurisdicionado: em última análise, a sociedade brasileira.

3 PROBLEMA INVESTIGADO – DOS PRAZOS EM DIAS E SUA CONTAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Considerações Gerais

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, estabeleceu diversas novas regras sobre os prazos processuais e sua contagem, as quais deverão ser delimitadas e compreendidas pelos operadores do direito.

Será necessária uma adaptação dos sistemas de automação do Poder Judiciário às novas diretrizes do Diploma Processual, pois as alterações atingem a forma de contagem dos prazos processuais, em alguns casos alteram eles, reduzindo ou ampliando aqueles do CPC de 73.

É importante ressaltar que por um certo período de tempo teremos a subsistência de duas formas distintas de contagem de prazos, porque a lei nova ao entrar em vigor, apanhará processos em curso, sendo que estes obedecerão a lei anterior nos prazos processuais já praticados.

Assim, os prazos da lei nova serão aplicados aos processos iniciados após sua entrada em vigor e aos atos processuais praticados sob sua vigência.

3.2 O novo sistema de prazos no CPC 2015

As novas regras sobre contagem dos prazos, seu início e término estão elencadas nos artigos 218 a 232 com importantes inovações, entre as quais consta:

O prazo comum para manifestação continua sendo o de cinco dias, contados apenas em dias úteis, se não houver prazo legal ou judicial (fixado pelo juiz), conforme dispositivo:

> **Art. 218** Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.
>
> § 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.
>
> § 2º Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.
>
> § 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.
>
> § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

A respeito, o doutrinador Cássio Scarpinella escreve:

> A regra, extraída do *caput*, é para que os atos processuais sejam realizados nos prazos prescritos em lei. Estes prazos estão dispersos pelo novo CPC e pela legislação extravagante, cabendo frisar, de qualquer sorte, que eles só fluem em dias úteis (art. 219, caput). (…) Por fim, chama a atenção o § 4º, que considera tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo, medida que se justifica para encerrar a esdrúxula, mas lamentavelmente comum, tese da 'intempestividade por prematuridade'.

Sobre o supracitado artigo, o Fórum Permanente de Processualistas Civis apresentou alguns enunciados, veja:

> – Enunciado n. 22 do FPPC: O Tribunal não poderá julgar extemporâneo ou intempestivo recurso, na instância ordinária ou na extraordinária, interposto antes da abertura do prazo.
>
> – Enunciado n. 107 do FPPC: O juiz pode, de ofício, dilatar o prazo para a parte se manifestar sobre a prova documental produzida.
>
> – Enunciado n. 266 do FPPC: Aplica-se o art. 218, § 4º, ao processo do trabalho, não se considerando extemporâneo ou intempestivo o ato realizado antes do termo inicial do prazo.
>
> – Enunciado n. 267 do FPPC: Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado.

3.3 A Contagem dos prazos em dias úteis

Um dos principais pontos positivos do novo CPC, ao menos para os advogados, se refere aos prazos processuais, pois sua contagem restou restrita aos dias úteis, nos termos do artigo 219 e à sua suspensão entre os dias de 20 de dezembro a 20 de janeiro (artigo 220).

Em se tratando de prazos processuais, ou seja, aqueles para contestar, recorrer e de maneira geral

para o advogado falar nos autos, a contagem será feita apenas em dias úteis. Esta regra será válida para os prazos já estabelecidos pela lei e para aqueles que forem fixados pelo juiz.

> **Art. 219** Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Este artigo é uma das grandes novidades do novo Código, e deixa bem claro que os prazos, somente os processuais, só fluem em dias úteis e não mais em dias corridos.

Esse entendimento foi ratificado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis no Enunciado 268, observe:

> A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código.

À exceção da prescrição intercorrente, os prazos previstos na nova lei são todos processuais, de sorte que serão computados apenas em dias úteis, ou seja, excluindo sábados, domingos e feriados.

Enfim, não importa o número de dias que o juiz fixará o prazo judicial, por exemplo, 60 (sessenta) dias, artigo 257, III, eles serão computados apenas em dias úteis.

É salutar ter em mente que, essa regra, somente é válida para os prazos fixados em dias. Caso o prazo seja fixado em meses ou ano, será computada a fração correspondente, inclusive os dias corridos.

4 QUAL É A DEFINIÇÃO DE PRAZOS PROCESSUAIS

Nem sempre é fácil qualificar um prazo como processual. Segundo a doutrina o conceito de prazo processual é o período de tempo estabelecido para a prática de um ato processual.

Mas o que é um ato "processual"? A questão é bastante complexa, seja pela interdependência entre atos processuais, seja porque podem ser praticados tanto por sujeitos privados quanto públicos, seja porque atraem regimes jurídicos distintos.

De proêmio, poderia se pensar que prazos processuais são aqueles lapsos temporais concedidos aos sujeitos do processo (juiz, partes, perito, assistente técnico, assistente litisconsorcial, custos legis, escrivão, oficial de justiça, enfim, atores do processo), impulsionando-o, para obterem a prestação jurisdicional almejada.

Alguns exemplos são, inequivocamente, de prazos processuais, a serem computados apenas nos dias úteis com o novo CPC. Prazos para contestar, para recorrer, para, de maneira geral, se manifestar sobre os documentos, provas e demais elementos trazidos aos autos, para designação de audiência e citação do réu com antecedência mínima (art. 334) e para a prática de atos pelo juiz ou pelos serventuários (artigos 226 e 228) são tipicamente de direito processual.

Sob outro prisma, seria possível afirmar que prazos processuais são todos aqueles previstos em leis processuais.

Uma interpretação mais razoável e condizente com a segurança jurídica seria a seguinte: prazos processuais são os prazos fixados em lei ou em decisão judicial que determinam "quando" e "como" devem ocorrer situações jurídicas que geram efeitos processuais. São atos que marcam as fases do processo e impulsionam o feito para a fase seguinte.

É o que ocorre quando uma parte é pessoalmente intimada para fazer ou deixar de fazer algo, determinado em uma ordem judicial exarada, obviamente, em um processo judicial. Isso terá consequências no processo, caso não haja cumprimento da ordem o juiz abrirá vista à parte requerente ou poderá, de ofício, fixar multas.

A doutrina apresenta outras interpretações quanto à definição dos prazos processuais.

Por exemplo, o prazo para a parte se dar por intimada em processo eletrônico, será contado em dias úteis ou dias corridos?

A Lei 11.419/2006, em seu § 3º do artigo 4º, dispõe que, em se tratando de publicação eletrônica, a consulta pelo advogado deve "ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo".

Uma parte entende que por ser norma especial, prevalece em pleno vigor, devendo o prazo ser contado em dias corridos.

Outra dirá que o novo CPC é a norma que rege o processo civil e, por ser cronologicamente posterior à Lei 11.419/2006, o prazo será contado em dias úteis por se tratar de prazo processual.

É certo que o prazo de 10 dias para a intimação ficta no processo eletrônico é um prazo previsto em lei processual, pois não se trata de um prazo para a parte realizar um ato processual (por exemplo, recorrer, juntar documentos, falar nos autos de maneira geral), mas para que o juiz presuma a ocorrência deste ato, qual seja: a intimação do advogado da parte.

Como cediço, a intimação é um ato processual por meio do qual o juiz presume que o advogado teve ciência inequívoca da decisão ou despacho exarado no processo. Se essa presunção de intimação tem efeitos processuais, podemos concluir que se trata de um ato processual.

Logo, o prazo de dez dias para a acessar o teor do despacho que determina a intimação do advogado da parte, é um prazo processual, razão pela qual deverá ser contado em dias úteis após a vigência do novo CPC.

Outra situação, é o prazo de suspensão por 180 dias dos processos (execuções e cobranças) na recuperação judicial (Lei 11.101/05, artigo 6º). Esse prazo é processual, embora previsto em lei especial. Então, considerando que o novo CPC não excepcionou prazos processuais fixados em outras leis extravagantes (já que o artigo 219 dispõe sobre prazos processuais fixados "por lei", sem limitação dos prazos previstos nesta ou naquela lei), deverá, sim, ser contado em dias úteis.

Na dúvida se o prazo é material ou processual, deve-se entender como processual, já que previsto para ser praticada determinada conduta pela parte ou por seu advogado dentro do processo.

Há situações em que não se têm dúvidas a respeito de certo prazo ser material e, portanto, deverá ser contado em dias corridos. É o caso, por exemplo, de prazo prescricional, prazo decadencial ou um prazo para pagar o preço de uma mercadoria em um contrato de compra e venda. Nestes casos não há dúvida de que se refere à direito material, porque sua contagem, a obrigação a ser cumprida ou o ônus obrigacional, independem da existência de um processo.

Segundo a professora e Doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier, se um prazo é previsto em uma norma processual, ainda que não integrante do novo CPC, este deve ser contado em dias úteis, ainda que se possa eventualmente dizer que se trata de um prazo material, de modo a evitar confusão e insegurança jurídica.

4.1 Algumas alterações interessantes concernentes ao novo Código

Será suspenso o curso de qualquer prazo processual entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, não se realizando audiências nem sessões de julgamentos. No entanto, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da justiça exercerão suas atribuições durante esse período de suspensão (artigo 220 NCPC).

Ressalta-se, que nos termos do artigo 215, tramitarão os procedimentos de jurisdição voluntária, aqueles necessários à conservação de direitos, a ação de alimentos, os processos de nomeação ou remoção de tutor e curador e, ainda, aqueles que a lei determinar, como, por exemplo, as ações atinentes à relação locatícia (artigo 58, I, da Lei 8.245/91).

Suspenderá os prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover autocomposição (semana de conciliação, por exemplo). Contudo, os tribunais serão incumbidos de especificar a duração dos trabalhos.

Segundo o artigo 226 do Novo Códex, o juiz proferirá os despachos no prazo de cinco dias, as decisões interlocutórias no prazo de dez dias e as sentenças no prazo de 30 dias. Seguindo o raciocínio, o 227 estabelece que, caso haja motivo justificado, o juiz poderá exceder, por igual tempo, os prazos supramencionados.

Os litisconsortes que tenham diferentes procuradores, desde que de escritórios de advocacia distintos, terão os seus prazos computados em dobro, independentemente de qualquer requerimento (artigo 229), sendo certo que tal benefício não se aplica no âmbito do processo eletrônico (artigo 229, parágrafo 2º). Destaca-se, que em processo eletrônico, pode ser efetivado em qualquer horário até a meia-noite (24hs) “do último dia do prazo”, nos termos do artigo 213.

O artigo 231 dispõe alguns atos que será considerado o dia do começo para contagem dos prazos, conforme se vê abaixo:

Quando a citação ou intimação for por ato do escrivão ou do chefe da secretária: Conta-se da data da ocorrência da citação ou intimação

Quando a citação ou intimação for por cumprimento de carta: Conta-se da data da juntada do comunicado da carta precatória, rogatória ou de ordem, o qual os atos de comunicação da citação ou intimação é informado imediatamente por meio eletrônico, pelo juiz deprecante ao juiz deprecado (artigo 232) ou, não havendo esse, a data da juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida

No caso da citação ou intimação ser feita pelo diário da justiça impresso ou eletrônico: Conta-se da data da publicação

Se for por edital: do dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz.

Caso for por meio eletrônico: do dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para a consulta.

Se realizada pelo oficial de justiça: da data da juntada aos autos do mandado cumprido.

Quando a intimação se der pela retirada dos autos em cartório: do dia da carga.

Caso o juiz verifique que será necessário emendar ou complementar a petição inicial por ela não preencher os requisitos do artigo 319 e 320 ou por apresentar defeitos e irregularidades, conferirá ao autor da demanda o prazo de 15 dias para realizar referidas alterações, sob pena de indeferimento (artigo 321).

O prazo para contestar, seja no procedimento comum, seja nos procedimentos especiais, será de 15 dias a contar: a) da audiência de conciliação ou de mediação, quando uma das partes não comparecer ou resultar infrutífero qualquer acordo; b) do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu; e c) da data especificada no artigo 231, consoante a forma pela qual foi realizada a citação (artigo 335).

No cumprimento provisório ou definitivo da sentença, após o transcurso do prazo de 15 dias, previsto no artigo 523, sem que o executado tenha adimplido o débito exigido, inicia-se automaticamente o prazo de mais 15 dias para que ele apresente a impugnação.

5 COMO FICA A QUESTÃO DOS PRAZOS FORA DA JUSTIÇA COMUM

Os profissionais do direito deverão ter cautela quanto à Justiça do Trabalho e Justiça Eleitoral, do processo penal e, mesmo na justiça comum, dos Juizados Especiais, quanto à contagem dos prazos processuais do novo Códex (art. 219), a suspensão deles prevista no artigo 220, compatível, por exemplo, com a celeridade exigida no âmbito dos Juizados Especiais (artigo 2º da Lei nº 9.099/95) e a efetividade da Justiça do Trabalho.

Em que pese algumas críticas a tais preceitos, a duração razoável do processo não resta vulnerada pela contagem diferenciada dos prazos processuais, nem pela suspensão estabelecida entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, mas sim, entre outras razões, pelas etapas mortas do processo, em que não há atividade processual por fatores estruturais da administração da Justiça.

Segundo pesquisa divulgada pelo Ministério da Justiça, Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Brasília: Ideal, 2007, p. 23, apurou-se que nada menos que 80% a 95% do tempo total de tramitação dos processos se deve ao cumprimento de rotinas internas do cartório. (Ministério da Justiça, Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Brasília: Ideal, 2007, p. 23.)

Não há razão, portanto, para que tais dispositivos do novo CPC também não sejam aplicados aos Juizados Especiais e à Justiça do Trabalho. Mas ainda é cedo para saber se tal entendimento prevalecerá, o que demanda especial cuidado dos profissionais que atuarem nessas esferas do Poder Judiciário.

Uma grande polêmica gira em torno dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública. Em que pese o entendimento do FONAJE de contagem em dias corridos, há fortes justificativas jurídicas, sociais e científicas, além do amplo apoio da doutrina, para alterar esse posicionamento. Primeiramente, tem-se o argumento técnico-jurídico no sentido de que ao sistema dos Juizados se aplica, subsidiariamente, o novo CPC, já que aquele não possui regra própria de contagem de prazos. Em segundo lugar, subsiste o argumento social acerca caráter benéfico aos profissionais do direito, pois eles terão efetivo acesso aos órgãos públicos durante todos os dias do prazo, além de passarem a ter direito ao descanso nos finais de semana. Finalmente, a terceira razão é científica, uma vez que estudos comprovam que a grande demora no julgamento dos processos está no período em que eles ficam parados nos cartórios. Diante de todos os fundamentos elencados, o entendimento pela contagem dos prazos em dias úteis nos Juizados é o mais adequado, não caracterizando qualquer ofensa ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

CONCLUSÃO

Conclui-se diante do tema pesquisado que o assunto aqui pesquisado é delicado e exige dos operadores do direito cautela, atenção e estudo de modo a resguardar sobretudo o direito das partes e a eficiência dos procedimentos.

O causídico deverá ter cautela ao contar os prazos em dias corridos evitando, assim, prejuízos graves a seus clientes. Constata-se, também, que a nova de contagem dos prazos em dias úteis está restrita ao seu próprio âmbito de incidência, pois as leis dos outros ramos do Direito costumam tratar expressamente sobre o cômputo dos prazos.

Restou esclarecido que, em havendo disposição específica sobre a contagem em dias corridos, o novo CPC não pode prevalecer, na medida em que lei geral, ainda que posterior, não prevalece sobre lei anterior específica.

Outrossim, no âmbito do processo penal, penal militar, trabalhista e eleitoral aplicam-se suas respectivas regras que determinam a de contagem em dias corridos. Na seara do Direito Administrativo, como a legislação é esparsa, cada lei possui sua própria forma de contagem. Na ausência, em se tratando da Administração Pública Federal, deve-se aplicar subsidiariamente a regra da Lei nº 9.784/1999, pela qual a contagem se faz em dias corridos.

Foi verificado que a contagem em dias úteis pressupõe a inexistência de regra específica que estipule o cômputo em dias corridos; a exigência de que o prazo seja estipulado em dias, não incidindo essa regra sobre aqueles que forem fixados em meses ou anos; e a necessidade de o prazo possuir a natureza de direito processual e não material. Quanto a esse último ponto, a doutrina e a jurisprudência precisam definir mais claramente quais seriam as diferenças entre eles.

Logo, restou evidenciado que o tema é atual, relevante e com impactos diretos no cotidiano dos profissionais do direito, especialmente quando se leva em consideração que tribunais do país adotam entendimentos distintos. Indubitavelmente, a ausência de consenso gera insegurança jurídica, o que é extremamente danoso para a ordem jurídica nacional, de um modo geral, bem como para os advogados e seus clientes em particular. Nesse caso, o fundamental é que, em homenagem ao princípio da cooperação, os advogados tenham cautela no cômputo dos prazos e os juízes indiquem expressamente como se dará o cômputo dos prazos, até que a matéria seja pacificada, pois é inadmissível a parte ser prejudicada por uma decisão surpresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (Lei 13.105/2015, atualizada pela Lei 13.256 de 2016). Escola de Direito Processual Civil (E.D.P.C.). Campo Grande: Contemplar, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. São Paulo - Editora Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2.015.

JÚNIOR, Humberto Teodoro. **Curso Processual de Direito Civil**, v. 1, 57ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.

PAVAN, Dorival Renato. **Dos prazos e sua contagem no novo Código de Processo Civil**. Escola Judicial do Estado do Mato Grosso do Sul-EJUD. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais-contados-dias-uteis-cpc. Acesso em 06 de março de 2017.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000471-90.2011.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE ENVOLVENDO ÔNIBUS DE TRANSPORTADORA – SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA – PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDO – PROCESSO DE CONHECIMENTO – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO INDEFERIDO – DANO MORAL – MÉTODO BIFÁSICO DE FIXAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – VALOR REDUZIDO – DANO ESTÉTICO – VALOR EQUIVALENTE AO DANO MORAL EM REGRA – COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE PERMANENTE E IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER OUTRA FUNÇÃO – PENSÃO VITALÍCIA E NO VALOR DA REMUNERAÇÃO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO E SUSPENSOS A PARTIR DA DECRETAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O fato da empresa seguradora encontrar-se em regime especial de liquidação extrajudicial não faz presumir sua condição de hipossuficiência, permanecendo o dever de comprovação da impossibilidade de arcar com os encargos do processo. Precedentes do STJ.

Tendo havido decretação da liquidação extrajudicial da seguradora, tratando-se o caso de provimento judicial ainda não obtido na ação de conhecimento, inexistindo, portanto, risco efetivo de redução do acervo patrimonial da liquidanda, não há que falar em suspensão do processo nos termos do art. 18, a, da Lei 6.024/74.

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro. A análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao causador do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo). O Superior Tribunal de Justiça considera como justa a fixação dos danos morais de acordo com o método bifásico, que minimiza a arbitrariedade e afasta a tarifação do dano.

O dano estético é uma modalidade de dano moral e, portanto, por regra geral, os valores entre ambos portam *"certa"* equivalência. Contudo, excepcionalmente, os valores poderão ser diversos, como, por exemplo, no caso de acidente de trânsito com perda de membro, em que, em tese, o *quantum* do dano estético deve ser maior do que o dano moral.

Comprovados a responsabilidade pelo acidente que ocasionou danos à vítima, o nexo causal em relação à incapacidade de exercer atividades que lhe exijam esforço físico e a remuneração que recebia pelo trabalho anteriormente exercido, faz ela jus à pensão vitalícia e no valor correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou.

A responsabilidade civil é de origem contratual quando entre as partes, vítimas e causadora do dano, existe um liame contratual anterior, *in casu*, a prestação de serviço de transporte, pelo que o termo inicial dos juros de mora dos danos morais e estéticos e do pensionamento deve ser a data da citação, conforme preconiza o art. 405 do CC.

A jurisprudência do STJ autoriza a incidência de correção monetária sobre as dívidas de entidade em liquidação extrajudicial, devendo apenas os juros ficarem suspensos a partir da decretação da liquidação extrajudicial até o pagamento integral do passivo da empresa.

Recurso da Seguradora conhecido e parcialmente provido.

EMENTA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE ENVOLVENDO ÔNIBUS DE TRANSPORTADORA – DANO MORAL – MÉTODO BIFÁSICO DE FIXAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – VALOR REDUZIDO – DANO ESTÉTICO – VALOR EQUIVALENTE AO DANO MORAL EM REGRA – COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE PERMANENTE E IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER OUTRA FUNÇÃO – PENSÃO VITALÍCIA E NO VALOR DA REMUNERAÇÃO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – RECURSO DA TRANSPORTADORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro. A análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao causador do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo). O Superior Tribunal de Justiça considera como justa a fixação dos danos morais de acordo com o método bifásico, que minimiza a arbitrariedade e afasta a tarifação do dano.

O dano estético é uma modalidade de dano moral e, portanto, por regra geral, os valores entre ambos portam *"certa"* equivalência. Contudo, excepcionalmente, os valores poderão ser diversos, como, por exemplo, no caso de acidente de trânsito com perda de membro, em que, em tese, o *quantum* do dano estético deve ser maior do que o dano moral.

Comprovados a responsabilidade pelo acidente que ocasionou danos à vítima, o nexo causal em relação à incapacidade de exercer atividades que lhe exijam esforço físico e a remuneração que recebia pelo trabalho anteriormente exercido, faz ela jus à pensão vitalícia e no valor correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou.

A responsabilidade civil é de origem contratual quando entre as partes, vítimas e causadora do dano, existe um liame contratual anterior, *in casu*, a prestação de serviço de transporte, pelo que o termo inicial dos juros de mora dos danos morais e estéticos e do pensionamento deve ser a data da citação, conforme preconiza o art. 405 do CC.

Recurso da Transportadora conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelações interpostas por Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial, de um lado, e Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA, de outro, em face da sentença de f. 476/487, que julgou procedente a ação de indenização que José Sebastião da Silva e Maria Lourdes Lopes da Silva movem contra a segunda.

Em suas razões (f. 496/516, ratificadas às f. 520/531), a apelante e denunciada à lide Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial afirma ter sido decretada sua liquidação extrajudicial, o que enseja a imediata suspensão das ações e execuções sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, bem assim a não incidência de correção monetária e juros sobre o valor da condenação, até o pagamento integral do passivo, além da concessão do benefício da gratuidade da justiça.

Alega ser necessário a minoração da indenização por danos morais e estéticos sob o argumento de que a quantia exorbitante arbitrada afronta os critérios de culpa, razoabilidade e proporcionalidade.

Aduz ser improcedente o pedido de pensionamento, vez que não houve comprovação da atividade remunerada exercida pelo requerente à época do acidente, tampouco que era remunerado pelo valor que declarou, e que caso seja mantida essa condenação, faz-se necessária a redução do valor da pensão para o correspondente ao salário mínimo vigente à época do acidente. Ademais, afirma que o termo final do pensionamento deve ser a idade de 65 anos, e não 70, como fixado na sentença.

Por fim, insurge-se contra o termo inicial dos juros de mora fixado pelo juiz, qual seja, a data do evento danoso, devendo ser a data da publicação da sentença, tal qual o da correção monetária.

Ao final, requer a concessão do benefício da justiça gratuita e a suspensão do processo em virtude da decretação de sua liquidação extrajudicial, bem assim o provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente, ou, caso mantida a condenação, o afastamento a redução da indenização e a exclusão da incidência da correção monetária e dos juros até o pagamento integral do passivo.

Em suas razões (f. 560/566), a apelante Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA alega ser excessivo o valor arbitrado à título de indenização por danos morais e estéticos, impondo-se sua substancial redução, e que o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora deve coincidir com a data do novo arbitramento.

Alega a inexistência de direito ao pensionamento, vez que não houve comprovação de que o requerente exercia atividade remunerada, nem do valor que recebia, e que, caso mantido, deve ser reduzido para o valor correspondente ao salário mínimo vigente à época do acidente e seu término deve ocorrer quando a vítima completar 65 anos de idade.

Por fim, afirma que os juros de mora relativos à indenização por dano moral devem incidir a partir do arbitramento, uma vez que a Súmula 54 do STJ somente se aplica aos casos de responsabilidade extracontratual, e o caso dos autos refere-se a um contrato de transporte.

Ao final, requer o provimento do recurso para a reforma integral da sentença.

Os apelados José Sebastião da Silva e Maria Lourdes Lopes da Silva apresentaram contrarrazões, pugnando pelo não provimento dos recursos (f. 584/593).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas por Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial, de um lado, e Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA, de outro, em face da sentença de f. 476/487, que julgou procedente a ação de indenização que José Sebastião da Silva e Maria Lourdes Lopes da Silva movem contra a segunda.

Preliminares

Pedido de Gratuidade de Justiça

A apelante Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial postula pela *"concessão do benefício da gratuidade de justiça, na forma do artigo 6º da Lei 1.060/50, ante ao seu evidente patrimônio líquido negativo"* (f. 530).

O pedido não merece guarida.

Após a entrada em vigor do Novo CPC (18 de março de 2016), o benefício pleiteado passou a ser regido na lei processual, art. 98 e seguintes.

Assim prevê o art. 98 do CPC:

> *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.*

Nos termos da Súmula 481, do STJ, *"faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais"*.

O fato da empresa seguradora encontrar-se em regime especial de liquidação extrajudicial não faz presumir sua condição de hipossuficiência, permanecendo o dever de comprovação da impossibilidade de arcar com os encargos do processo.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta eg. Corte entende que é possível a concessão da gratuidade da justiça à pessoa jurídica somente quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, não havendo falar em presunção de miserabilidade. 2. O direito à gratuidade da justiça da pessoa jurídica em regime de liquidação extrajudicial ou de falência depende de demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, o que não ficou afigurado na espécie. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.* (STJ, AgInt no REsp 1619682/RO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 07/02/2017)

> *ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA. BANCO EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. As pessoas jurídicas podem ser contempladas com o benefício da Justiça Gratuita. Cuidando-se, porém, de Banco, ainda que em regime de liquidação extrajudicial, a concessão da gratuidade somente é admissível em condições excepcionais, se comprovado que a instituição financeira efetivamente não ostenta*

> *possibilidade alguma de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios. Elementos no caso inexistentes. Recurso especial conhecido, mas desprovido.* (REsp 338.159/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 27/11/2001, DJ 22/04/2002)

Compulsando os autos, não se verifica qualquer prova cabal da insuficiência de recursos da seguradora para arcar com as despesas processuais.

A apelante apenas juntou, às f. 544/557, *"relatório de acompanhamento de direção fiscal"* emitido pela Coordenação Geral de Fiscalização Direta da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, concluindo pela necessidade da companhia submeter-se à liquidação extrajudicial, o que não é o bastante para comprovar a necessidade do benefício da assistência judiciária gratuita, conforme assentado na jurisprudência.

Outro fato que corrobora para o não acolhimento de seu pedido é o recolhimento do preparo por parte da apelante quando da interposição do presente recurso (f. 516).

Ora, se na época da interposição da apelação, em dezembro de 2015, a recorrente já se encontrava sob regime de liquidação extrajudicial, conforme se verifica pela Portaria n.º 6.382 de novembro de 2015 (f. 537), e, mesmo assim, recolheu o preparo, o deferimento do benefício da gratuidade a partir da presente fase processual demandaria provas da modificação da situação financeira da empresa, o que não ocorreu.

Desse modo, deixo de acolher o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Suspensão do feito em relação à liquidanda

A apelante Companhia Mutual de Seguros afirma ter sido decretada sua liquidação extrajudicial, por força das Portarias SUSEP nº 6.382 e 6.383, o que ensejaria a imediata suspensão das ações e execuções sobre direitos e interesses relativos ao acervo patrimonial da entidade liquidanda.

O pedido de suspensão do feito em relação à liquidanda é postulado sob o fundamento de que a empresa encontra-se em regime especial de liquidação extrajudicial, por força das portarias acima mencionadas, e, portanto, a prática de ato constritivo em face da entidade em fase de liquidação, impediria o liquidante nomeado pela SUSEP de desempenhar sem óbices os poderes inerentes à administração.

Sua alegação não merece prosperar.

A apelante teve sua liquidação extrajudicial decretada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, com base no disposto no art. 3º da Lei 10.190/01[1] c/c arts. 3º a 49 da Lei 6.024/74, a qual dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

A Lei 6.024/74 regulamenta a série de efeitos causados às pessoas jurídicas no momento da paralisação de suas atividades, entre eles o seguinte:

> *Art. 18 - A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:*
>
> *a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;*

1 Art. 3º Às sociedades seguradoras de capitalização e às entidades de previdência privada aberta aplica-se o disposto nos arts. 2º e 15 do Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, 1º a 8º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997 e, no que couber, nos arts. 3º a 49 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Parágrafo único. As funções atribuídas ao Banco Central do Brasil pelas Leis referidas neste artigo serão exercidas pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, quando se tratar de sociedades seguradoras, de capitalização ou de entidades de previdência privada aberta.

O cerne do debate consiste em definir se deve ou não ser suspensa a presente ação movida contra a seguradora que se encontra em regime especial de liquidação extrajudicial.

A interpretação do dispositivo legal retromencionado remete à necessidade de sobrestamento das demandas que possam ter impacto patrimonial para a entidade liquidanda, afetando diretamente sua massa.

O Ministro João Otávio de Noronha[2], componente da Terceira Turma do STJ, bem definiu o termo liquidação extrajudicial:

> *A liquidação extrajudicial é uma modalidade de execução concursal e o dispositivo em discussão tem por escopo preservar os interesses da massa, evitando o esvaziamento de seu acervo patrimonial, bem como assegurando que seja respeitada a ordem de preferência no recebimento do crédito. Por isso é que a interpretação do dispositivo não dever ser feita de forma literal, mas sim com temperamento, afastando-se sua incidência nas hipotéses em que o credor ainda busca obter uma declaração judicial a respeito do seu crédito e, consequentemente, a formação do título executivo, que, então, será passível, de habilitação no processo de liquidação.*

No caso em trato, os apelados não possuem ainda um título judicial amparando seu pretenso crédito, que possibilite o ingresso no procedimento administrativo de habilitação de crédito.

De outro norte, a legislação vigente não impede que a parte interessada que ainda não detém seu crédito constituído, utilize-se do provimento judicial para constituição de seu pretenso crédito, uma vez que o título obtido na ação de conhecimento não trará efetivo prejuízo à massa objeto de liquidação extrajudicial, porquanto não causará por si só a redução de seu acervo patrimonial, necessitando ser executado.

Deste mesmo modo o Superior Tribunal de Justiça, debatendo o tema, posicionou-se pela continuidade do processo de conhecimento, vez que este não trará nenhuma redução do acervo patrimonial da massa, julgados assim ementados:

> *RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AJUIZAMENTO APÓS O DECRETO DE LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 18, 'A', DA LEI N. 6.024/1974. 1. A exegese do art. 18, 'a', da Lei n. 6.024/1974 induz a que a suspensão de ações ajuizadas em desfavor de entidades sob regime de liquidação extrajudicial e o veto à propositura de novas demandas após o decreto de liquidação não alcançam as ações de conhecimento voltadas à obtenção de provimento judicial relativo à certeza e liquidez do crédito. Isso porque, em tais hipóteses, inexiste risco de qualquer ato de constrição judicial de bens da massa. 2. Recurso especial conhecido e provido.* (REsp 1.298.237/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Julg. 19/05/2015, DJe 25/05/2015)

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DE NEGATIVA DE PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. OBRIGAÇÃO POSITIVA E LÍQUIDA. FLUÊNCIA. VENCIMENTO. PROPÓSITO DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E CONTRATUAL. ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NO PRESENTE RECURSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. [...] 2. Não padecem de carência por impossibilidade jurídica do pedido, por isso não devem ser suspensas, as ações de conhecimento para constituição de título executivo em face de entidades sob regime de*

2 STJ, REsp 1298237/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 25/05/2015.

liquidação extrajudicial. 3. Os juros moratórios, nas obrigações positivas e líquidas, fluem a partir do vencimento. [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag 1.415.635/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Julg. 06/09/2012, DJe 24/09/2012)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - PRESTAÇÕES DO MÚTUO HIPOTECÁRIO - DESCUMPRIMENTO PELO BANORTE DE DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA CEF - VIOLAÇÃO À COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA - CAUSAS DE PEDIR DISTINTAS - ENTIDADE EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO DA AÇÃO - DESNECESSIDADE. I - A norma que determina a suspensão das ações contra a entidade que se encontra sob liquidação extrajudicial não deve ser interpretada na sua literalidade. Não se justifica, com efeito, suspender o processo de conhecimento, que já se encontra em estado adiantado de composição, para determinar que o suposto credor discuta seu direito em processo administrativo de habilitação junto ao liqüidante, tendo em vista que não se esta interferindo diretamente nos créditos da entidade sob liquidação. II - A união é parte ilegítima para figurar no pólo passivo nas ações propostas por mutuários do sistema financeiro da habitação, visando à revisão do critério de reajuste de prestações da casa própria. III - Não há ofensa à coisa julgada se no mandado de segurança, já transitado em julgado, discutiu-se o reajustamento das prestações da casa própria pelo plano de equivalência salarial e, na ação de consignação em pagamento, a controvérsia se baseia na execução daquele julgado no mandado de segurança e na impossibilidade de se aplicar índices de reajuste diferentes nas prestações. IV - Recurso não conhecido. (STJ, REsp 256707/PE, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, Julg. 15/02/2001, DJe 02/04/2001)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. LEI 6.024/74, ART. 18. ENTIDADE EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO. DESNECESSIDADE. PRESTAÇÕES DE MÚTUO HIPOTECÁRIO - DESCUMPRIMENTO PELO BANORTE DE DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. DISTINÇÃO DAS AÇÕES. ART. 468 DO CPC. 1 - A norma que determina a suspensão das ações contra a entidade que se encontra sob liquidação extrajudicial (Lei 6.024/74, art.18), não deve ser interpretada na sua literalidade. Assim, não se justifica suspender processo de conhecimento, que já se encontra em estado adiantado de composição, para determinar que o credor discuta seu direito em processo administrativo de habilitação junto ao liquidante. 2. Na espécie, com mais razão, deve-se mitigar a regra de suspensividade em debate, na medida em que o objeto da ação consignatória, movida pelos mutuários, é o depósito que tem como beneficiário o Banorte, não havendo pretensão a qualquer crédito dessa instituição. 3. Não há ofensa à coisa julgada se no mandado de segurança, já transitado em julgado, discutiu-se o reajustamento das prestações de imóvel pelo plano de equivalência salarial (PES) e, na ação de consignação em pagamento, diversamente, a controvérsia reside no adequado cumprimento do estabelecido naquele mandamus, bem como na impossibilidade de se aplicar índices de reajuste diferentes nas prestações. Inexiste violação do art. 468 do CPC. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, REsp 601766/PE, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, Julg. 01/04/2004, DJe 31/05/2004)

PROCESSO CIVIL - SUSPENSÃO - ART. 18, A, DA LEI 6.024/74 - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ENTREGA DE CÉDULA HIPOTECÁRIA - AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA MASSA LIQUIDANDA - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. 1. A literalidade da regra do art. 18, a, da Lei 6.024/74, que determina, em caso de liquidação extrajudicial de instituição financeira, a "suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda", deve ser abrandada, quando se verificar que o continuidade do processo não redundará em qualquer redução do acervo patrimonial da massa objeto de

> *liquidação. 2. Hipótese em que se determina o prosseguimento da execução no tocante ao pedido de entrega de cédula hipotecária devidamente quitada. 3. Recurso especial provido em parte.* (STJ, REsp 676489, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julg. 17/05/2005, DJe 20/06/2005)

Diante da orientação da Corte Superior, tendo havido decretação da liquidação extrajudicial da seguradora apelante, tratando-se o caso de provimento judicial ainda não obtido na ação de conhecimento, inexistindo, portanto, risco efetivo de redução do acervo patrimonial da liquidanda, não há que falar em suspensão do presente feito nos termos do artigo 18, a, da Lei 6.024/74.

Mérito

Minoração dos danos morais e estéticos

Ambas as apelantes, Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial e Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA, pugnam pela minoração da indenização fixada na sentença nos montantes de R$ 30.000,00 para cada um dos requerentes a título de danos morais, e R$ 30.000,00 para José Sebastião da Silva a título de dano estético.

O montante da indenização pelos danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro.

A análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao causador do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo).

É o que se colhe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento.* (STF, Excerto de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento 455846/RJ-Informativo 364).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *(...) 2. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do quantum indenizatório em R$ 15.000,00 (quinze mil reais). 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 633.251/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 26/05/2015)

O Superior Tribunal de Justiça considera como justa a fixação dos danos morais de acordo com o método bifásico, que minimiza a arbitrariedade e afasta a tarifação do dano. Veja-se:

> *RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO. RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL DEVIDA. 1. O clube recreativo que possui em sua estrutura piscinas e lagoas é responsável pelo afogamento e óbito de criança em suas dependências, quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas*

> *ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, boias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial. 2. O Superior Tribunal de Justiça, quando requisitado a se manifestar sobre o arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, deve interferir somente diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa 3. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. 4. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). 5. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz. 6. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros (EREsp 1127913/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014) 7. Conforme a jurisprudência do STJ, a indenização pela morte de filho menor, que não exercia atividade remunerada, deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. 8. Recurso especial parcialmente provido.* (STJ, REsp 1332366/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 07/12/2016)

Conforme se denota, no referido método a indenização é fixada em duas fases:

Arbitra-se um valor inicial de acordo com o interesse jurídico lesado, sempre em conformidade com os precedentes jurisprudenciais que versam sobre o mesmo tema;

Faz-se o ajustamento desse valor dentro das peculiaridades do caso concreto, com a fixação equitativa pelo julgador.

Pois bem. Analisando-se o entendimento deste Tribunal em casos análogos, deve-se considerar como patamar inicial para a indenização por danos morais em casos de acidente de trânsito o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Veja-se:

> *(...) APELAÇÕES CÍVEIS AÇÃO INDENIZATÓRIA ACIDENTE DE TRÂNSITO CONDUTORA QUE DESRESPEITOU SINALIZAÇÃO DE PARADA OBRIGATÓRIA TRANSGRESSÃO DOS ARTIGOS 44, 34, 29, § 2º DO CTB ACARRETAMENTO DE DANOS FÍSICOS AO APELADO DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS DEVER DE INDENIZAR QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE NÃO MERECE REDUÇÃO (...) 1. Constatado que o autor trafegava com sua motocicleta pela via preferencial e que o acidente se deu por culpa exclusiva da corré condutora do outro veículo que avançou a preferencial, desrespeitando a sinalização de parada obrigatória - evidente a infração aos arts. 44, 34, 29, §2º do Código de Trânsito Brasileiro. 2. Em decorrência do acidente, o autor/apelado, teve seu braço, cotovelo, glúteo e tórax traumatizados, permanecendo com cicatrizes até hoje, experimentando a dor física e o abalo emocional inerentes a esse tipo de trauma, que se configura em danos morais e estéticos, restando o dever de o ofensor indenizar o ofendido. 3. Compulsando os autos verifica-se que o quantum arbitrado a*

título de reparação pelos danos morais (R$ 15.000,00) e estéticos (R$ 5.000,00), observa estritamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, guardando seu duplo mister de reparação ao lesado e punição ao causador do dano, não merecendo redução. (...) (TJMS. Apelação n. 0009044-84.2010.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 13/06/2017, p: 19/06/2017)

EMENTA– APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – JULGAMENTO ULTRA PETITA – ACOLHIMENTO – DECOTAÇÃO DO EXCEDENTE – MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA MUNICIPALIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA CARACTERIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO DE OBSTÁCULO NA VIA DE ROLAGEM – OMISSÃO NO DEVER LEGAL – CAUSA DETERMINANTE NO SINISTRO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS COMPROVADOS – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO, EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. Os danos morais são inerentes às circunstâncias decorrentes de acidente automobilístico que culmina em abalo psíquico. 4. Os danos estéticos se configuram em decorrência das cicatrizes decorrentes do acidente sofrido. 5. A fixação do montante devido a título de dano moral e estético fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar, nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. Reputando incompatível o arbitramento, diante das circunstâncias da lide, impõe-se a redução do valor a patamar mais adequado (R$ 22.000,00 a título de danos morais e estéticos, somados). 6. Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJMS. Apelação n. 0800542-96.2015.8.12.0018, Paranaíba, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 11/05/2017, p: 15/05/2017)

No caso específico dos autos, a meu modo de ver, o importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) guarda correspondência com a gravidade da lesão sofrida pela autora e se insere, outrossim, dentro da proporcionalidade balizada frente aos elementos acima indicados, sendo capaz de minorar os efeitos adversos do dano sofrido e, ainda, desmotivar o réu a permanecer na inércia frente aos deveres que lhe são legalmente impostos. (...) Como se viu, há um dano estético de pequena monta, razão pela qual entendo que a indenização no patamar de R$ 5.000,00 é adequada ao caso. (TJMS. Apelação n. 0003924-05.2012.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/04/2017, p: 28/04/2017)

EMENTA– APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ATROPELAMENTO DE IDOSA QUE ATRAVESSAVA A VIA NA FAIXA DE PEDESTRE – DESATENÇÃO DA CONDUTORA AO EFETUAR CONVERSÃO – TRANSGRESSÃO DOS ARTIGOS 44, 34, 29, § 2º E 70 DO CTB – ACARRETAMENTO DE DANOS FÍSICOS – FRATURA DO NARIZ E DO PULSO DIREITO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM – RECURSO PROVIDO. Constatado que a autora fazia a travessia da via na faixa de pedestres e que o atropelamento se deu em decorrência de manobra descuidada por parte da requerida, que infringiu os arts. 44, 34, 29, §2º, e 70 do Código de Trânsito Brasileiro, e, ainda, que a colisão acarretou fraturas no nariz e no pulso direito daquela (idosa de 82 anos na época), configurando danos morais e estéticos, é induvidosa a existência do dever de indenizar. Indenização por danos morais e estéticos fixados em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), à luz das circunstâncias do caso, finalidades da reparabilidade civil e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (...) (TJMS. Apelação n. 0801970-38.2013.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 19/04/2017, p: 26/04/2017)

Vale observar que tenho firmado o entendimento de que, em casos de inscrição indevida em órgãos de proteção de crédito, a simples anotação enseja danos morais no valor inicial de R$ 7.000,00.

Por interpretação *a fortiori* (quem pode o mais pode o menos), o caso posto à apreciação deve ter um valor maior, uma vez que mais gravoso o fato, tratando-se de acidente de trânsito, que, por si só, revela-se em tragédia da vida humana com abalos de ordem física e psíquica, o que leva à fixação do valor de danos morais no patamar inicial de R$ 15.000.00 (quinze mil reais).

Já na segunda fase de fixação, considera-se a gravidade do fato, o dano causado à vítima, a situação econômica da vítima, o potencial econômico do ofensor e o caráter punitivo do dano.

As provas dos autos demonstram que a recorrida Maria Lourdes Lopes da Silva sofreu diversas escoriações e lesão que resultou na realização de cirurgia (f. 17 e 73); porém, não se tem relato de sequelas.

O recorrido José Sebastião da Silva, por sua vez, sofreu fraturas expostas na mão e no úmero direitos, tendo que passar por mais de uma cirurgia, e ficando com sequelas permanentes (f. 360/361).

Essas peculiaridades com relação às lesões que cada vítima sofreu revela que o valor da indenização para cada uma não pode ser o mesmo, sendo razoável que o *quantum* fixado em favor de José Sebastião da Silva seja maior do que o de Maria Lourdes Lopes da Silva.

No tocante à situação sócio-econômica das partes litigantes, fator relevante no arbitramento da reparação pelo dano extrapatrimonial, verifica-se que as vítimas são pessoas de baixa renda, conforme documentos de f. 71, indicando a ocupação de Maria Lourdes Lopes da Silva como *"serviços gerais"*, e f. 80/82 e 89, que demonstram, respectivamente, que José Sebastião da Silva desempenhava trabalho braçal (confirmado pelas testemunhas de f. 415 e 439), e que recebe aposentadoria no valor mínimo.

Por outro lado, a causadora do dano é empresa de transporte coletivo de passageiros, com poderio econômico muito superior ao das vítimas.

Por conseguinte, considerando as peculiaridades do caso concreto, mostra-se razoável a minoração da indenização fixada na sentença para R$ 20.000,00 em favor de Maria Lourdes Lopes da Silva, e R$ 25.000,00 em favor de José Sebastião da Silva.

Passo a tratar do valor da indenização por dano estético.

Anota-se que o dano estético é uma modalidade de dano moral e, portanto, por regra geral, os valores entre ambos portam *"certa"* equivalência.

Contudo, excepcionalmente, os valores poderão ser diversos, como, por exemplo, no caso de acidente de trânsito com perda de membro, em que, em tese, o *quantum* do dano estético deve ser maior do que o dano moral.

Nesse sentido já se manifestou o STJ:

> *O dano estético, em si mesmo considerado, constitui modalidade de dano moral. Seu ressarcimento, entretanto, não significa, sempre e necessariamente, o esgotamento do que seria devido a título de dano moral. Além da dor decorrente da lesão estética, pode a lesão acarretar restrições que importem também sofrimento moral. Ambas as manifestações são indenizáveis.* (REsp 94.569/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/11/1998, DJ 01/03/1999, p. 304).
>
> *Trata-se de ação em que o agravante requer a reforma da decisão do Tribunal de origem que não considerou a extensão do dano suportado pela recorrida e fixou valor*

> *indenizatório excessivamente desproporcional 2. O Tribunal Regional acrescentou ainda que, tendo em vista o histórico dos dissabores passados pela agravada, decorrentes da malsucedida intervenção cirúrgica realizada pelo corréu Alberto Rondon, relatados na decisão agravada e, em especial, considerando a prova documental e pericial realizada, entende-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade a fixação estipulada pela instância a quo, a saber, o importe de R$40.000,00 a título de danos morais e, ainda, a mesma quantia, R$ 40.000,00, para fins de reparação pelos danos estéticos. 3. Em regra, não é cabível, na via especial, a revisão do montante indenizatório fixado pela instância de origem, ante a impossibilidade de análise de fatos e provas, conforme a Súmula 7/STJ. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, a alteração do quantum arbitrado, caso se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no caso concreto.4. Agravo Interno não provido.* (AgInt no AREsp 948.052/MS, rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017).

O presente caso comporta a aplicação da regra geral, uma vez que o dano estético deriva de acidente de trânsito que causou sérias lesões ao autor, deixando sequelas de caráter permanente, mas que não chegam a caracterizar perda de membro.

Levando em conta esta premissa, se o dano moral foi fixado em R$ 25.000,00, o dano estético deve ter o mesmo valor.

Diante do exposto, acolhe-se do pedido das apelantes para reduzir o valor da indenização por dano moral para R$ 20.000,00 em favor de Maria Lourdes Lopes da Silva, e R$ 25.000,00 em favor de José Sebastião da Silva, bem assim o valor da indenização por dano estético em favor de José Sebastião da Silva para R$ 25.000,00.

Pensionamento

Ambas as apelantes aduzem ser improcedente o pedido de pensionamento, vez que não houve comprovação da atividade remunerada exercida pelo requerente à época do acidente, tampouco que era remunerado pelo valor que declarou.

Subsidiariamente, requerem a redução do valor da pensão, fixado em R$ 1.000,00, para o correspondente ao salário mínimo vigente à época do acidente, e que o termo final do pensionamento seja a idade de 65 anos do beneficiário, e não 70, como fixado na sentença.

Os pedidos não procedem.

O magistrado *a quo* agiu com acerto ao fixar a pensão em favor do recorrido José Sebastião da Silva em valor correspondente à integralidade de sua remuneração, vez que o acidente impossibilitou-o de continuar trabalhando na mesma função (conforme declaração do perito à f. 360).

E, tratando-se de pessoa de baixa renda e com idade muito avançada (64 anos à época do acidente), presume-se a impossibilidade do recorrido de conseguir outro tipo de trabalho, que não o que lhe exija algum tipo de esforço físico.

O dever de pagar pensão em casos como o presente deriva da norma insculpida no art. 950 do CC, a saber:

> *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.*

As provas produzidas nos autos demonstraram a incapacidade do recorrido de continuar exercendo a atividade de outrora, consistente no plantio, colheita e entrega de hortaliças (contrato de prestação de serviços às f. 80/82 e depoimentos das testemunhas às f. 415 e 439).

A testemunha de f. 415 confirmou que após a convalescença do autor, ele não conseguiu mais desempenhar qualquer tipo de atividade, recebendo, inclusive, ajuda da igreja para custear seu sustento e de sua família.

Além disso, como dito, as circunstâncias do caso concreto demonstram a impossibilidade do recorrido de conseguir outro tipo de trabalho, em razão do avançar da idade e de não ter capacidade de exercer outro trabalho que não seja o braçal.

Assim, comprovados a responsabilidade pelo acidente que lhe ocasionou danos, o nexo de causal em relação à incapacidade de exercer atividades que lhe exijam esforço físico e a remuneração que recebia pelo trabalho anteriormente exercido (contrato de prestação de serviços às f. 80/82), o autor faz jus à pensão e no valor correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou, qual seja, R$ 1.000,00, nos termos do art. 950 do CC.

Quanto ao prazo do pensionamento, prevalece o entendimento de que deva ser vitalício, não cabendo a imposição de termo final, conforme fixou o magistrado *a quo*. No entanto, como não houve recurso do beneficiário, mantém-se o termo fixado, não merecendo acolhida, tampouco, o pedido de sua redução para a idade de 65 anos.

Eis alguns julgados deste Tribunal sobre o assunto:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA – MÉRITO – ABALROAMENTO ENTRE ÔNIBUS E MOTOCICLETA – CONVERSÃO À ESQUERDA – INTERCEPTAÇÃO DA PREFERENCIAL – CULPA DO RÉU CARACTERIZADA – MOTOCICLISTA QUE, EM PERÍODO NOTURNO, CONDUZIA O VEÍCULO COM OS FARÓIS APAGADOS – DIFICULDADE DE VISUALIZAÇÃO PELO MOTORISTA DO ÔNIBUS – CULPA CONCORRENTE RECONHECIDA – INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA DO AUTOR – PENSIONAMENTO MENSAL DEVIDO – REDUÇÃO DO VALOR – VITALÍCIA – DANO MORAL – CRITÉRIOS FIXAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – SÚMULA 54, DO STJ – DEDUÇÃO – SEGURO OBRIGATÓRIO – PROVA DE RECEBIMENTO DE PELO AUTOR – CABIMENTO – SÚMULA 246, DO STJ – SUCUMBÊNCIA PROPORCIONAL – SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) "A pensão indenizatória, prevista no artigo 950 do Código Civil, é devida nos casos em que a lesão corporal suportada pela vítima impeça o exercício de seu ofício ou profissão ou diminua sua capacidade de trabalho, situação do apelante. In casu, face à inexistência de prova dos rendimentos da vítima, a pensão deve corresponder a um salário mínimo mensal, diante dos precedentes deste Tribunal, e da própria Constituição Federal (artigo 7º, inciso VII)" (...)* (TJMS. Apelação n. 0013008-56.2008.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 26/01/2016, p: 29/02/2016)

> *APELAÇÕES. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEQUELAS FÍSICAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESSUPOSTOS PREENCHIDOS. DEVER DE INDENIZAR. INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL TEMPORARIAMENTE – FASE DE RECUPERAÇÃO – LUCROS CESSANTES DEVIDOS NO VALOR INTEGRAL DO SALÁRIO ANTES PERCEBIDO – PENSÃO ALIMENTÍCIA – LIMITADA AO PERCENTUAL DE INVALIDEZ PERMANENTE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM. DANO ESTÉTICO – DEDUÇÃO DO SEGURO DPVAT – INADMISSIBILIDADE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.II) Se, em virtude do acidente de trânsito, a vítima*

> *fica impossibilitada de exercer o seu trabalho, impõe-se o reconhecimento do direito de indenização pelo período de inatividade, consistente no pensionamento de quantia que corresponda aos ganhos que deixou de auferir. III) Se, posteriormente ao período de recuperação, se verifica que as sequelas do evento danoso geraram inabilitação para o trabalho que a vítima exercia, mas com possibilidade de readaptação em outra função, o recebimento de pensão continua devido, porém e m valor equivalente ao percentual da invalidez para o trabalho que restou permanente. (...)* (TJMS. Apelação n. 0801918-98.2012.8.12.0026, Bataguassu, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/01/2016, p: 28/01/2016)

> *Constatada a invalidez parcial ou total da vítima de acidente de trânsito, não há se falar em limitação da idade para recebimento da pensão mensal até os 65 anos, porque, a rigor, deverá ser vitalícia, quando permanente, ou até a cessação da incapacidade, quando temporária. (...)* (TJMS. Apelação n. 0013008-56.2008.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 26/01/2016, p: 29/02/2016)

Destarte, mantém-se a sentença no tocante à condenação ao pagamento de pensão, no valor e prazo fixados.

Termo inicial dos juros de mora

Ambas as apelantes Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial e Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA, na hipótese de não reformada a sentença, postulam pela prevalência dos juros de mora dos danos morais e estéticos somente a partir do respectivo arbitramento e não da data do evento danoso.

A apelante Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA afirma que a súmula 54 do STJ não se aplica ao caso dos autos, o qual versa sobre responsabilidade civil contratual, derivada de um contrato de transporte.

De fato, o presente caso versa sobre responsabilidade civil contratual, vez que entre as partes, vítimas e causadora do dano, existia um liame contratual anterior, consistente na prestação de serviço de transporte.

Nesse sentido é pacífico o entendimento do STJ:

> *CIVIL RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRANSITO. EMPRESA TRANSPORTADORA, PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CABIMENTO. DANOS ESTÉTICOS. INOCORRÊNCIA. QUANTUM. REDUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 20 E 21 DO CPC. (...) 3. Cuida-se, na hipótese, de passageiro de ônibus, havendo portanto responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transportes. A orientação desta Corte é no sentido de que em tal circunstância os juros moratórios correm a partir da citação. Inaplicável, in casu, a Súmula 54/STJ, por não se tratar de responsabilidade extracontratual. (Precedentes: REsp. 327.382/RJ; REsp. 131.376/RJ; REsp. 247.266/SP).* (REsp 726.939/RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 01/07/2005, p. 559)

> *CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANOS MORAL E MATERIAL. (...) 5. Tratando-se, na hipótese, de responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transporte, os juros moratórios devem ser aplicados a partir da citação. Precedentes.* (REsp 721.091/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 567)

> *RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. 'PINGENTE'. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES DA CORTE. I - É dever da transportadora preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. (...)* (REsp 226.348/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 19/09/2006, DJ 23/10/2006, p. 294)

Desse modo, procede a alegação da apelante Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA no sentido de sua responsabilidade ser de origem contratual, não incidindo a Súmula 54 do STJ[3] para a fixação do termo *a quo* dos juros de mora dos danos morais.

Entretanto, seu pedido e o da apelante Companhia Mutual de Seguros, consistentes na fixação do termo inicial dos juros a partir da data do arbitramento, não merecem acolhida, pois, como visto nos julgados, com fulcro no art. 405 do CC, os juros de mora em caso de responsabilidade contratual fluem a partir da citação.

Ocorre que considerando que a matéria tratada é de ordem pública, reconheço de ofício o equívoco na sentença e fixo como termo inicial dos juros de mora dos danos morais e estéticos e do pensionamento a data da citação, conforme preconiza o art. 405 do CC.

Juros de mora e correção monetária em relação à liquidanda

A apelante Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial postula pela suspensão da fluência dos juros de mora e vedação da incidência de correção monetária sobre o valor da condenação, em observância ao art. 18, d e f da Lei 6.024/74, aplicável aos casos de liquidação extrajudicial, como lhe ocorreu.

O apelo merece prosperar em parte.

A jurisprudência do STJ autoriza a incidência de correção monetária sobre as dívidas de entidade em liquidação extrajudicial, devendo apenas os juros ficarem suspensos a partir da decretação da liquidação extrajudicial até o pagamento integral do passivo.

Saliente-se que, com relação à atualização monetária, o Decreto Lei 1.477/76, posterior à Lei 6.024/74, trouxe disposição expressa, a saber:

> *Art. 1º - Incide correção monetária sobre a totalidade das obrigações de responsabilidade das entidades a que se aplica a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, submetidas a regime de intervenção, liquidação extra-judicial ou falência.*
>
> *Parágrafo único - O disposto neste artigo, abrange também as operações realizadas posteriormente à decretação da intervenção, liquidação extra-judicial ou falência, referentes a qualquer tipo de obrigação passivas, contratual ou não, inclusive as penas pecuniárias por infração a dispositivos legais.*

Eis alguns julgados da Corte Superior:

> *RECURSO ESPECIAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. OBRIGAÇÕES. JUROS MORATÓRIOS. SUSPENSÃO. TERMO INICIAL. DECRETO DE LIQUIDAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECONHECIMENTO. 1. Fica suspensa a fluência de juros contra a instituição financeira, sejam legais ou contratuais, a partir do decreto de liquidação até o pagamento do passivo. Na hipótese de sobejar alguma quantia após*

3 Súmula 54: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

a satisfação do principal, os juros serão pagos respeitada a ordem estabelecida no quadro geral de credores. Precedente. 2. A princípio, a Lei nº 6.024/1974 suspendia a incidência de correção monetária sobre as dívidas da instituição financeira em liquidação extrajudicial. Porém, o art. 18, "f", da referida lei foi modificado, no ponto, pelo Decreto-Lei nº 1.477/1976, que prevê a incidência de correção monetária sobre a totalidade das obrigações de responsabilidade das entidades sob regime de liquidação extrajudicial.(...) (REsp 1.646.192/PE, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 24/3/2017.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS EM SEGUNDA FASE. JUROS MORATÓRIOS. SUSPENSÃO DA FLUÊNCIA. LEI N. 6.024/74. PROVIMENTO. 1. Na liquidação extrajudicial, a exemplo do que ocorre durante o processamento da falência (Lei 11.101/2005, art. 124), os juros, sejam eles legais ou contratuais, têm sua fluência suspensa por força do art. 18, "d", da Lei n. 6.024/74. 2. O motivo da suspensão da fluência dos juros é uma presunção legal, de caráter relativo, de que o ativo não é suficiente para o pagamento de todos os credores. Assim, após a satisfação do passivo aos credores habilitados, e havendo ativo que os suporte, serão pagos os juros contratuais e os legais vencidos durante o período do processamento da falência ou liquidação extrajudicial. 3. Recurso especial conhecido e provido. (Resp 1.102.850/PE, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 4/11/2014, DJe 13/11/2014.)

PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. CORRETORA DE VALORES. REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. SÚMULA N. 211/STJ. DL N. 7.661/1945. ART. 44, VI. APLICAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. SÚMULA N. 43/STJ. ATO ILÍCITO ABSOLUTO E ATO ILÍCITO RELATIVO. JUROS DE MORA. CITAÇÃO.

(...) 3. "É entendimento consolidado da Corte que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não-incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, constituindo-se ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena realização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações" (REsp n. 247.685/AC, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 5.6.2000). (...) 5. Conforme disposto no art. 18, alínea "d", da Lei n. 6.024/1974, decretada a liquidação extrajudicial da empresa, não há fluência de juros enquanto não integralmente pago o passivo. (...) (REsp 887.131/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/5/2013, DJe 14/10/2013.)

Desse modo, acolhe-se em parte o pedido da apelante para que os juros de mora incidentes sobre a condenação fiquem suspensos a partir do decreto de sua liquidação extrajudicial até o pagamento integral do passivo, mantendo-se a incidência da correção monetária.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta:

Conheço da apelação de Companhia Mutual de Seguros – em liquidação extrajudicial, deixo de acolher os pedidos de concessão de justiça gratuita e suspensão do processo, e dou-lhe parcial provimento apenas para:

Reduzir o valor da indenização por dano moral para R$ 20.000,00 em favor de Maria Lourdes Lopes da Silva, e R$ 25.000,00 em favor de José Sebastião da Silva;

Reduzir o valor da indenização por dano estético para R$ 25.000,00 em favor de José Sebastião da Silva; e suspender a fluência dos juros de mora sobre o valor da condenação desde a data da decretação de sua liquidação extrajudicial até o pagamento integral do passivo da empresa.

Conheço da apelação de Eucatur - Empresa União Cascavel de Transportes e Turismo LTDA e dou-lhe parcial provimento apenas para:

Reduzir o valor da indenização por dano moral para R$ 20.000,00 em favor de Maria Lourdes Lopes da Silva, e R$ 25.000,00 em favor de José Sebastião da Silva; e reduzir o valor da indenização por dano estético para R$ 25.000,00 em favor de José Sebastião da Silva.

De ofício, reformo a sentença com relação ao termo inicial dos juros de mora dos danos morais e estéticos e do pensionamento, fixando-o na data da citação.

Sem sucumbência recursal (§ 11 do art. 85 do CPC), vez que proferida sentença antes da entrada em vigor do CPC/2015 (Súmula Administrativa 7 do STJ).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801150-79.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ATOS DE IMPROBIDADE POR SANÇÃO DE LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA A UTILIZAÇÃO DE *SLOGAN* INSTITUCIONAL – AFASTADO – RECURSO NÃO PROVIDO – CONTRA O PARECER.

Teoria da autonomia por responsabilidade por improbidade administrativa exige que a mera ilegalidade não se confunda com improbidade, já que esta exige conduta desonesta do agente, tendente a obter vantagem para si ou terceiro, transmutando a motivação do ato administrativo que deve ter como modal apenas e tão somente o interesse público.

Não aflora ato de improbidade, por si só, a sanção de lei para utilização de *slogan* institucional, quer porque não há provas de vantagens deste ato por parte do requerido, quer porque não pode ser considerado como ato tão grave afeto ao improbo, de tema que sequer na justiça eleitoral é hipótese de impugnação de candidatura por abuso de poder político.

Ora, se o ato de utilização de *slogan* institucional não é ato de impedir a posse ou a participação do candidato no pleito eleitoral, então e por interpretação *a fortiori*, não pode ser ato que lhe retire do cargo ou impeça a exercício de sua elegibilidade futura como ato de improbidade.

Até porque, o Poder Judiciário é uno (art. 2º da CF/88), de forma que as decisões perante o seu *"fatiamento de competência"* devem ser coerentes entre si, a fim de que se evite a incoerência institucional e insegurança jurídica, por entendimentos contrapostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual – MPE em face da sentença de fls. 390/394, que julgou improcedente o pedido trazido na ação de improbidade administrativa manejada em face de Murilo Zauith, uma vez que ausente a demonstração do dolo na conduta.

Ministério Público Estadual – MPE suscita no recurso de apelação de fls. 397/433, em apertada síntese: provimento do recurso para julgar procedente o pedido de condenação por atos de improbidade nas

penas do art. 12, III da Lei nº 8.429, uma vez que considera ato improbo a criação de Lei (Lei Municipal nº 3.474/2011) autorizando o uso de logotipo institucional, ao lado do brasão e da bandeira do município e, posteriormente, determinar a sua utilização em todos os veículos oficiais e obras do Município, com o intuito de favorecer o Prefeito, por trazer em si resultado específico almejado.

O recorrido, devidamente intimado às fls. 435, apresentou contrarrazões às fls. 458/462 pelo improvimento recursal e, a Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento (fls. 445).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual – MPE em face da sentença de fls. 390/394, que julgou improcedente o pedido trazido na ação de improbidade administrativa, uma vez que ausente a demonstração do dolo na conduta.

Ministério Público Estadual – MPE suscita no recurso de apelação de fls. 397/433, em apertada síntese: provimento do recurso para julgar procedente o pedido de condenação por atos de improbidade nas penas do art. 12, III da Lei nº 8.429, uma vez que considera ato improbo a criação de Lei (Lei Municipal nº 3.474/2011) autorizando o uso de logotipo institucional, ao lado do brasão e da bandeira do município e, posteriormente, determinar a sua utilização em todos os veículos oficiais e obras do município, com o intuito de favorecer o prefeito, por trazer em si resultado específico almejado.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que o requerido sancionou Lei Municipal nº 3.474/2011 (fls. 133), que ao contrário da legislação anterior (Lei Municipal n 3.408/2011), autoriza a utilização de logotipo institucional. A sentença foi de improcedência. O Ministério Público Estadual apela em concordando com o capítulo da sentença em relação a não configuração como ato de improbidade em relação às cores utilizadas nos veículos e prédios públicos e insiste em ato de improbidade pela sanção de lei que permitiu a utilização do *slogan* institucional.

Tenho que o recurso deve ser improvido.

O ato de sanção de lei que autoriza *slogan* institucional não pode ser, por si só, considerada como ato de improbidade.

Isso porque, o ato de improbidade como tal não se contenta com uma simples ilegalidade, ou, como no caso posto à apreciação, de suposta afronta, por si só, ao princípio da impessoalidade do administrador público do § 1º do art. 37 da Constituição Brasileira.

Tanto é verdade a respeito deste fato, que o STJ já vem proferindo julgamento pela improcedência do pedido de atos de improbidade diante de simples ilegalidade, inclusive, em caso idêntico a este de utilização de *slogan* institucional, de forma monocrática, segundo o qual, assim se fez anotar:

Com efeito, a Lei 8.429/92 deixou de delimitar o ato ímprobo, o que pode realmente levar a Administração a punir indiscriminadamente os atos apenas ilegais praticados por agentes públicos como se improbidade fossem, alterando a essência da lei. Efetivamente, ilegalidade e improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos indiferentes ou intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave (Agravo em recurso especial Nº 277.809 - SP (2012/0274974-4). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

O que se está a dizer é que não basta na ação de improbidade a menção da afronta ao ordenamento jurídico, mas sim, que esta afronta objetivou atos de improbidade.

E outros termos: ato de improbidade = ilegalidade + qualificada.

Justamente neste ponto que não vejo como ato de improbidade, por si só, a sanção de lei para utilização de *slogan* institucional, quer porque não há provas de vantagens deste ato por parte do requerido, quer porque não pode ser considerado como ato improbo/desonesto, de tema que sequer na justiça eleitoral é hipótese de impugnação de candidatura por abuso de poder político.

Veja-se pelo TSE:

> *Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso do poder econômico e de autoridade. O fato de os investigados utilizarem, em campanha eleitoral, o slogan "Alagoas no Caminho do Bem" não configura, por si só, associação indevida ou abusiva àquele utilizado pelo Governo do Estado em suas propagandas institucionais ('Alagoas no Rumo Certo'), pois não evidenciado nenhum benefício ou desequilíbrio à disputa entre os candidatos* (Recurso Ordinário nº 122716, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 82, Data 03/05/2012, Página 284).

Ora, se o ato de utilização de *slogan* institucional não é ato de impedir a posse ou a participação do candidato no pleito eleitoral, então e por interpretação *a fortiori*, não pode ser ato que lhe retire do cargo ou impeça a exercício de sua elegibilidade futura. Até porque, o poder Judiciário é uno (art. 2º da CF/88), de forma que as decisões perante o seu *"fatiamento de competência"* devem ser coerentes entre si, a fim de que se evite a incoerência institucional e insegurança jurídica, por entendimentos contrapostos.

Ademais, é certo que se veda a promoção pessoal da pessoa física do administrador. Daquele que utiliza a falsa prestação pública de sua gestão para sua promoção pessoal. Em outros termos: utiliza a máquina pública como vantagem querida e desejada. Então, e buscando a interpretação teleológica do art. 37, § 1º da CF/88, impossível falar em violação à impessoalidade se o *slogan* está umbilicalmente atrelado à atividade publica desenvolvida. Até porque, não podemos perder em mente que o administrador deve ser atentar também ao princípio da publicidade dos atos do administrador, por imposição, também, do *caput* do art. 37 da CF/88.

Assim, a utilização de *slogan* no limite desta linha divisória entre o que se vista evitar pela preservação da impessoalidade e da obrigação da publicidade, não pode ser considerada como ato de improbidade, já que não vejo compatibilidade do exercício deste limite com a do dolo como ato querido e buscado de desonestidade manifesta.

Sem dolo, não há ato de improbidade administrativa.

Veja pelo STJ:

> *A jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (Art. 11 da Lei n. 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico.* (EREsp. 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 1.9.2010). (AgRg no Ag 1331116/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011 (AgRg no AREsp 163.308/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012).

Teoria da autonomia por responsabilidade por improbidade administrativa exige que a mera ilegalidade não se confunda com improbidade, já que esta exige conduta desonesta do agente, tendente

a obter vantagem para si ou terceiro, transmutando a motivação do ato administrativo que deve ter como modal apenas e tão somente o interesse público.

Por fim, pede a declaração de inconstitucionalidade pela forma difusa da referida lei municipal que autorizou a utilização do *slogan*. Contudo, este pedido não pode ser atendido nesta via, uma vez que para tanto é mister que ela fosse integrada no polo passivo pelos participantes direto deste ato, que são os vereadores que aprovaram referida lei, ou seja, trata-se de litisconsórcio passivo necessário. Isso porque, eles seriam atingidos pelos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, de forma que não se mostra possível a decisão de atos praticados por eles sem que possam exercer a prévia defesa de seus atos, até porque também, a inconstitucionalidade poderia abrir eventual responsabilidade cível e administrativa por edição de lei inconstitucional.

E mais, não há utilidade na declaração de inconstitucionalidade desta lei municipal, porque ainda que ela fosse acolhida, em nada mudaria o resultado de julgamento, ou seja, não haveria a tal ilegalidade qualificada ou prova do dolo por ato de desonestidade, conforme já anotado anteriormente.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso. Contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1407400-80.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA – PESSOA JURÍDICA – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – PARCELAMENTO DE CUSTAS INICIAIS ART. 98, § 6 DO CPC – DECISÃO MANTIDA EM PARTE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Conquanto a legislação refere-se como requisito para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita apenas a afirmação de que a parte não dispõe de condições para arcar com as custas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família, essa declaração possui presunção relativa, autorizando, portanto, o magistrado analisar o suporte fático trazido aos autos e, não havendo fundamentos suficientes que corrobore o alegado estado de hipossuficiência do requerente, indeferir o benefício.

Nos termos do art. 98, § 6º do Código Processual Civil, é oportunizado as partes o parcelamento das Custas Judiciais Iniciais, sendo este pedido deferido.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por David Bastelli de Miranda - ME em face da decisão proferida às f. 74 (autos principais) que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita na ação de descumprimento contratual c.c indenização por danos morais e materiais movida em face de Sky Brasil Serviços Ltda (autos nº 0808399-79.2017.8.12.0001).

Alegou o agravante em suas razões que, em que pese tratar-se de pessoa jurídica, houve mudança em sua situação econômica, e no momento, *"enfrenta uma situação financeira agravada a qual não lhe permite pagar as custas do processo"*, podendo chegar até mesmo a falência.

Aponta que a decisão agravada merece reforma de modo que para a concessão da justiça gratuita não é necessário o caráter de miserabilidade do requerente, bastando a simples afirmação de que não tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo próprio.

Afirma por fim que a decisão traz um óbice ao acesso à Justiça, requerendo de forma alternativa, na negativa da concessão do benefício, que lhe seja oportunizado o parcelamento das Custas Judiciais Iniciais.

O presente agravo foi recebido as f. 10-13, sendo deferido efeito suspensivo, e concedendo-lhe o parcelamento das custas.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por David Bastelli de Miranda - ME em face da decisão proferida às f. 74 (autos principais) que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita na ação de descumprimento contratual c.c indenização por danos morais e materiais movida em face de Sky Brasil Serviços Ltda (autos nº 0808399-79.2017.8.12.0001).

Alegou o agravante em suas razões afirma que houve mudança em sua situação econômica, e no momento, mesmo tratando-se de pessoa jurídica enfrenta dificuldades financeiras, e a atual situação *"não lhe permite pagar as custas do processo"*.

Requer assim, a reforma da decisão agravada de modo que lhe seja conferida justiça gratuita, e de forma alternativa, na negativa da concessão do benefício, que lhe seja oportunizado o parcelamento das custas judiciais iniciais.

Mérito

Inicialmente, impõe-se lembrar que o fato de se tratar de pessoa jurídica não impede a concessão do benefício, nos termos da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.*

A Constituição Federal em seu art. 5.º, LXXIV assegura que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso.

O Código de Processo Civil também garante à pessoa natural ou jurídica o direito à gratuidade da justiça quando não possuir condições de pagar as custas e despesas processuais, consoante se verifica dos arts. 98 e 99, *in verbis*:

> *Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.*
>
> *§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.*

> *§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*
>
> *§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.*
>
> *§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.*
>
> *(...)*

Deve-se esclarecer que a legislação refere-se como requisito para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita apenas a afirmação de que a parte não dispõe de condições para arcar com as custas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família, porém, essa afirmação possui presunção relativa, autorizando, portanto, o magistrado a indeferir se encontrar, na análise do suporte fático trazido aos autos, fundamentos suficientes que contrarie o alegado estado de hipossuficiência do requerente.

Dessa forma, a regra não impede a análise da real situação da parte postulante, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EX-PREFEITO MUNICIPAL. MÉDICO APOSENTADO. AÇÃO PAULIANA, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DA VENDA DE IMÓVEIS DO ORA RECORRENTE. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDO, NA ORIGEM, COM BASE NOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. REEXAME, NESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto contra decisão monocrática publicada em 1º/08/2016, que, por sua vez, julgara Agravo em Recurso Especial interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de agravo de instrumento, interposto por ex-Prefeito Municipal , médico aposentado, contra decisão que, nos autos de ação pauliana - com o fim de anular as vendas de imóveis de sua propriedade, enquanto contra ele estiver em curso ação civil pública por ato de improbidade administrativa, bem como ação popular -, proposta pelo Ministério Público Estadual, indeferira a concessão dos benefícios da assistência judiciária ao ora agravante. III. "Este Superior Tribunal posiciona-se no sentido de que a declaração de pobreza, com o intuito de obtenção dos benefícios da justiça gratuita, goza de presunção relativa, admitindo-se prova em contrário (AgRg no AREsp 259.304/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/05/2013)" (STJ, AgInt no AREsp 870.424/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 08/06/2016). IV. Na forma da jurisprudência do STJ, "o magistrado pode indeferir ou revogar o benefício, havendo fundadas razões acerca da condição econômico-financeira da parte ou, ainda, determinar que esta comprove tal condição, haja vista a declaração de hipossuficiência de rendas deter presunção relativa de veracidade, admitindo prova em sentido contrário" (STJ, AgRg no AREsp 363.687/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 01/07/2015). V. Tendo o Tribunal de origem, soberano na apreciação de fatos e provas, mantido a decisão de 1º Grau que indeferira o pedido de assistência judiciária, haja vista que as circunstâncias da causa são incompatíveis com a alegada necessidade do benefício, revela-se inviável o reexame de tal conclusão, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ. A propósito: STJ, AgInt no AREsp 871.303/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 21/06/2016. VI. Agravo interno improvido.* (AgInt no AREsp 767.701/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 22/11/2016)

No caso, a agravante é pessoa jurídica e informa estar passando por dificuldades financeiras, o que a impede de pagar as custas e despesas processuais, trazendo como prova, nos autos originais, a declaração de faturamento ou previsão de faturamento da empresa as f. 73, assinada por um contador e pelo proprietário da empresa.

Acontece que a situação financeira apresentada pela recorrente, conquanto não demonstre ser empresa que tenha expressiva movimentação comercial, comprova que existe rendimentos que estiveram em crescente escala mensal, o que afasta o direito ao recebimento da gratuidade da justiça neste momento, pois conforme esclarecido no julgado acima, cabe ao magistrado analisar a situação fática apresentada aos autos a fim firmar seu entendimento quanto à comprovação ou não da situação de miserabilidade financeira da parte.

Desta forma, havendo comprovada situação fática, não há o que se falar em óbice ao acesso à Justiça e violação à Constituição Federal, como aponta o agravante.

Pontua-se ainda que não houve indicação de despesas, débitos, nem mesmo relação de patrimônio do agravante ao ponto de que desta forma fosse comprovada sua situação de grande dificuldade financeira.

Ressalta-se que a simples apresentação de petição informando números de processos trabalhistas também não comprova a alegação de hipossuficiência do agravante.

Este também é foi o entendimento unânime da 1ª Câmara Cível:

> *EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - AUSÊNCIA DE PROVA DO ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA - BENEFÍCIO INDEFERIDO - ART. 5º, INCISO LXXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ARTIGO 99, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Não se concede justiça gratuita a quem não demonstra de modo inequívoco a insuficiência ou a precariedade financeira que alega enfrentar. Não havendo prova do estado de hipossuficiência, mostra-se correta a decisão que indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, bem como no artigo 99, §2º do Código de Processo Civil/2015. Recurso conhecido e não provido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.* (TJ-MS-AI:1403689-04.2016.8.12.0000 MS, Relator: Desª Tânia Garcia de Freitas Borges, Data de Julgamento: 17/05/2016, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/05/2016).

Assim, diante do quadro fático que se apresenta, resta comprovado que a recorrente possui condições de pagar as custas e despesas processuais sem que prejudique suas atividades comerciais, portanto, deve-se manter o indeferimento dos benefícios.

No tocante ao pedido de parcelamento, este merece ser melhor analisado.

Em que pese a existência da legislação estadual, a publicação do novo Código Processual Civil nos trouxe a possibilidade de oportunizar o parcelamento das custas judiciais iniciais conforme disposto no artigo 98, a qual foi deferida em sede de recebimento do presente agravo.

Tal medida vem sendo cumprida a contento pelo agravante, conforme se verifica pela análise dos autos principais, e deve ser mantida.

Ressalta-se que o pagamento em parcelado possibilita o ingresso na Justiça Estadual garantindo o direito da parte e ainda possibilita aos cofres públicos maior volume de arrecadação, o que beneficia tanto o ente estatal quanto os demandantes.

Desta forma defiro o parcelamento requerido pelo agravante.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço do recurso e dando-lhe parcial provimento, para que seja mantida a decisão agravada quanto a negativa no benefício da justiça gratuita sendo reformada apenas no tocante ao parcelamento das custas judiciais iniciais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0056057-11.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – DESNECESSIDADE DE AUDIÊNCIA – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DE LIDE – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – ARTIGOS 130 E 131 DO CPC/1973 – ALEGAÇÃO DE EXPOSIÇÃO DE EMPREGADO EM SITUAÇÃO VEXATÓRIA EM VIRTUDE DE CAMPANHA PUBLICITÁRIA – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DO ÓRGÃO ESTATAL E PELA EMPRESA DE PUBLICIDADE – ATO INVOLUNTÁRIO NÃO ENSEJADOR DE DANO MORAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Os artigos 130 e 131 do CPC/1973 dispõem que cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias e que o mesmo apreciará livremente a prova, indicando os motivos do convencimento. Deve-se ressaltar que o juiz tem o poder de valorar a necessidade ou desnecessidade da prova, sempre cotejando o conjunto probatório colacionado aos autos, não havendo se falar *in casu* em cerceamento de defesa.

Não havendo ato voluntário com intuito de causar dano ao autor recorrente, não há se falar em ato ilícito ensejador de indenização por dano moral, sobretudo quando a intenção da campanha publicitária foi a de humanizar os números de atendimentos ao consumidor, sendo que, se há qualquer semelhança do personagem com o empregado apelante, tal fato ocorreu por mera coincidência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Ronaldo Chaves Júnior interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos de ação de indenização por danos morais n. 0056057-11.2012.8.12.0001, ajuizado em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou totalmente improcedente o pedido inicial, condenando o autor a pagar as custas processuais.

O feito refere-se à ação de indenização por danos morais em face do Estado de Mato Grosso do Sul, ajuizada pelo ora apelante, sob argumento de que o PROCON/MS, órgão no qual era lotado como

funcionário público, teria vinculado informativo publicitário (disque denúncia *"151"*) que fazia referência à obesidade do recorrente, sendo que tal fato lhe teria causado transtornos psicológicos, médicos e de convívio social. Informou, ainda, que solicitou, por meio de ofício junto à superintendência do PROCON/MS, que fossem tomadas as devidas providências, a fim de cessar o constrangimento pelo qual estava passando. Em resposta, a sobredita superintendência esclareceu que a criação do material publicitário (desenhos, cartazes, outdoors etc.) tinha como objetivo apenas humanizar os números de atendimento ao consumidor e que qualquer semelhança com os servidores do PROCON/MS seria mera coincidência. Ao fim, em sua exordial, o autor/apelante requereu a procedência do pedido e a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento indenizatório de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Às fls. 106/110, o juiz *a quo* julgou improcedente o feito.

Nas razões de fls. 117/120, o recorrente arguiu a nulidade da relação processual por cerceamento de defesa, uma vez que, ao invés de analisar e deferir a produção das provas requeridas, o magistrado de piso optou por julgar a lide antecipadamente.

O apelante assevera que resta claro o nexo de causalidade entre a conduta negligente do apelado e os danos morais ocasionados ao recorrente.

Requer seja conhecido e provido o recurso de apelação, para o fim de que seja julgada procedente a demanda, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, dos honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência. Subsidiariamente, requer seja decretada a nulidade da sentença, reabrindo-se a fase instrutória e permitindo-se ao apelante a produção de prova testemunhal.

Às fls. 125/134, contrarrazões do recorrido, pugnando pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ronaldo Chaves Júnior em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos de ação de indenização por danos morais n. 0056057-11.2012.8.12.0001, ajuizado em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou totalmente improcedente o pedido inicial, condenando o autor a pagar as custas processuais.

O feito refere-se à ação de indenização por danos morais em face do Estado de Mato Grosso do Sul, ajuizada pelo ora apelante, sob argumento de que o PROCON/MS, órgão no qual era lotado como funcionário público, teria vinculado informativo publicitário (disque denúncia *"151"*) que fazia referência à obesidade do recorrente, sendo que tal fato lhe teria causado transtornos psicológicos, médicos e de convívio social. Informou, ainda, que solicitou, por meio de ofício junto à superintendência do PROCON/MS, que fossem tomadas as devidas providências, a fim de cessar o constrangimento pelo qual estava passando. Em resposta, a sobredita superintendência esclareceu que a criação do material publicitário (desenhos, cartazes, outdoors etc.) tinha como objetivo apenas humanizar os números de atendimentos ao consumidor e que qualquer semelhança com os servidores do PROCON/MS seria mera coincidência. Ao fim, em sua exordial, o autor/apelante requereu a procedência do pedido e a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento indenizatório de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Às fls. 106/110, o juiz *a quo* julgou improcedente o feito.

Nas razões de fls. 117/120, o recorrente arguiu a nulidade da relação processual por cerceamento de defesa, uma vez que, ao invés de analisar e deferir a produção das provas requeridas, o magistrado de piso optou por julgar a lide antecipadamente.

O apelante assevera que resta claro o nexo de causalidade entre a conduta negligente do apelado e os danos morais ocasionados ao recorrente.

Requer seja conhecido e provido o recurso de apelação, para o fim de que seja julgada procedente a demanda, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, dos honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência. Subsidiariamente, requer seja decretada a nulidade da sentença, reabrindo-se a fase instrutória e permitindo-se ao apelante a produção de prova testemunhal.

Às fls. 125/134, contrarrazões do recorrido, pugnando pelo desprovimento do apelo.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

Verificando-se que a sentença foi proferida quando ainda em vigor a lei n.º 5.869/73 (Código de Processo Civil -1973), ou seja, antes da entrada em vigor do CPC/2015, as questões relativas à admissibilidade e processamento deste recurso submetem-se ao regramento previsto no código antigo.

Inicialmente, insta anotar que não assiste razão ao apelante.

Do alegado cerceamento de defesa

Analisando os autos, vislumbra-se que o juiz singular procedeu de modo escorreito à análise do pedido e das provas acostadas ao feito e julgou antecipadamente a lide, evitando a procrastinação da demanda, uma vez que considerou suficiente o conjunto probatório juntado nos autos.

Impende salientar que cabe ao magistrado determinar a necessidade de provas à instrução do feito, sendo que, *in casu*, os documentos juntados à exordial restaram suficientes para o convencimento do juiz, de tal sorte que qualquer produção posterior ensejaria meramente a protelação do julgamento.

Acerca do livre convencimento motivado, eis o que prescrevem os artigos 130 e 131 do CPC/1973:

> *Art.130. Caberá ao juiz, de oficio ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligencias inúteis ou meramente protelatórias.*
>
> *Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstancias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.*

Insta ressaltar que o magistrado tem o poder de valorar a necessidade ou desnecessidade da prova, sempre cotejando o conjunto probatório colacionado aos autos.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> *RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE SINIMBU. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. SERVENTE DE ESCOLA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA. Trata-se de ação ordinária de cobrança em que pretende a autora, servente de escola municipal, lhe seja pago adicional de insalubridade, reconhecendo o seu direito no período retroativo a data da sua nomeação até o presente feito, em grau máximo (30%), ou sucessivamente, em grau médio (20%), ou também de forma sucessiva, em grau mínimo (10%), julgada improcedente na origem.* ***Não há se falar em cerceamento de defesa, sendo desnecessária a produção da prova requerida nos autos pela autora. Outrossim, não se pode perder de vista que, sendo o magistrado o destinatário da prova, pode ele valorar a necessidade ou desnecessidade dela, cotejando os dados existentes no processo. No ordenamento jurídico pátrio, vige o princípio do***

> ***livre convencimento fundamentado do juiz ou, também, denominado de persuasão racional, que é o método que autoriza o magistrado a indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, mormente quando já existentes elementos suficientes para seu convencimento, nos termos dos arts. 130 e 131 do CPC, cuja releitura deve ser feita à luz dos princípios da efetividade da jurisdição e da duração razoável do processo "ex vi legis" do art.5º, inc.LXXVIII da CF/88 com a redação que lhe emprestou a EC n.45/2004****. (...). RECURSO INOMINADO DESPROVIDO.* (Recurso Cível Nº 71005408000, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 17/12/2015) - grifei

No que tange ao princípio do livre convencimento motivado, eis o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/ INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPLEMENTAÇÃO DE PERÍCIA –* ***DESNECESSIDADE – AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA*** *– RECURSO DESPROVIDO. 1.* ***As normas insertas nos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil dispõem que cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias e apreciará livremente a prova, tendo, assim, ampla liberdade na direção do processo. 2. O livre convencimento motivado ou persuasão racional deve estar aliado à garantia constitucional de duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, nos termos do regido pelo artigo 5º, LV, da Constituição da República, porquanto o indeferimento de qualquer prova necessária para o deslinde da controvérsia, pode comprometer, inclusive, o exame dos aspectos fáticos por parte do Juízo ad quem. 3. Mostrando-se suficiente à formação da convicção do julgador o laudo pericial apresentado, já que respondeu de forma satisfatória a todos os quesitos apresentados nos autos, correto o indeferimento do novo pedido de complementação que visa aclarar o que não está obscuro****.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1408477-95.2015.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 08/09/2015, p: 14/09/2015) - grifei

Dos julgados acima, extrai-se que é livre o convencimento do magistrado no sentido de determinar ou não a produção de provas, consoante o caso em concreto.

In casu, o apelante acostou aos autos várias páginas de documentos probatórios, sendo o suficiente para tentar provar os fatos alegados. É válido ressaltar que a finalidade da prova era saber se o desenho do material publicitário veiculado era realmente uma caricatura do apelante, o que restará afastado mais adiante.

Depreende-se, portanto, que a desnecessidade de produção de mais provas foi motivo suficiente para que o magistrado singular julgasse antecipadamente a lide, com espeque nos princípios do livre convencimento motivado e da celeridade processual, não sendo cabível se aventar qualquer cerceamento de defesa no caso em epígrafe.

Da inexistência de ato ensejador de indenização por dano moral

O autor/apelante informou que, em virtude do alegado dano moral sofrido, o superintendente do PROCON/MS não teria tomado providências.

Entrementes, diferentemente do que alega o autor/recorrente, observa-se que o superintendente do PROCON/MS respondeu à sua reclamação. Eis o que informou no ofício n. 510/2012 (f. 30):

> *Ademais, a Empresa responsável ofereceu, como motivação de sua arte e criação, a intenção em, apenas, humanizar os números de atendimento pessoal ao consumidor; não*

> *tendo, portanto, qualquer propósito pejorativo em relação a essa campanha publicitária" e ainda acrescentou, "informamos nosso posicionamento de discordância com a interpretação adotada por V.Sª. que, no nosso entendimento, está plenamente equivocada especialmente com relação aos reais propósitos almejados por mais essa iniciativa governamental.*

Gize-se que não ocorreu qualquer inércia por parte do superintendente, uma vez que oficiou à empresa *"Qualitas Brasil/Solução em Marketing"* (empresa de publicidade contratada), solicitando informações, a qual se manifestou da seguinte maneira:

> *(...) A criação dos três personagens para a campanha em questão teve como único objetivo humanizar os números de atendimento pessoal ao consumidor. Qualquer semelhança com a realidade é mera coincidência, visto que não conhecemos nenhum servidor, e ainda se conhecêssemos essa jamais seria a nossa intenção. A caricatura não é pejorativa, muito pelo contrário, uma vez que trata os personagens como super-heróis em defesa dos direitos dos cidadãos.*

Destarte, há de se inferir que não houve ato voluntário com intuito de causar dano ao autor/recorrente. Não há como afirmar que existiu a intenção de criar caricaturas pejorativas. O que houve, de fato, foi a criação de personagens para a campanha em questão, em defesa dos direitos dos consumidores, sendo que qualquer semelhança com o apelante foi mera coincidência.

Ademais, é mister asseverar que os funcionários da empresa de publicidade provavelmente não conheciam nenhum servidor do PROCON que trabalhava no atendimento de reclamações. Deve-se anotar, portanto, que a campanha do PROCON se trata de ato lícito, não ensejando indenização por danos morais.

Impende ressaltar que somente será possível a indenização por atos lícitos em virtude de expressa previsão legal (art. 927, parágrafo único, do CC), o que não ocorreu no caso em tela.

Vale lembrar que, se ocorreu qualquer ato jocoso, tal ato fora praticado por terceiros e não pelo superior hierárquico ou pelo PROCON/MS.

Desta feita, em virtude das razões alhures esposadas, entendo que a sentença objurgada não merece reforma.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Ronaldo Chaves Júnior, e nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801005-70.2012.8.12.0009 - Costa Rica
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – CONVERSÃO DO AUXÍLIO DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – PEDIDO PROCEDENTE – AMPUTAÇÃO DE 4 DEDOS DA MÃO DIREITA – IMPOSSIBILIDADE DE INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO – BAIXO NÍVEL DE ESCOLARIDADE – IDADE AVANÇADA – MODIFICAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

A incapacidade para o trabalho, ressalta-se, não se prende somente ao que a patologia infortunística trouxe em relação à perda físico-psíquica ao trabalhador, mas também ao aspecto de sua rejeição no mercado de trabalho. Com efeito, diante das provas nos autos o autor há de ser considerado insusceptível de ser reabilitado, e, consequentemente, incapaz para exercer qualquer atividade laboral, mormente levando-se em conta o competitivo e discriminatório mercado de trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de setembro de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de recurso de apelação interposto por João Resende de Souza em face da sentença proferida nos autos da ação de aposentadoria por invalidez urbana, pelo juiz da 2ª Vara da Comarca de Costa Rica que julgou improcedente o pedido do autor em face do INSS, por entender que a pretensão do autor não atendeu a todos os requisitos, conforme atestado na perícia que reputou o autor apto para o trabalho em readaptação.

Versa na origem o pedido de aposentadoria por invalidez de João Resende afirmando encontrar-se inválido e necessitando de remédios. João conta com 56 anos e em virtude de um acidente de trabalho sofreu amputação de parte de sua mão, restando-lhe prejudicado os movimentos. O acidente foi devidamente comprovado e recebeu o seguro do auxílio de acidente de trabalho de 30.08.2006 até a presente data.

Afirma que além de vários outros problemas de saúde ao qual fazem com que ele não possa exercer qualquer tipo de atividade que lhe exija esforço físico, existem as limitações psicológicas que sucumbem a pessoa do mesmo, vez que, diante até mesmo de sua condição de inválido, sendo arrimo de família, se vê impotente ante suas patologias incapacitantes, fazendo com que haja o agravamento de seus problemas depressivos.

Sustenta que é de rigor ressaltar que relativamente à impossibilidade de reabilitação profissional, esta é inquestionável, uma vez que o requerido, diante da situação hipotética de reabilitação, poderia oferecer ao autor qualquer tipo de reinserção no mercado de trabalho, o que não ocorreu.

O juiz acolheu na íntegra o laudo pericial que explicou que o segurado pode exercer outras funções com a de segurança por exemplo.

Sem contrarrazões, fls. 149.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Narra a história que o apelante teve parte de sua mão amputada (4 dedos) enquanto operava uma máquina em seu labor.

No caso dos autos os pressupostos para a concessão do benefício previsto no art. 42 da Lei 8.213/91 estão presentes.

Dispõe o referido diploma legal:

> *Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.*

A incapacidade total exigida para a concessão do benefício de aposentadoria, ao contrário do auxílio-doença, é aquela que faz o segurado afastar-se de toda e qualquer atividade profissional que anteriormente exercia.

A perícia concluiu que a incapacidade laboral do autor é somente para a função declarada de tratorista (fls. 87), apesar de atestar que é definitiva e irreversível. Sugeriu ainda que possa exercer a função de segurança, mesmo sem a maior parte da mão direita, sem escolaridade e com idade avançada.





Ora, não vejo como considerar que uma pessoa nas condições do autor seja capaz de exercer qualquer outra profissão. É forçoso reconhecer que, para o desempenho de qualquer atividade laboral, o prejuízo funcional relativo à limitação de movimentos dos membros superiores, bem como a intensa limitação funcional por componente álgico, constituem motivos mais do que suficientes para considerá-lo incapaz definitivamente de exercer outra atividade laboral que lhe garanta a subsistência.

Sem mencionar a idade já avançada e seu nível baixo de escolaridade (ensino fundamental incompleto).

A incapacidade para o trabalho, ressalta-se, não se prende somente ao que a patologia infortunística trouxe em relação à perda físico-psíquica ao trabalhador, mas também ao aspecto de sua rejeição no mercado de trabalho.

Com efeito, diante das provas nos autos a autora há de ser considerada insusceptível de ser reabilitada, e, consequentemente, incapaz para exercer qualquer atividade laboral, mormente levando-se em conta o competitivo e discriminatório mercado de trabalho.

Assim, a impossibilidade de reabilitação profissional, aliada ao fato de estar ele incapacitado para o exercício de sua atividade laboral, implica em sua aposentadoria por invalidez, merecendo total reforma a sentença monocrática.

Por tais e bastantes motivos, o autor faz jus à pretendida aposentadoria por invalidez nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei 8.213/1991, a contar da data da cessação do auxílio-acidente.

O benefício deve ser mensal e corresponder a 100% (cem por cento), do salário-de-benefício do segurado, como disposto no art. 44 da Lei 8.213/1991, devidamente atualizado nos termos do art. 201§ 3º e 4º da Constituição Federal.

Sobre as prestações vencidas, deverá incidir correção monetária a partir do vencimento de cada parcela e juros de mora a partir da citação.

Em 10/12/15, o Plenário do STF deu início ao julgamento do RE n. 870947/SE, com repercussão geral, tendo o relator do processo, Ministro Luiz Fux, proferido voto pelo parcial provimento, nos seguintes termos:

> *Voto no caso concreto em dar parcial provimento ao recurso do INSS para confirmar em parte o acórdão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, e assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame, de caráter não tributário – e por isso tem razão o INSS –, manter a concessão do benefício de prestação continuada ao ora recorrido, atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança segundo o artigo 1-F da Lei 9.494/1997.*

Também votaram pelo parcial provimento os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. O Ministro Teori Zavascki divergiu, dando provimento ao recurso, para manter a TR como índice de correção monetária durante todo o período, e o Ministro Marco Aurélio, que, preliminarmente, não conhecia do recurso, no mérito, negou-lhe provimento, afastando como um todo a aplicação da TR, tanto na fase de conhecimento como de tramitação do precatório. O julgamento encontra-se suspenso em face do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

Embora referido julgamento ainda não esteja concluído, alguns julgadores têm adotado o posicionamento firmado pelo egrégio STJ em recurso repetitivo (REsp n. 1.270.439), no sentido de que a correção monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública de natureza não-tributária deverá ser

calculada com base no IPCA-E, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da redação atual do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Sucede que, após o STJ ter pacificado entendimento sobre a matéria em 26/06/13 (REsp n. 1.270.439), o STF, no julgamento que reconheceu a repercussão geral da matéria - RE n. 870.947/SE - em 16/04/15, expressamente decidiu que:

> *Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.*
>
> *(...)*
>
> *Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor.*

Portanto, até que o RE n. 870.947/SE, em repercussão geral, seja julgado no STF, o cálculo da atualização monetária e dos juros de mora das condenações judiciais da Fazenda Pública de natureza não tributária, até a expedição do requisitório, deve observar o seguinte:

> *I) até 29/06/09, aplica-se a legislação vigente à época, ou seja, atualização com base nos índices fornecidos pelos Tribunais e juros de mora de 0,5% ao mês até 10/01/2003, data do término da vigência do CC/1916, e de 1% ao mês a partir de 11/01/2003, data da entrada em vigor do CC/2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN.*
>
> *II) a partir de 30/06/2009, para fins de atualização monetária, remuneração de capital e compensação da mora, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica E juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09.*

Em se tratando de condenação contra a Fazenda Pública, não incide o § 3º do art. 20 do CPC, mas sim o § 4º do mesmo artigo, conforme ressalva expressa nesse sentido, com a ressalva de que o julgador não está adstrito aos limites mínimo e máximo estabelecidos no aludido § 3º.

Definida a forma de se calcularem os honorários advocatícios, deve haver a fixação equitativo, conforme o § 4º do art. 20 do CPC, observados os critérios elencados nas alíneas do § 3º do mesmo artigo, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Entendo que a fixação dos honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data da sentença é justa e compatível com casos similares já decididos nesta Câmara.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de João Resende, quanto à conversão do auxílio acidente em aposentadoria por invalidez com pagamento dos benefícios retroativos desde o dia seguinte ao da cessação do último auxílio-acidente, parcelas que deverão ser corrigidas monetariamente de acordo com o exposto acima, inclusive conforme estipulado o pagamento de honorários (10%) e custas processuais a cargo do apelado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 06 de setembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0829828-10.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – HABILITAÇÃO EM INVENTÁRIO – SUB-ROGAÇÃO DO AUTOR DA HABILITAÇÃO EM RAZÃO DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE CRÉDITO EXECUTADO POR CREDOR DO *DE CUJUS*, QUE POR SUA VEZ É DEVEDOR DO AUTOR – TERCEIRO QUE ADQUIRE, DE TAL FORMA, LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO ATIVO DA DEMANDA COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DO EXEQUENTE NOS LIMITES DESSE CRÉDITO – INTELIGÊNCIA DO ART. 673, *CAPUT*, DO CPC – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O autor da habilitação é credor do exequente na execução que moveu contra o *de cujus* e ficou sub-rogado legalmente nos limites desse crédito, por força da penhora no rosto dos autos, com fundamento no art. 673 do CPC/73. Logo, ele tem legitimidade para habilitar o crédito ao qual se sub-rogou, no inventário do devedor, diante da inércia do credor/exequente, com fundamento no art. 1.019 do CPC/73.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Eidy Hoshida interpõe recurso de apelação contra a sentença de fls. 54/55, que extinguiu seu processo de habilitação de crédito em inventário, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC/73, ao entendimento de que o requerente não é credor do espólio e sim de terceira pessoa estranha aos autos de inventário, sendo portanto a via inadequada, devendo o requerente buscar seu crédito por meio de ação própria contra o real devedor.

Em suas razões recursais (fls. 61/65), alega o apelante que é credor por sub-rogação do espólio, por ser credor de Paulo Ricardo Korb, que por sua vez é credor do espólio.

Afirma que seu crédito foi penhorado no rosto dos autos da ação de cumprimento de sentença que Paulo Ricardo Korb moveu a Alcindo Ferreira Coutinho, e portanto sub-rogou-se nos direitos creditórios daquele em face deste, com fundamento no art. 673, *caput* e § 2º, do CPC[1], e art. 349 do CC[2].

1 Art. 673. Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito. (...) § 2º A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor.

2 Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Requer a reforma da sentença para determinar a habilitação do crédito atualizado até 01/09/2014 (fl. 39) de R$ 19.864,22, referente à dívida do espólio para com Paulo Ricardo Korb nos autos do cumprimento de sentença n. 014.07.003306-8/001, que tramitou perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Maracaju/MS e seus acréscimos legais, para que sejam separados bens e/ou dinheiro suficientes para o pagamento do crédito do apelante.

Em contrarrazões (fls. 69/81), o espólio de Alcindo Ferreira Coutinho defende a manutenção da sentença, no sentido do apelante não possuir legitimidade para habilitar crédito perante o espólio, afirmando que se o crédito existe somente depois do credor Paulo Ricardo Korb habilitar-se no inventário é que surgiria direito ao apelante habilitar-se sobre aquela habilitação, ou sub-rogar-se, como sustenta.

Sustenta que o processo executivo que o credor Paulo Ricardo moveu em face do de cujus estava paralisado desde 2010, pelo simples motivo de já haver recebido o que lhe cabia, por isso a falta de interesse de movimentar aquela execução, mas ao mesmo tempo assevera que não cabe ao espólio pagar dívida de terceiro estranho à lide, bem como que o autor habilitou seu crédito em outros processos onde seus devedores são credores, se mostrando inócua e desnecessária a medida.

Por se tratar de interditado, o Ministério Público foi instado e manifestou-se (fls. 87/95) pelo desprovimento do recurso, mas sob o entendimento equivocado de que a dívida era dos herdeiros, sendo que no inventário somente poderia ser habilitada dívida do espólio.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eidy Hoshida contra a sentença de fls. 54/55, que extinguiu seu processo de habilitação de crédito nos autos de inventário do espólio de Alcindo Ferreira Coutinho (autos n. 0014920-20.2010.8.12.0001), sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC/73, ao entendimento de que o requerente não é credor do espólio e sim de terceira pessoa estranha aos autos de inventário, sendo portanto a via inadequada, devendo o requerente buscar seu crédito por meio de ação própria contra o real devedor.

Em suas razões recursais (fls. 61/65), alega o apelante que é credor por sub-rogação do espólio, por ser credor de Paulo Ricardo Korb, que por sua vez é credor do espólio.

Afirma que seu crédito foi penhorado no rosto dos autos da ação de cumprimento de sentença que Paulo Ricardo Korb moveu a Alcindo Ferreira Coutinho, e portanto sub-rogou-se nos direitos creditórios daquele em face deste, com fundamento no art. 673, *caput* e § 2º, do CPC[3], e art. 349 do CC[4].

Requer a reforma da sentença para determinar a habilitação do crédito atualizado até 01/09/2014 (fl. 39) de R$ 19.864,22, referente à dívida do espólio para com Paulo Ricardo Korb nos autos do cumprimento de sentença n. 014.07.003306-8/001 (cálculos de fl. 39), que tramitou perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Maracaju/MS e seus acréscimos legais, para que sejam separados bens e/ou dinheiro suficientes para o pagamento do crédito do apelante.

3 Art. 673. Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito. (...) § 2º A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor.

4 Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Em contrarrazões (fls. 69/81), o Espólio de Alcindo Ferreira Coutinho defende a manutenção da sentença, no sentido do apelante não possuir legitimidade para habilitar crédito perante o espólio, afirmando que se o crédito existe somente depois do credor Paulo Ricardo Korb habilitar-se no inventário é que surgiria direito ao apelante habilitar-se sobre aquela habilitação, ou sub-rogar-se, como sustenta.

Sustenta que o processo executivo que o credor Paulo Ricardo moveu em face do de cujus estava paralisado desde 2010, pelo simples motivo de já haver recebido o que lhe cabia, por isso a falta de interesse de movimentar aquela execução, mas ao mesmo tempo assevera que não cabe ao espólio pagar dívida de terceiro estranho à lide, bem como que o autor habilitou seu crédito em outros processos onde seus devedores são credores, se mostrando inócua e desnecessária a medida.

Por se tratar de interditado, o Ministério Público foi instado e manifestou-se (fls. 87/95) pelo desprovimento do recurso, mas sob o entendimento equivocado de que a dívida era dos herdeiros, sendo que no inventário somente poderia ser habilitada dívida do espólio.

Para melhor compreensão do caso, necessário se faz demonstrar a origem da dívida que o autor/apelante Eidy Hoshida ostenta em face do devedor Paulo Ricardo Korb, que por sua vez é credor do falecido Alcindo Ferreira Coutinho, já esclarecendo que a dívida é do espólio e não de nenhuma das herdeiras do *de cujus*, como equivocadamente entendeu o representante do Ministério Público.

Logo, não se aplica ao caso em apreciação a jurisprudência colacionada nas contrarrazões, pois não se trata de dívida dos herdeiros, em que o credor esteja pretendendo garantir o pagamento por meio do espólio.

A dívida é do *de cujus*, sendo que antes da partilha, a herança deixada pelo *de cujus* é que responde pelas dívidas deste, e de qualquer maneira, após feita a partilha, cada herdeiro continua responsável pelas dívidas do falecido na proporção da parte que recebeu, conforme art. 1.997 do Código Civil: *"A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube"*.

Vejamos.

O autor Eidy Hoshida foi vítima de um acidente de trânsito em outubro de 2007, que resultou em traumatismo craniano e tetraplegia, cujo provocador, devidamente condenado na esfera penal (ação penal n. 0016528-55.2007.8.12.0002) e cível (autos de indenização n. 0104194-94.2007.8.12.0002), foi a pessoa de Ricardo Antônio Pazza Korb, com 18 (dezoito) anos, disputando um *"racha"* com o carro do pai, Paulo Ricardo Korb.

O proprietário do veículo Paulo Ricardo Korb e o condutor do veículo, Ricardo Antônio Pazza Korb, foram condenados às indenizações cabíveis nos autos n. 0104194-94.2007.8.12.0002, que em 2014 já atingia um montante de mais de R$ 3.000,00 (três milhões de reais), incluído pensionamento mensal, dos quais até a presente data não foram pagos quaisquer valores.

Paulo Ricardo Korb, por sua vez, tornou-se credor de Alcindo Ferreira Coutinho, o *de cujus*, nos autos da ação de indenização n. 014.07.003306-8, ajuizada em novembro de 2007 perante o Juizado Especial Adjunto da Comarca de Maracaju, em razão da colisão em uma vaca de propriedade do segundo/*de cujus*, sendo este condenado a indenizar o primeiro em R$ 2.655,13 por danos materiais, e R$ 3.703,00 por lucros cessantes, por sentença homologada em 12/06/2008.

Alcindo Ferreira Coutinho recorreu dessa sentença tendo sido remetido o recurso inominado para a Turma Recursal em 08/09/2008, e somente retornou em 12/07/2010, após, portanto, seu falecimento, ocorrido em 14/02/2010.

Paulo Ricardo Korb iniciou o cumprimento da sentença em 14/09/2010, intimando-se o executado Alcindo Ferreira Coutinho, na pessoa do seu advogado na ação principal, Luis Augusto Freitas Caetano Teixeira, que nunca se dignou em comunicar o falecimento do seu cliente, mesmo tendo sido intimado duas vezes, no cumprimento de sentença.

A penhora no rosto dos autos do crédito de Eidy Hoshida se deu nesse processo (0003306-81.2007.8.12.0014/01), em 18/11/2010.

Em razão do não pagamento, bem como da informação do óbito do executado, em 08/02/2013, o exequente, e somente ele, foi intimado a dar prosseguimento ao feito para regularizar o polo passivo da demanda, juntar certidão de óbito e averiguar a existência de processo de inventário.

Contudo, o processo veio a ser extinto sem resolução de mérito por abandono.

Por mais que o autor tenha obtido deferimento nos autos do seu processo contra Paulo Ricardo Korb para que fosse intimado o devedor Alcindo Ferreira Coutinho, também nunca realizou as diligências necessárias para que tal ato fosse cumprido. Caso fosse, já seria caso de intimar o espólio, na medida em que o óbito já havia ocorrido em fevereiro de 2010.

Eis a síntese dos acontecimentos que levaram o autor a habilitar seu crédito para com Paulo Ricardo Korb no inventário do espólio de Alcindo Ferreira Coutinho.

Inicialmente, esclareça-se que não existe necessidade legal alguma de os herdeiros conhecerem os credores do *de cujus*, de maneira que o fato das herdeiras desconhecerem a pessoa de Paulo Ricardo Korb ou Eidy Hoshida é totalmente irrelevante.

A presente apelação foi interposta ainda sob a égide do CPC/73, e sobre este ainda será apreciada.

Com efeito, emerge dos artigos 673 e 674 do CPC/73, que a penhora no rosto dos autos é aquela em que o exequente se beneficia dos créditos que o executado porventura venha a receber em outra demanda, em que figure como autor, pendente ainda de julgamento, sendo um de seus efeitos a sub-rogação nos direitos do devedor, até o limite da concorrência de seu crédito.

Nesse tom o destaque consignado por Theotônio Negrão em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 41ª ed., Ed. Saraiva, 2009, p. 896, ao abordar o artigo 673:

> *Com a sub-rogação, o exequente está legitimado a agir como substituto processual do executado, para efeito de cobrança do crédito penhorado (JTA 91/371).*
>
> *No mesmo diapasão a construção emanada do Colendo Superior Tribunal de Justiça:*
>
> ***Execução. Sub-rogação. Art. 673 do Código de Processo Civil**. 1. A sub-rogação do art. 673 do Código de Processo Civil tem o alcance de garantir ao credor do executado a realização do seu crédito, forte, portanto, como instrumento da execução, no plano do direito processual. 2. **O exeqüente está sub-rogado em todos os direitos do devedor. No caso, não se trata de penhora do imóvel em si mesmo, mas, sim, dos direitos inerentes à qualidade do executado como compromissário comprador contra o terceiro, até o limite do valor de seu crédito**. 3. Recurso especial não conhecido.* (STJ, REsp 460278/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 21/06/2004) - destacamos

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA –* ***PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS – SUB-ROGAÇÃO DO CREDOR ATÉ O MONTANTE DO VALOR DA PENHORA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 857, CAPUT, DO NCPC*** *– JUROS DE MORA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, INCLUSIVE DE OFÍCIO – CORREÇÃO PELO IGPM – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.* ***Como cediço, na denominada penhora no rosto dos autos há a sub-rogação do credor, entretanto, o devedor da execução na qual formalizou-se a constrição, na condição de terceiro estranho à lide principal, se afigura comprometido tão somente até o limite do valor da referida penhora, competindo ao credor sub-rogado exigir do devedor originário a complementação que se fizer necessária****. (...).* (TJMS, Agravo de Instrumento n. 1414329-03.2015.8.12.0000, Rel. MM. Juiz (convocado) Jairo Roberto de Quadros, Segunda Câmara Cível, Julgado em 09/11/2016) - destacamos

Evidentemente que o espólio não é devedor principal do apelante, mas sim o credor/devedor comum entre eles, e está comprometido somente com a importância que o devedor principal, Paulo Ricardo Korb detém contra o *de cujus*, ou seja, o valor da condenação nos autos da indenização que Paulo Ricardo Korb moveu a Alcindo Ferreira Coutinho, ainda que o valor do crédito que o apelante detém contra Paulo Ricardo seja, em muito, superior. A propósito, o artigo 673 do CPC/73:

> *Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência de seu crédito.*

Significa dizer que, com a penhora no rosto dos autos, o credor exequente assume a legitimação extraordinária para cobrar o crédito pelo executado, tornando-se substituto processual deste, conforme ensinamentos de Fredie Didier Jr., à luz da disciplina do código anterior:

> *Recaindo a penhora sobre direito de ação (art. 655, XI, CPC) do executado, e não sendo oferecidos embargos (ou impugnação, acrescente-se) pelo executado/demandado (ou sendo eles rejeitados, com ou sem exame do mérito), o exequente ficará sub-rogado no direito penhorado, até o limite do seu crédito (art. 673, CPC), o que o autoriza promover contra o terceiro ação que tinha o seu devedor (...). Observe, porém, que essa sub-rogação não ocorre no plano de direito material: não há sucessão no crédito; o exequente não passa a ser o credor do terceiro, que é devedor do executado. O executado não fica liberado da dívida após a sub-rogação, que é pro solvendo, e não pro soluto. A sub-rogação opera-se no plano da legitimação ad causam: o credor exequente assume a legitimação extraordinária para cobrar o crédito pelo executado; é 'um caso de parte (sujeito da relação jurídica processual), que não é o sujeito da relação de direito material'. Tanto é assim que há o § 2º do art. 673. No caso em que o credor exequente não recebe o crédito do terceiro devedor ou o crédito recebido não promove satisfação integral, a sub-rogação não o impede de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor executado* (*In* "*Curso de Direito Processual Civil*", vol. 4, 4ª ed., Juspodivm, p. 623/624).

O CPC/73 ao tratar das penhoras especiais dispunha acerca da constrição de direitos e ações:

> *Art. 673. Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito.*
>
> *§ 1º O credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará a sua vontade no prazo de (10) dias contados da realização da penhora.*

> *§ 2º A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor.*
>
> *Art. 674. Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, averbar-se-á no rosto dos autos a penhora, que recair nele e na ação que lhe corresponder, a fim de se efetivar nos bens, que forem adjudicados ou vierem a caber ao devedor.*

Assim, a sub-rogação se opera de pleno direito se o credor não requerer a alienação do bem penhorado (no caso Eidy Hoshida somente requereu a penhora no rosto dos autos, portanto não pediu a alienação de qualquer bem) e os embargos ou a impugnação ao cumprimento de sentença, a depender do título executado, sejam rejeitados (no caso, Paulo Ricardo Korb sequer apresentou impugnação ao cumprimento de sentença).

A dívida somente estará quitada e a execução satisfeita se o credor sub-rogado (no caso, Eidy) conseguir receber o que o terceiro (Alcindo) devia ao executado (Paulo) ou o que este postulava em juízo (Paulo contra Alcindo). Caso contrário, ela resultará ineficaz e a demanda executiva prosseguirá na busca de outros bens.

Por corolário lógico, é inequívoco que o sub-rogado tem legitimidade para demandar contra o terceiro devedor ou mesmo recorrer de decisão proferida no feito onde noticiou a penhora (no caso, penhora no rosto dos autos), assim como nele intervir no interesse do direito sub-rogado.

Portanto, no presente caso, o juízo onde se deu o gravame (penhora), já estava ciente de que o crédito que fosse obtido na execução pertenceria ao credor do credor do executado.

Versando sobre penhora de créditos, colaciona-se lição de Dinamarco, nos julgados abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FAZENDA PÚBLICA. PENHORA. DIREITO DE CRÉDITO DECORRENTE DE PRECATÓRIO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. (...) 2. O regime aplicável à penhora de precatório é o da penhora de crédito, ou seja: "o credor será satisfeito (a) pela sub-rogação no direito penhorado ou (b) pelo dinheiro resultante da alienação desse dinheiro a terceiro. (...) Essa sub-rogação não é outra coisa senão a adjudicação do crédito do executado, em razão da qual ele se tornará credor do terceiro e poderá (a) receber do terceiro o bem, (b) mover ao terceiro as demandas adequadas para exigir o cumprimento ou (c) prosseguir como parte no processo instaurado pelo executado em face do terceiro* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. IV, 2ª ed., SP, Malheiros). 3. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 888.032/ES, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 171)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DIREITO DE CRÉDITO DECORRENTE DE PRECATÓRIO, OBJETO DE ESCRITURA PÚBLICA, EXPEDIDO CONTRA PESSOA JURÍDICA DISTINTA DA EXEQÜENTE. POSSIBILIDADE. (...) 2. O regime aplicável à penhora de precatório é o da penhora de crédito, ou seja: "o credor será satisfeito (a) pela sub-rogação no direito penhorado ou (b) pelo dinheiro resultante da alienação desse dinheiro a terceiro. (...) Essa sub-rogação não é outra coisa senão a adjudicação do crédito do executado, em razão da qual ele se tornará credor do terceiro e poderá (a) receber do terceiro o bem, (b) mover ao terceiro as demandas adequadas para exigir o cumprimento ou (c) prosseguir como parte no processo instaurado pelo executado em face do terceiro.* (DINAMARCO, Cândido Rangel.Instituições de Direito Processual Civil, v. IV, 2ª ed., SP, Malheiros). 3. Agravo regimental provido, divergindo do relator. (AgRg no REsp 826.260/RS, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20/06/2006, DJ 07/08/2006, p. 205)

Aqui faz-se necessário chamar a atenção para o fato de que o credor da penhora no rosto dos autos deveria ter sido intimado para dar continuidade à execução, o que não foi feito:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. SUB-ROGAÇÃO. Penhora no rosto dos autos sobre o crédito do exeqüente. Incidência do art. 673 do CPC. O credor do exeqüente ficou sub-rogado no crédito. Logo, ele tem legitimidade para dar prosseguimento à execução. Precedentes desta Corte e do STJ. RECURSO PROVIDO em decisão monocrática.* (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70056591977, Relator: Nelson José Gonzaga, Décima Oitava Câmara Cível, Julgado em 25/09/2013)

> *APELAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO COM BASE NO ARTIGO 267, III DO CPC. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CREDOR E SUB-ROGADO. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. Realizada a penhora no rosto dos autos, o credor de verba alimentar fica sub-rogado nos direitos do devedor, restando legitimado a agir no feito como substituto processual para efeito da cobrança do crédito penhorado. Assim, revela-se precipitado o julgamento de extinção do feito sem a prévia intimação do credor, na condição de interessado, para requerer o que de direito. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA.* (TJRS, Apelação Cível Nº 70034938415, Relator: Ivan Balson Araújo, Primeira Câmara Especial Cível, Julgado em 30/03/2010)

O que não se pode admitir é que o autor seja ainda mais prejudicado pela inércia do devedor (que deve mais de três milhões de reais), em prosseguir a execução contra seu devedor, ainda que por uma dívida de aproximadamente R$ 20.000,00 (vinte mil reais, em 2014), sabendo que nada receberá desse crédito (para com o já falecido), na medida em que será totalmente utilizado para quitação de seu débito perante seu credor (Eidy), sendo crível que não tenha mais interesse mesmo em prosseguir com o processo.

De sorte que, ainda que o autor não tenha sido intimado e a execução tenha sido extinta, os credores da herança têm a faculdade de, antes da partilha dos bens transmitidos, habilitarem seus créditos no juízo do inventário ou promoverem o ajuizamento de ação em face do espólio, sendo possível usar duas medidas distintas para obter o mesmo resultado, desde que a opção não implique prejuízo à defesa do devedor (no caso, o espólio), o que de fato não se vislumbra.

É o que se extrai da norma inserta no art. 1.019 do Código Civil, primeira parte: *"O credor de dívida líquida e certa, ainda não vencida, pode requerer habilitação no inventário. (...)"*.

Saliente-se que, se é permitida a habilitação de dívida líquida, certa e *"ainda não vencida"*, obviamente que com muito mais razão isso se aplica às já vencidas.

Nesse sentido:

> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. COBRANÇA DE DÍVIDA DIVISÍVEL DO AUTOR DA HERANÇA. EXECUÇÃO MANEJADA APÓS A PARTILHA. ULTIMADA A PARTILHA, CADA HERDEIRO RESPONDE PELAS DÍVIDAS DO FALECIDO NA PROPORÇÃO DA PARTE QUE LHE COUBE NA HERANÇA, E NÃO NECESSARIAMENTE NO LIMITE DE SEU QUINHÃO HEREDITÁRIO. ADOÇÃO DE CONDUTA CONTRADITÓRIA PELA PARTE. INADMISSIBILIDADE. (...) 1. Com a abertura da sucessão, há a formação de um condomínio necessário, que somente é dissolvido com a partilha, estabelecendo o quinhão hereditário de cada beneficiário, no tocante ao acervo transmitido. 2. A herança é constituída pelo acervo patrimonial e dívidas*

> *(obrigações) deixadas por seu autor. Aos credores do autor da herança, é facultada, antes da partilha dos bens transmitidos, a habilitação de seus créditos no juízo do inventário ou o ajuizamento de ação em face do espólio. 3. Ultimada a partilha, o acervo outrora indiviso, constituído pelos bens que pertenciam ao de cujus, transmitidos com o seu falecimento, estará discriminado e especificado, de modo que só caberá ação em face dos beneficiários da herança, que, em todo caso, responderão até o limite de seus quinhões. 4. A teor do art. 1.997, caput, do CC c/c o art. 597 do CPC [correspondente ao art. 796 do novo CPC], feita a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas do falecido dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube, e não necessariamente no limite de seu quinhão hereditário. Dessarte, após a partilha, não há cogitar em solidariedade entre os herdeiros de dívidas divisíveis, por isso caberá ao credor executar os herdeiros pro rata, observando a proporção da parte que coube (quinhão), no tocante ao acervo partilhado. 5. Recurso especial não provido.* (REsp 1367942/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 11/06/2015)

Logo, em sendo uma faculdade, ao invés de dar prosseguimento à execução, nada impedia que o credor sub-rogado no crédito, o habilitasse no inventário, como fez, ou mesmo promovesse a execução do crédito sob o qual sub-rogou-se, com fundamento no art. 567, III, do CPC/73:

> *Art. 567. Podem também promover a execução, ou nela prosseguir:*
>
> *(...)*
>
> *III – o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.*

Reforçando a ideia de que a sub-rogação se opera de pleno direito legitimando o sub-rogado a exercer pretensão sobre o crédito constrito pela penhora, cita-se:

> *EXECUÇÃO. SUB-ROGACAO. EXECUTADO QUE, MEDIANTE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, INTENTA COMPELIR O JUÍZO "A QUO" A PROFERIR SENTENCA "DECRETANDO" SUB-ROGACAO DOS SEUS CREDORES EM DIREITOS CONSTRITOS EM EXECUÇÃO, PARA ISTO INVOCANDO O DISPOSTO NO ART. 673,PAR-1, DO CPC. A SUB-ROGACAO OPERA-SE DE PLENO DIREITO (985, CC), NAO SENDO NECESSARIA SENTENCA OU QUALQUER MANIFESTACAO JURISDICIONAL A RESPEITO. AGRAVO IMPROVIDO.* (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70000233460, Relator: Luiz Lúcio Merg, Décima Câmara Cível, Julgado em 09/12/1999)

Finalmente, cabe ressaltar que nada obsta que o credor venha a desistir da sub-rogação renunciando ao direito assegurado no § 2º do art. 673 e prosseguir na execução pelos meios de expropriação previstos no Código, mas é manifestação que não se presume (§ 1º do art. 673) e tem que ser expressa, o que também não ocorreu, pois em nenhum momento o autor desistiu da penhora no rosto dos autos, além de não lhe ter sido oportunizado dar o prosseguimento à execução.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de reconhecer o direito do apelante Eidy Hoshida de habilitar seu crédito, por sub-rogação legal ao crédito de Paulo Ricardo Korb, junto aos autos de inventário do *de cujus* Alcindo Ferreira Coutinho, devedor de Paulo Ricardo Korb, limitado ao crédito que este detinha contra o falecido, no valor de R$ 19.864,22, em 01/09/2014, nos autos 0003306-81.2007.8.12.0014/01, com os acréscimos legais posteriores, de acordo com o próprio título executivo judicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

***

Órgão Especial
Embargos Infringentes n. 0003118-91.2011.8.12.0000/50002 - Brasilândia
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – CIVIL E PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI – COMODATO – CONSTITUIÇÃO EM MORA – ALUGUEIS ARBITRADOS EM RAZÃO DO USO INDEVIDO – ALEGAÇÃO DE SENTENÇA *EXTRA PETITA* – ANÁLISE DO PEDIDO EM CONSONÂNCIA COM A CAUSA DE PEDIR – INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO – IMPOSSIBILIDADE DE MANEJO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE REANÁLISE DA JUSTIÇA DA DECISÃO – PROVIMENTO.

O cabimento da ação rescisória com base na violação de literal disposição de Lei (art. 485, V, Código de Processo Civil de 1973) deve corresponder ao total desprezo pelo julgador de uma norma jurídica que claramente regule a hipótese e cuja não aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público.

Determinada a restituição do imóvel ao comodatário, devidamente constituído em mora, é decorrência legal o pagamento de aluguel da coisa usada indevidamente (art. 1.252, do Código Civil de 1916, e art. 582, do Código Civil atual).

O pedido deduzido pela parte deve ser interpretado em consonância com a causa de pedir. Se a autora expõe ao juízo o esbulho que sofre e explica a necessidade do ressarcimento por alugueis, mas efetua pedido de imposição de multa coercitiva, não há julgamento *extra petita* na sentença que determina o pagamento de alugueis pelo uso indevido o imóvel a que se determina a reintegração de posse.

Absolutamente inviável o manejo de ação rescisória para se discutir a justiça da decisão invectada. Não se constatando violação literal à disposição de lei, mas apenas divergência de interpretações jurisprudenciais, deve a ação ser julgada improcedente.

Embargos infringentes interposto pela autora a que se dá provimento, para que prevaleça o entendimento que rechaçava a rescisão do julgado transitado em julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 7 de junho de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar - relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Claudia Orsini Platzeck contra o acórdão (f. 759/779) que julgou parcialmente procedente a ação rescisória ajuizada pela empresa Brasil Telecom S/A - Filial Mato Grosso Do Sul, para rescindir parte da sentença proferida nos autos n.º 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o pagamento de aluguel diário no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) e estabelecendo multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitando sua incidência ao período máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Sustenta que deve prevalecer o entendimento minoritário, que julgava improcedente a ação rescisória, mantendo incólume a sentença da ação de reintegração de posse. Afirma que a petição inicial havia sido suficientemente clara sobre a pretensão de pagamento de alugueis pelo período de ocupação indevida do imóvel, inexistindo prejuízo ou violação ao princípio do contraditório.

Assevera que o valor imposto pela sentença não fora questionado em apelação, sendo indevida sua exclusão após o trânsito em julgado por não se tratar de nulidade absoluta. Acrescenta que a embargada ocupou ilicitamente o imóvel por mais de 10 (dez) anos e a multa estabelecida acarretaria evidente enriquecimento sem causa.

Pugna pela reversão do julgamento da Seção Cível, com a improcedência da ação rescisória. Subsidiariamente, em caso de manutenção da decisão de parcial procedência, pretende o estabelecimento de contraprestação pelo período de ocupação indevida do imóvel e fixação de honorários advocatícios (f. 851/865).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 871/888).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer, esclarecendo a desnecessidade de manifestação ministerial no feito (f. 898/903).

VOTO (EM 15/03/2017)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (relator)

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Claudia Orsini Platzeck contra o acórdão (f. 759/779) que julgou parcialmente procedente a ação rescisória ajuizada pela empresa Brasil Telecom S/A - Filial Mato Grosso Do Sul, para rescindir parte da sentença proferida nos autos n.º 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o pagamento de aluguel diário no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) e estabelecendo multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitando sua incidência ao período máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Consta nos autos que, aos 14 de fevereiro de 2001, Claudia Orsini Platzeck e Brasil Telecom S/A - Filial Mato Grosso Do Sul celebraram contrato de comodato, tendo como objeto área de 8.281 m² (oito mil duzentos e oitenta e um metros quadrados), na zona rural de Santa Rita do Pardo, destinada à instalação de equipamentos de telefonia (f. 58/60).

Aos 22 de maio de 2003, a empresa Brasil Telecom S/A foi notificada para desocupar a área em 60 (sessenta) dias ou para apresentar uma proposta de "remuneração justa em troca da área ocupada" (f.

129/130), mas não atendeu a qualquer das hipóteses, afirmando se tratar de comodato por prazo determinado, que não poderia ser rescindido unilateral e imotivadamente (f. 132/133).

Em razão disso, Cláudia Orsini Platzeck ajuizou ação de reintegração de posse contra a empresa Brasil Telecom S/A (f. 113/124), sendo a mesma julgada parcialmente procedente para: "*a) reintegrar a autora na posse da área cedida em comodato à ré, devendo esta retirar seus equipamentos do local em trinta dias; b) condenar a ré no pagamento de aluguel à autora, no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) diários, a partir de 22/07/2003"* (f. 62/67).

Ambas as partes interpuseram recursos de apelação. A Brasil Telecom S/A alegou preliminarmente carência de ação, com base no argumento de que não houve a rescisão do contrato de comodato. No mérito, pleiteou o reconhecimento de que o contrato de comodato era de prazo determinado e, consequentemente, inviável sua rescisão unilateral e imotivada. Caso mantido o entendimento da rescisão contratual, destacou que não houve pedido de aluguéis na petição inicial, havendo julgamento *extra petita*; argumentou que a constituição em mora somente ocorreu após sua citação. Na hipótese de aplicação da multa, requer a redução de seu valor.

Por seu turno, em seu apelo adesivo, Cláudia buscou a fixação de indenização por danos materiais e morais, bem como a redistribuição dos honorários advocatícios fixados.

Ao 1º de maio de 2005, por unanimidade de votos, a 4ª Turma Cível negou provimento ao recurso da Brasil Telecom S/A e deu parcial provimento ao apelo de Cláudia Orsini Platzeck, para "reconhecendo a sucumbência recíproca das partes, estipular a divisão das despesas processuais e dos honorários advocatícios na proporção de 75% (setenta e cinco por cento) para a empresa Brasil Telecom S.A., e, 25% (vinte e cinco por cento) para Cláudia Orsini Platzeck, mantendo o valor fixado a título de honorários advocatícios em 1ª Instância e imprimindo a compensação no que forem equivalentes" (f. 72/80).

Os recursos manejados ao Superior Tribunal De Justiça não tiveram êxito e, após o trânsito em julgado, aos 04 de fevereiro de 2011, a empresa Brasil Telecom S/A ajuizou ação rescisória pleiteando a rescisão do julgamento anterior, para que a reintegração de posse seja julgada totalmente improcedente, bem como afastados os alugueis fixados (f. 01/32).

O Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso indeferiu a inicial, sem resolução de mérito, por inadequação processual (art. 267, VI c/c art. 459, ambos do Código de Processo Civil) (f. 546/553), entretanto, a decisão foi reformada pela 4ª Seção Cível, determinando-se o processamento da ação e deferindo-se a antecipação de tutela almejada, a fim de suspender os efeitos da sentença rescindenda (f. 615/623).

Após regular processamento, aos 25 de março de 2013, a ação rescisória foi julgada pelo colegiado da 4ª Seção Cível (f. 759/779). Naquela ocasião, o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso votou pela improcedência do pedido e foi acompanhado pelo Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Des. Vladimir Abreu Da Silva inaugurou a divergência, julgando parcialmente procedente a demanda, para rescindir parte da sentença proferida nos autos n.º 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o pagamento de aluguel diário no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) e estabelecendo multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitando sua incidência ao período máximo de 90 (noventa) dias. Este entendimento foi acompanhado pelo Des. Luiz Tadeu Barbosa Da Silva.

Por fim, o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho proferiu voto intermediário, encampando a impossibilidade do pagamento de alugueis, mas estabelecendo o limite da multa cominatória ao período máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias. Por se tratar do voto-médio, este foi o entendimento condutor do acórdão.

A Brasil Telecom S/A interpôs embargos de declaração alegando a ocorrência de erro material no cômputo dos votos, bem como contradição na fixação de multa (*astreintes*) para desocupação do imóvel, que já estaria nesta condição desde dezembro de 2012. Por fim, rediscutiu vários pontos do mérito da demanda (f. 781/800).

A 4ª Seção Cível, aos 27 de julho de 2015, por unanimidade de votos, rejeitou os aclaratórios (f. 826/849).

Como este último julgamento foi proferido ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, foram interpostos os presentes embargos infringentes, com fundamento no art. 530, daquele *Codex*:

> *Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.*

O introito foi necessário para esclarecer que, apesar de a querela judicial perdurar por mais de uma década, o debate do presente recurso circunscreve-se exclusivamente sobre a fixação de alugueis ou multa cominatória sobre a ocupação indevida da requerente, bem como sobre a possibilidade de reforma deste entendimento em sede de ação rescisória.

Importante também deixar claro, desde logo, que sendo o recurso exclusivo de Cláudia Orsini Platzeck, este Órgão Especial deve se manifestar apenas acerca dos entendimentos proferidos pelo voto condutor ou pelo voto do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, sob pena de *reformatio in pejus*.

É certo que a fase de admissibilidade da ação rescisória já foi ultrapassada, entretanto, não se pode olvidar de sua cognição de natureza limitada, por expressa disposição legal.

No caso dos autos, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a Brasil Telecom S/A pleiteou que *"reconhecendo-se a literal violação aos artigos 128 e 460, todos do Código de Ritos, seja a cassado o capitulo da decisão que fixou aluguéis sem que tenha havido requerimento da parte autora (decisão extra petita), devendo ser proferido novo julgamento no sentido de excluir do acórdão rescindendo a parcela correspondente à condenação em aluguéis"* (f. 31).

Resta evidente, assim, que a autora da ação pretendia enquadrar sua pretensão no art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, *in verbis*: *"a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) violar literal disposição de lei"*.

Ocorre que a alegada violação não existe e nem poderia ser reconhecida no caso concreto em sede de ação rescisória, conforme bem exposto pelo entendimento minoritário.

O processamento de ação rescisória, com base na alegação de violação literal de lei, exige a demonstração imediata da contrariedade flagrante à literalidade da norma. Em suma, a afronta deve ser direta – contra a literalidade da norma jurídica – e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica, conclusão que evidencia a impropriedade da cogitação de vício por mera divergência subjetiva da Brasil Telecom S/A em relação ao resultado externado na decisão hostilizada.

O eminente Ministro Luiz Fux leciona:

> *A causa de rescindibilidade reclama 'violação' à Lei; por isso, 'interpretar' não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, caput: 'A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício*

> *da ação rescisória'. Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. Aliás devemos ter sempre presente o texto da Súmula nº 343 do STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de Lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'. A contrario sensu, se a decisão rescindenda isoladamente acolhe pela vez primeira tese inusitada, sugere-se a violação.*[1]

Com efeito, configura-se julgamento *extra petita* a situação em que o juiz concede prestação jurisdicional diferente da que lhe foi postulada ou quando defere a prestação requerida, porém com base em fundamento não invocado como causa de pedir.

No caso dos autos, Cláudia ingressou com ação de reintegração de posse e efetuou pedido de *"aplicação de multa diária a contar da data de sua constituição em mora (22 de maio de 2003) até a efetiva desocupação, ora sugerida de R$ 500,00 (a que V. Exa arbitrar) para funcionar como fator de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel"* (f. 124).

Ocorre que, na causa de pedir da petição inicial, Cláudia destacou: *"Aliás, somente pela permanência da Ré na posse do imóvel a jurisprudência já é unânime no sentido de fixar direito sobre o correspondente em alugueres"* (f. 115).

Na sequência, Cláudia cita julgado que cuida do pagamento de alugueis pelo autor de esbulho e arremata *"Como pode ser considerado justo o esbulho sem nenhuma contrapartida enquanto a Ré se beneficia com altas cifras oferecendo a sua antena a outras companhias????"* (f. 116).

Nesse norte, fica evidente que o interesse da parte autora era obter um pronunciamento jurisdicional que obrigasse a Brasil Telecom S/A a desocupar o imóvel e, no tempo que ficasse na posse, fosse condenada em valor correspondente aos alugueis, tutela que era amparada pelo art. 1.252, do Código Civil de 1916 (vigente ao tempo do contrato), e foi repetido pelo art. 582, do Código Civil atual.

Importante lembrar que a sentença fez exatamente esta interpretação, ao dispor que a multa diária seria desnecessária, porque a fixação de alugueis como ressarcimento ao esbulho é decorrência obrigatória legal, *in verbis* (f. 66):

> *Desta feita, não há qualquer dúvida de que o contrato foi resolvido e a ré deverá pagar aluguéis a favor da autora, consoante previsão expressa no art. 1252 do CC/1916, desde a sua constituição em mora.*
>
> *Nestes termos, é fixado a favor da autora o valor dos aluguéis em R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, sendo que esta verba tem também a finalidade de dar efeito prático ao cumprimento da sentença, não havendo a necessidade, assim, de ainda estipular a multa diária.*

A empresa Brasil Telecom S/A trouxe a este Sodalício a alegação de que esta parte da sentença seria *extra petita* quando da interposição do recurso de apelação, tendo o colegiado da 4ª Turma Cível refutado a questão à unanimidade, *in verbis* (f. 75/76):

> *Entendo que o fato de haver sido requerida, equivocadamente, a fixação de multa diária ao invés de ter sido aspirado o recebimento de aluguéis, em nada diminui o direito da apelada de vir a ter resguardados seus interesses pela efetivação de uma justa prestação jurisdicional.*

1 **Curso de Direito Processual Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 849/850.

O artigo 582 do Novo Código Civil estipula que: ...o comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

De tal maneira, não resta demonstrada a ocorrência de julgamento extra petita, mas sim, resta satisfatoriamente ilustrada a subserviência da decisão à legislação processual vigente.

Torna-se importante ressaltar que a recorrida, ao delinear sua peça inicial (f.04), externou o seguinte juízo: Aliás, somente pela permanência da Ré na posse do imóvel a jurisprudência já é unânime no sentido de fixar direito sobre o correspondente em alugueres.

Maria Helena Diniz (Código Civil Anotado (p.409)), a respeito da questão, atesta: O comodatário deverá responder pela mora, suportando os riscos, arcando com as conseqüências da deterioração ou perda da coisa emprestada, e pagar o aluguel arbitrado pelo comodante pelo tempo de atraso em devolvê-la....

Tendo sido constituída em mora a apelante pela notificação de f.19, no dia 22 de maio de 2003, e, em razão de haver sido previsto nesta notificação o prazo de 60 (sessenta) dias para que fosse desocupada a área, entendo que os aluguéis se mostram devidos desde o dia 22 de julho do ano de 2003.

Neste sentido, é imperiosa a transcrição da parte dispositiva da decisão proferida pelo Ministro Sálvio Teixeira de Figueiredo, no julgamento do Recurso Especial Nº 143707-RJ:

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar procedente a demanda, reintegrar a autora na posse do imóvel e condenar a ré ao pagamento dos aluguéis devidos (a serem apurados em liquidação) desde o escoamento do prazo para desocupação conferido na notificação, bem como as taxas e impostos incidíveis sobre o bem, se não quitados, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus (...).

Por fim, entendo que o valor arbitrado não se mostra desproporcional em razão do cunho indenizatório dos aluguéis (uso indevido da coisa).

A jurisprudência corrobora o entendimento de que a fixação de alugueis é decorrência legal da determinação de reintegração de posse em casos semelhantes:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ART. 927 DO CPC – REQUISITOS PREENCHIDOS – COMODATO VERBAL – POSSE PRECÁRIA DA COMODATÁRIA A PARTIR DA NOTIFICAÇÃO PARA A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE ALUGUEL – ART. 582, DO CC/02. Caracterizada a posse do bem, além dos atos esbulhadores do direito da posse, procedente é o pedido de reintegração. Reconhecido o caráter precário da posse, após o escoamento do prazo para desocupação e consequente esbulho, mostra-se devido o pagamento de indenização equivalente aos aluguéis, nos termos do art. 582 do CPC. [2]

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NECESSIDADE DE EXAME DE PONTOS OMISSOS. Suprimento determinado pelo STJ em julgamento de Recurso Especial. Ação de reintegração de posse. Contrato de comodato verbal. Controvérsia acerca do prazo de duração do contrato. Convencimento dos julgadores de que o contrato, verbal, operou-se

2 TJMG, Ap 1.0024.13.033608-4/001, rel. Des. Valdez Leite Machado, j. 09/02/2017, DJ 17/02/2017.

> *sem fixação de prazo determinado. Pedido principal consubstanciado na reintegração da posse do bem. Atendida a pretensão possessória, o exame do prazo de duração do contrato não fere o princípio da adstrição ao pedido. Pedido de pagamento de aluguel pelo uso até a entrega do bem pelo demandado. Parâmetro utilizado para fixação do valor indenizatório que é decorrência lógica do estabelecimento do termo de mora, ainda que culmine em valor diverso do pretendido na inicial. Tese de julgamento extra petita afastada. Omissões sanadas. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.*[3]
>
> *REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Comodato por prazo determinado. Hipótese em que a mora se constitui de pleno direito no dia do vencimento da obrigação de restituição do imóvel. Possibilidade de cobrança de aluguel decorrente da mora independentemente de prévia estipulação contratual, por força do art. 582 do Código Civil.* ***Se é lícito ao juiz reduzir aluguel fixado de forma abusiva, nada impede que ele próprio estipule valor em caso de silêncio do comodante. Inexistência de sentença extra petita****. Manutenção do aluguel imposto em primeiro grau, eis que moderadamente arbitrado. Recurso não provido.*[4] (Destaques não originais)

Assim sendo, resta evidente que a Brasil Telecom S/A está se utilizando da ação rescisória como instância recursal, porquanto não houve o apontamento de uma violação literal e flagrante a qualquer dispositivo de lei, mas apenas a demonstração de várias interpretações sobre os dispositivos legais suscitados.

Neste quadro, a demanda rescisória tem o claro objetivo de discutir a justiça do *decisum* transitado em julgado, algo certamente inviável no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme destacado pelo Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso no julgamento da ação rescisória "*o fato de o acórdão rescindendo firmar entendimento ou interpretação divergente daquela estabelecida por outros julgados, ou até mesmo na doutrina, não dá ensejo ao manejo da ação rescisória, por serem as diversas interpretações plenamente viáveis e licitas*" (f. 764).

E, concluindo a celeuma da alegação de julgamento *extra petita*, arrematou (f. 767):

> *Não se trata, portanto, de decidir causa diversa daquela posta em juízo, visto que não há incongruência entre o objeto da lide e o conteúdo da decisão, porquanto as razões de decidir não se afastaram da causa de pedir nem do pedido. Uma vez narrados os fatos pelas partes, compete ao juiz aplicar a Lei ao caso concreto, procedendo ao devido enquadramento jurídico; portanto, ilesos os artigos 128 e 460 do CPC.*

A jurisprudência traz inúmeros precedentes sobre a impossibilidade de manejo da ação rescisória como forma de rediscutir questões já resolvidas no feito, como rediscussão velada do mérito:

> *AÇÃO RESCISÓRIA – ACÓRDÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS E MATERIAIS – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – ERRO DE FATO – SENTENÇA EXTRA PETITA – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Conforme entendimento assente no Superior Tribunal de justiça, não há que se falar em violação literal à dispositivo de Lei, nem na incidência do enunciado do inciso V do art. 485 do CPC, uma vez que tal ofensa permissiva do provimento de pretensão rescisória é aquela que enseja afronta direta ao texto legal, devendo o entendimento firmado na decisão rescindenda desprezar o sistema das normas aplicáveis, o que não se dá na espécie em apreço. Não há erro na sentença quando o magistrado julga a lide com observância dos pedidos realizados pelo autor, inexistindo, ainda, cerceamento de defesa pelo simples julgamento antecipado da lide.* [5]

3 TJSC, ED 0001720-03.2001.8.24.0073/50000, 1ª Câm. de Dir. Civil, rel. Des. Domingos Paludo, DJ 14/12/2016.

4 TJSP, Ap 0001169-61.2012.8.26.0435, Ac. 8972905, 11ª Câm. de Dir. Priv., rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 12/11/2015, DJ 19/11/2015.

5 TJMT, AR 163048/2014, rel.ª Des.ª Maria Helena Gargaglione Póvoas, j. 04/02/2016, DJ 24/02/2016.

AÇÃO RESCISÓRIA – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – (...) – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO – PRESCRIÇÃO – MATÉRIA NÃO ARGUIDA NA FASE DE CONHECIMENTO – NÃO CONHECIMENTO – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI E ERRO DE FATO – MATÉRIA ENFRENTADA NA DECISÃO RESCINDENDA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DESCONSTITUTIVO. (...) "Em ação rescisória não se pode alegar prescrição que não fora arguida na ação em que tenha sido proferida a sentença rescindenda." (Código Civil Comentado. Coordenador Min Cezar Peluso. 3 ed., pág. 146). Ademais, não ocorre julgamento extra petita se o magistrado decide questão que é reflexo da pretensão deduzida na petição inicial, extraída mediante interpretação lógico-sistemática de todo o conteúdo da exordial. Ausentes as hipóteses que justificam a rescisão de uma decisão de mérito, há de ser julgada improcedente a presente ação, cuja pretensão mais se assemelha a uma tentativa completamente inviável de rediscussão da causa.[6]

PROCESSUAL CIVIL – PREVIDENCIÁRIO – BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO – JULGAMENTO EXTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADOS.

*1. **Em relação à propositura com fulcro no art. 485, V, do CPC, a ação rescisória por violação de literal disposição de Lei só é cabível quando a interpretação conferida pelo acórdão rescindendo for teratológica, revelando total descompasso com a jurisprudência amplamente predominante à época do julgado**. 2. É firme o posicionamento do STJ, de que em matéria previdenciária deve flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não se entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial. Precedentes: (AgRg no REsp 1.367.825/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/4/2013) e (AgRg no REsp 861.680/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/11/2008). 3. Recurso Especial não provido.*[7]

AÇÃO RESCISÓRIA DE SENTENÇA – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – ART. 128 E 460 DO CPC – SENTENÇA EXTRA PETITA – NÃO CONFIGURADA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – ART. 12 DA LEI Nº 1060/50. 1 - A violação de Lei, para dar azo à propositura de ação rescisória, há de ser frontal, flagrante e direta, o que não se vislumbra no presente caso. 2 - Isso porque, a parcela da sentença questionada pela requerente apenas seria nula por importar em julgamento extra petita caso ela decidisse sobre objeto não constante no rol dos pedidos exordiais ou acerca de temas não suscitados e debatidos entre as partes. 3 - Ademais, a coisa julgada material, qualidade de imutabilidade e de indiscutibilidade que se agrega aos efeitos da sentença de mérito, atinge apenas a carga declaratória contida no dispositivo do decisum. *4 - Em razão da sucumbência, impõe-se a condenação da ora requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, à míngua de condenação, fixa-se em R$ 500,00 (quinhentos reais), na forma do art. 20 §§ 3º e 4º, do CPC, ressalvado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, ante o deferimento da Assistência Judiciária Gratuita deferida de fls. 350-352. 5 - Pedido improcedente.* [8]

AÇÃO RESCISÓRIA – ALEGAÇÃO DE AFRONTA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO – HIPÓTESES DE RESCINDIBILIDADE NÃO VERIFICADAS – ACÓRDÃO EXTRA PETITA – NÃO OCORRÊNCIA. Admite-se a rescisão do julgado, com fundamento no art. 485, V, do CPC, apenas quando a decisão rescidenda é teratológica e ostensivamente perturbadora da ordem jurídica, ou seja, quando a exegese dada à Lei é flagrantemente destoante ou absurda, desviando-se de forma evidente do conteúdo e do alcance do texto legal. Não evidenciadas tais situações, inadmite-se o pedido rescisório,

6 TJPB, AR 2009908-68.2014.815.0000, 2ª Seção Espec. Cível, rel. Des. José Aurélio da Cruz, DJ 29/06/2016.

7 STJ, REsp 1.499.784/RS, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJ 11/02/2015.

8 TJES, AR 0003408-15.2014.8.08.0000, 1ª Câm. Cív., rel. Des. Lyrio Regis de Souza Lyrio, j. 24/02/2015, DJ 04/03/2015.

com fulcro no art. 485, V, do CPC. Para a rescisão do julgado, com fundamento no art. 485, IX, do CPC, faz-se necessário que não tenha havido controvérsia sobre o fato e que sobre ele não tenha havido pronunciamento judicial. Não se admite nova discussão da causa e dos elementos probatórios já julgados. A sentença deve guardar intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Não decidindo causa diversa da que foi proposta, tampouco concedendo coisa distinta da que foi pedida, o acórdão não pode ser considerado extra petita. Mostra-se descabida a utilização da ação rescisória como alternativa recursal. [9]

AÇÃO RESCISÓRIA – CABIMENTO – ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE EFETIVAMENTE ENFRENTOU O MÉRITO – VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – NÃO OCORRÊNCIA – JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CARACTERIZADO. I - O acórdão que enfrentou e rejeitou a alegação de julgamento extra petita trazida nas razões de Recurso Especial consubstancia decisão de mérito que desafia ação rescisória. II - Somente ocorre julgamento extra petita, quando constatada discrepância entre o decisum *e o pedido, interpretado este em consonância com a causa de pedir. III - Quando coincidem a tutela estatal prestada, o pedido e a causa de pedir próxima, não há falar em ofensa ao princípio da correlação ou à literal disposição dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. IV- Agravo Regimental improvido.*[10]

RESCISÓRIA FUNDADA NOS INCISOS V E IX DO ART. 485 DO CPC – VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO LEGAL E ERRO DE FATO – VÍCIOS AUSENTES NO JULGADO RESCINDENDO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ***O escopo da rescisória é expungir do mundo jurídico a coisa julgada quando se verificar os vícios mencionados no art. 485 do CPC e não a prestação de jurisdição já exercida, sob pena de incorrer em*** **bis in idem**. *2. A verificação de erro de fato pressupõe a inexistência de controvérsia ou de pronunciamento judicial, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 485 da Lei Adjetiva Civil. 3.* ***A jurisprudência assente desta Corte inclina-se no sentido de que a procedência da rescisória por ofensa ao inciso V do art. 485 do CPC requer a ofensa frontal e direta ao comando jurídico****. 4. Uma vez que o apelo nobre do INSS pretendeu a reforma do julgado pela impossibilidade de prova exclusivamente testemunhal, no que foi bem sucedido, não há falar em julgamento extra petita, mas observância ao princípio da adstrição. 5. Ação rescisória julgada improcedente.*[11](Destaques não originais)

Deve-se ainda rememorar que a quantia devida somente alcançou a cifra significativa agora debatida porque a empresa Brasil Telecom S/A insiste por anos a fio em ocupar indevidamente propriedade que não lhe pertencia, desprezando reiteradamente decisões judiciais que ordenaram a reintegração de posse, por mais de uma década, sendo absolutamente desprezível invocar, nestas circunstâncias, o princípio da razoabilidade.

Aliás, ainda que o caso concreto cuide de alugueis, o Superior Tribunal de Justiça traz precedente bastante didático sobre a forma como deve ser analisada a razoabilidade em casos onde o esbulhador demonstra considerável resistência na restituição do bem:

A multa perdurou enquanto foi necessário; se o valor final é alto, ainda mais elevada era a resistência da recorrente a cumprir o devido. A análise sobre o excesso ou não da multa, portanto, não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor.[12]

9 TJMG, AR 1.0000.14.071077-3/000, rel. Des. Leite Praça, j. 20/08/2015, DJ 01/09/2015.

10 STJ, AgRg-AR 4.190/RJ, 2ª Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10/11/2010, DJ 25/10/2011.

11 STJ, AR 3.085/SP, 3ª Seção, rel. Min. Jorge Mussi, j. 08/06/2011, DJ 30/08/2011.

12 REsp 1.022.033/RJ, 3ª T., rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. 22/09/2009, DJ 18/11/2009.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por Claudia Orsini Platzeck, para que prevaleça o entendimento vencido do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso quando do julgamento da ação rescisória, julgando a mesma improcedente, bem como condenando a Brasil Telecom S/A - Filial Mato Grosso Do Sul ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência (f. 768).

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 19.04.17 em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel e das férias do relator, após relator e o Des. Júlio darem provimento aos embargos infringentes. Os demais aguardam. (sust. oral)

VOTO (EM 19/04/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de aprofundamento de estudo da lide, tendo em vista especialmente que proferi voto no julgamento embargado.

Bem examinados os autos, reafirmo o entendimento que manifestei quando do julgamento da ação rescisória pela 4ª Seção Cível, no sentido de julgar improcedente o pleito inicial, em consonância com os precisos fundamentos lançados pelo eminente relator, Des. Carlos Eduardo Contar, para dar provimento aos infringentes.

Compulsando o caderno processual, verifica-se que a celeuma instaurou-se a partir de relação jurídica contratual (comodato de área na zona rural do município de Santa Rita Rio Pardo, celebrado em fevereiro de 2001) entabulada entre Claudia Orsini Platzeck, proprietária do imóvel, e Brasil Telecom S/A - Filial Mato Grosso do Sul, que figurou como comodatária.

A Brasil Telecom foi notificada para desocupar o imóvel ou apresentar proposta de justa remuneração pela sua utilização em 22/05/03. Diante da sua inércia, a proprietária do imóvel ajuizou ação de reintegração de posse, cujos pedidos foram acolhidos, determinando-se a reintegração de posse do imóvel e a condenação da Brasil Telecom ao pagamento de aluguel pela utilização do imóvel, arbitrado em R$ 500,00 por dia, devidos desde 22/07/03.

Ambas as partes apelaram. Os recursos foram distribuídos à 4ª Turma Cível, que proveu parcialmente o apelo autoral apenas para redistribuir os ônus de sucumbência, diante da sua reciprocidade. Referida decisão transitou em julgado.

A Brasil Telecom ajuizou ação rescisória alegando erro de fato; violação ao art. 150 do CC/16 (art. 581 do CC/02) e julgamento *extra petita* (pois não foi requerido pedido de condenação ao pagamento de aluguel). Por maioria de votos, a 4ª Seção Cível declarou os pedidos parcialmente procedentes. Foram proferidos 2 votos pela improcedência; 2 votos (divergentes) reconhecendo o julgamento *extra petita* e afastando a condenação ao pagamento de alugueis e estabelecendo multa diária (arbitrada em R$ 1.000,00) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitada a 90 dias, e 1 voto (intermediário) em consonância com estes últimos, divergindo apenas quando ao limite da multa diária, que fixou em 365 dias.

Diante desse desiderato, a autora manejou os presentes embargos infringentes defendendo a prevalência do voto minoritário, proferido pelo relator originário (Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso) e por mim, na condição de revisor. Alega, para tanto, que o acórdão rescindendo não contém vício de

julgamento *extra petita*, posto que formulou, na petição inicial, pagamento de alugueis pela ocupação indevida do imóvel.

O eminente relator bem delimitou a abrangência dos infringentes (capítulo alusivo ao julgamento *extra petita* – de condenação ao pagamento de alugueis).

Pois bem. Os arts. 128 e 460 do CPC/73 (aplicável ao caso dos autos, posto que vigente à época dos fatos) obrigam o juiz a decidir a lide nos termos que foi proposta, vedando-lhe conceder tutela de natureza diversa da postulada (*extra petita*) ou em quantidade superior do que lhe foi demandado (*ultra petita*), sob pena de nulidade absoluta do julgado.

Em que pesem os esforços da parte embargada, bem como o entendimento sufragado pelos nobres pares que externaram raciocínio diverso, entendo que o julgamento em questão não contém tutela jurisdicional diversa da pleiteada nem condenação superior à demandada.

Para tanto basta o cotejo dos termos da petição inicial à decisão objeto da ação rescisória.

A petição inicial, acostada as f. 113-124, contém referência expressa ao pedido de fixação de multa diária de R$ 500,00 desde a data da constituição em mora até a efetiva desocupação do imóvel. Veja:

> *(...) Diante do esbulho, requer a Autora seja a Ré condenada a pagar diariamente e a contar da data de sua constituição em mora, qual seja, 22 de maio de 2003, a importância de R$ 500,00 (quinhentos reais) até efetiva desocupação, a título de multa e para pressionar a Ré a desocupar o imóvel*. (f. 115)

Além disso, a autora (ora embargante) fez inserir capítulo específico sobre indenização (f. 118-120). E ao final, deduziu os seguintes pedidos:

> *(...) Requer ainda a*
>
> *a) reintegração imediata na posse;*
>
> *b) aplicação de multa diária a contar da data de sua constituição em mora (22 de maio de 2003) até efetiva desocupação, ora sugerida de R$ 500,00 (a que V. Exa. arbitrar) para funcionar como fator de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel;*
>
> *c) pagamento de indenização por danos materiais e morais na importância de R$ 300.000,00 (ou que V. Exa. estabelecer);* (f. 124)

Ao solucionar a lide, o juízo de primeiro grau rejeitou a pretensão indenizatória e fixou alugueis, que também chamou de multa diária, em R$ 500,00. Veja:

> *(...) Nestes termos, é fixado a favor da autora o valor dos alugueis em R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, sendo que esta verba tem também a finalidade de dar efeito prático ao cumprimento da sentença, não havendo a necessidade, assim, de ainda estipular a multa diária....Posto isto, julga-se parcialmente procedente o pedido para: a) reintegrar a autora na posse da área cedida em comodato à ré, devendo esta retirar seus equipamentos do local em trinta dias; b) condenar a ré no pagamento de aluguel à autora, no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) diários, a partir de 22/07/03* (f. 193 e 194)

Saltam aos olhos diversos erros da referida decisão. Em primeiro lugar, os alugueis constituem indenização pelo uso indevido do imóvel após a denúncia do contrato de comodato e não se confundem com *astreintes*.

Nesse sentido, apenas para elucidar, colha-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL. POSSE. CONSTITUTO POSSESSORIO. AQUISIÇÃO FICTICIA (CC, ART. 494-IV). REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CABIMENTO. COMODATO VERBAL. NOTIFICAÇÃO. ESCOAMENTO DO PRAZO. ESBULHO. ALUGUEL, TAXAS E IMPOSTOS SOBRE O IMOVEL DEVIDOS. RECURSO PROVIDO. (...) II - O esbulho se caracteriza a partir do momento em que o ocupante do imóvel se nega a atender ao chamado da denúncia do contrato de comodato, permanecendo no imóvel após notificado. III - **Ao ocupante do imóvel, que se nega a desocupa-lo após a denúncia do comodato, pode ser exigido, a título de indenização, o pagamento de alugueis relativos ao período, bem como de encargos que recaiam sobre o mesmo, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus**.*" (REsp 143.707/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 25/11/1997, DJ 02/03/1998, p. 102) [destaquei]

No caso objeto dos autos, os fundamentos e o pedido de indenização formulados pela autora estão expressamente elencados na petição inicial, conforme transcrição alhures.

Nada obstante, o pagamento de alugueis, na hipótese de denúncia do contrato de comodato, decorre de disposição expressa contida no art. 582 do Código Civil (correspondente ao art. 1.252, do CC/16), dispensando especificação e demonstração, conforme precedente transcrito.

Num texto aparentemente contraditório, o Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido indenizatório e condenou a empresa ao pagamento de alugueis, que arbitrou em R$ 500,00 por dia.

A despeito dessas circunstâncias, a Brasil Telecom não se insurgiu contra esses capítulos de sentença (procedência do pedido indenizatório – pagamento de alugueis – ou mesmo quanto ao valor arbitrado).

Manejou depois ação rescisória alegando julgamento *extra petita*, consubstanciado na condenação ao pagamento de alugueis, que outrora se conformou e sequer recorreu. Reafirmo, em consonância com as transcrições ora apresentadas, que pedido indenizatório existe, foi acolhido e sequer foi interposto recurso.

Data maxima venia, entendo que a ação rescisória não é procedimento de reexame necessário, sendo incabível o exame de justiça de sentença, seus acertos ou desacertos, exorbitância do valor do aluguel etc., sob pena de transformar esse remédio excepcional em reexame de sentença, o que não encontra guarida no ordenamento jurídico.

A coisa julgada revela-se como poderoso instrumento de segurança jurídica, consubstanciando em direito e garantia fundamental previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar as sólidas razões em que se assenta o voto da lavra do eminente relator, Des. Carlos Eduardo Contar, e dar provimento aos embargos infringentes, fazendo prevalecer o voto minoritário, proferido pelo E. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, que julgou improcedentes os pedidos veiculados na inicial da ação rescisória em questão.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após o relator e os desembargadores Sideni e Júlio darem provimento aos embargos infringentes. Os demais aguardam. ausentes, por férias, os desembargadores Dorival Moreira dos Santos e Paschoal Carmello Leandro.

VOTO (EM 03/05/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º vogal)

Embargos infringentes opostos por Cláudia Orsini Platzeck contra o acórdão de f. 759-779, proferido pela Quarta Seção Cível deste E. Tribunal, que, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação rescisória proposta pela Brasil Telecom S.A. - Filial Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho, para reconhecer a violação literal aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973 quanto à condenação ao pagamento de aluguéis, entendendo se tratar de julgamento *extra petita*, nos termos da ementa abaixo:

Conforme relatado, trata-se de:

> *AÇÃO RESCISÓRIA EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMODATO COM PRAZO INDETERMINADO - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL - CONSTITUIÇÃO EM MORA - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS TAXATIVAMENTE NO ART. 485 DO CPC - SENTENÇA EXTRA PETITA - OCORRÊNCIA - PEDIDO FORMULADO EM CONTESTAÇÃO PARA CONDENAÇÃO DA EMPRESA AUTORA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ REJEITADO - PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.*
>
> *O fundamento da ação rescisória consistente na "violação de literal disposição de Lei" (art. 485, V, CPC) deve corresponder ao total desprezo pelo julgador de uma norma jurídica que claramente regule a hipótese e cuja não aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público. O erro de fato sanável pela via da ação rescisória é aquele que consiste na admissão de fato inexistente como existente ou vice-versa na decisão rescindenda. O princípio da adstrição ou princípio da congruência dispõe que o Juiz deve analisar a lide nos exatos limites em que lhe foi ofertada, lhe sendo defeso o julgamento que deixe de apreciar qualquer das questões postas ou que julgue além ou de maneira diversa da inicialmente pretendida pela parte autora. Para condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual a parte adversa, não havendo comprovação de nenhuma delas não há como condenar a parte em litigância de má-fé.*

Restou vencido o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, que votou pela improcedência da ação rescisória.

Exatamente nesse ponto reside a divergência entre o voto vencido do Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso e o do vencedor Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho.

Compulsando detidamente os autos desde a petição inicial da ação de reintegração de posse n. 030.04.000908-4 às f. 114-124, infere-se que acertadamente decidiu o ilustre relator do presente recurso de embargos infringentes, Des. Carlos Eduardo Contar, agora sob apreciação.

Com efeito, a autora daquele feito, ora embargante, especificamente ponderou às f. 115-116:

> *Diante do esbulho, requer a Autora seja a Ré condenada a pagar diariamente e a contar da data de sua constituição em mora, qual seja, 22 de maio de 2003, a importância de R$ 500,00 (quinhentos reais) até efetiva desocupação, a título de multa e para pressionar a Ré a desocupar o imóvel.*
>
> *Aliás, somente pela permanência da Ré na posse do imóvel a jurisprudência já é unânime no sentido de fixar direito sobre o correspondente em alugueres.*

(...)

Como pode ser considerado justo o esbulho sem nenhuma contrapartida enquanto a Ré se beneficia com altas cifras oferecendo a sua antena a outras companhias????

Em atenção a esse contexto, a douta juíza *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para: *"a) reintegrar a autora na posse da área cedida em comodato à ré, devendo esta retirar seus equipamentos do local em trinta dias; b) condenar a ré no pagamento de aluguel à autora, no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) diários, a partir de 22/07/03"* (f. 67), o que foi mantido pelo acórdão de relatoria do então Desembargador Rêmolo Letteriello de f. 72-78 perante a Quarta Turma Cível.

Contra esse acórdão foi manejada a ação rescisória, aduzindo violação dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973 sob o fundamento de julgamento *extra petita*, porquanto teria extrapolado os limites contidos na exordial, notadamente quanto ao pagamento de aluguéis, a qual foi acolhida nos termos consignados acima.

É certo que se entende por decisão *extra petita* aquela em que o julgador, ao apreciar o pedido, decide fora do postulado pelo autor na peça inicial.

Todavia, não menos certo é, também, que o pedido da ação não corresponde apenas ao que foi requerido ao final da petição inicial, mas aquele que se extrai da interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo, ou seja, o que dele virtualmente se contém.

Sobre o tema precisamente elucida Teresa Arruda Alvim Wambier[13]:

Será extra petita a sentença que conceder, ou que não conceder expressamente, coisa diversa da pleiteada, como, por exemplo, a sentença que reconhece a existência de um direito real, quando o que se pleiteou foi o reconhecimento de um direito de crédito.

O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro texto legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente aquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão.

As causae petendi têm a função de identificar o pedido, exatamente da mesma forma que os fundamentos do decisório delimitam o seu sentido. Assim, deve entender-se que a identidade entre objeto do pedido e objeto da sentença envolve também a identidade de causa de pedir (da petição inicial) e de fundamento (da sentença).

Consoante entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, não ocorre julgamento *extra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*.

A propósito:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA. 1. Não há falar em violação aos arts. 458, 515 e 535, do CPC/1973. No caso, houve o julgamento das questões de maneira

13 *in* **Nulidades do Processo e da Sentença**, 6ª edição, 2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 299-300.

fundamentada e completa, apenas não tendo sido acolhidas as teses da agravante. 2. ***Somente ocorre julgamento extra petita quando constatada a discrepância entre o pedido, a causa de pedir e a prestação jurisdicional, o que, não ocorreu na hipótese.*** *(...) 5. Agravo interno desprovido.* (STJ, AgInt no AREsp 879.069/AM, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017) (g.n.)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE OBRAS MUSICAIS CUMULADA COM REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ***JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ADSTRIÇÃO DA SENTENÇA AO PEDIDO E À CAUSA DE PEDIR.*** *DEFINIÇÃO DO AN DEBEATUR NO TÍTULO JUDICIAL. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. FASE DE LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL. SÚMULA Nº 7/STJ.*

1. (...) 2. ***Não há falar em julgamento extra petita quando decidida a causa dentro dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial****. (...) 5. Agravo interno não provido.* (STJ, AgInt no REsp 1546086/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016) (g.n.)

Como se vê, a magistrada de instância singela fixou os aluguéis em decorrência de uma interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não obstante a falta de dedução expressa no tópico dos pedidos, o que foi mantido por este Tribunal no julgamento do recurso de apelação, não havendo falar em julgamento *extra petita* por isso e, consectariamente, em ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Buzaid, tal qual o entendimento exarado pelo douto Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso que julgou improcedente o pleito rescisório.

Eventual discordância quanto ao critério utilizado pela douta juíza sentenciante, a saber, que fixou os alugueres por dia, como se tivesse impondo *astreinte*, e não um aluguel mensal, deveria ter sido objeto de irresignação da vencida pelo recurso de apelo, não sendo possível rever esse *quantum* na ação rescisória, porque não padecia a sentença (bem assim como o acórdão que a confirmou) dos vícios contidos nos artigos 128 e 460 do CPC/73.

O v. aresto exarado pela 4ª Seção Cível, assim, a meu modo de ver, não deve ser mantido, com o máximo respeito aos integrantes que votaram pela procedência da pretensão rescisória (Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva). Assim sendo, acompanho o voto do eminente relator para acolher os embargos infringentes opostos por Cláudia Orsini Platzeck, determinando a prevalência do voto vencido do Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Adiado para próxima sessão em face do pedido de vista do des. Vladimir Abreu da Silva, após o relator, acompanhado dos desembargadores Sideni, Pavan e Júlio darem provimento ao recurso. Os demais aguardam. ausentes, por férias, os desembargadores Dorival Moreira dos Santos e Manoel Mendes Carli. (sust. oral)

VOTO (EM 10/05/2017)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (3º vogal)

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Cláudia Orsini Platzeck contra o acórdão (f. 759/779) que julgou parcialmente procedente a ação rescisória ajuizada por Brasil Telecom S/A, para

rescindir parte da sentença proferida nos autos n. 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o pagamento de aluguel diário no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) e estabelecendo multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitando sua incidência ao período máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Segundo relatório emitido nos autos, a embargante:

> *Sustenta que deve prevalecer o entendimento minoritário, que julgava improcedente a pretensão rescisória, mantendo incólume a sentença proferida nos autos da ação de reintegração de posse. Afirma que a petição inicial havia sido suficientemente clara sobre a pretensão de pagamento de alugueis pelo período de ocupação indevida do imóvel, inexistindo prejuízo ou violação ao princípio do contraditório. Assevera que o valor imposto pela sentença não fora questionado em apelação, sendo indevida sua exclusão após o trânsito em julgado por não se tratar de nulidade absoluta. Acrescenta que a embargada ocupou ilicitamente o imóvel por mais de 10 (dez) anos e a multa estabelecida acarretaria evidente enriquecimento sem causa. Pugna pela reversão do julgamento da Seção Cível, com a improcedência da ação rescisória. Subsidiariamente, em caso de manutenção da decisão de parcial procedência, pretende o estabelecimento de contraprestação pelo período de ocupação indevida do imóvel e fixação de honorários advocatícios* (f. 851/865).

Em sessões anteriores deste Órgão Especial, o relator (Des. Carlos Eduardo Contar), acompanhado pelos Des. Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan e Júlio Roberto Siqueira Cardoso, deram provimento aos embargos infringentes para que prevaleça o entendimento do voto vencido (de relatoria do Des. Júlio) quando do julgamento da ação rescisória, a fim de julgá-la improcedente, condenado a empresa Brasil Telecom S/A ao pagamento das custas processuais, bem como, dos honorários advocatícios.

Insta salientar que o julgamento da ação rescisória ocorreu sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o que legitima a propositura dos presentes embargos infringentes, senão vejamos o teor do antigo artigo 530: *"Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."*

Consta nos autos que, aos 14 de fevereiro de 2001, a embargante Cláudia e a embargada Brasil Telecom S/A celebraram contrato de comodato, tendo como objeto área de 8.281 m² (oito mil duzentos e oitenta e um metros quadrados), na zona rural do Município de Santa Rita do Pardo, destinada à instalação de equipamentos de telefonia (f. 58/60).

Em 22.05.2003, a empresa Brasil Telecom S/A foi notificada para desocupar a área em 60 (sessenta) dias ou para apresentar uma proposta de *"remuneração justa em troca da área ocupada"* (f. 129/130), mas não atendeu a qualquer das hipóteses, afirmando se tratar de comodato por prazo determinado, que não poderia ser rescindido unilateral e imotivadamente (f. 132/133).

Em razão disso, a embargante Cláudia ajuizou ação de reintegração de posse contra a empresa, tendo esta sido julgada parcialmente procedente para: *"a) reintegrar a autora na posse da área cedida em comodato à ré, devendo esta retirar seus equipamentos do local em trinta dias; b) condenar a ré no pagamento de aluguel à autora, no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) diários, a partir de 22/07/2003"* (f. 62/67).

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação. A empresa alegou preliminarmente carência de ação, com base no argumento de que não houve a rescisão do contrato de comodato. No mérito, pleiteou o reconhecimento de que o contrato de comodato era com prazo determinado e, consequentemente, inviável sua rescisão unilateral e imotivada. Caso mantido o entendimento da rescisão contratual, destacou que não houve pedido de aluguéis na petição inicial, havendo julgamento *extra petita*; argumentou que a

constituição em mora somente ocorreu após sua citação. Na hipótese de aplicação da multa, requer a redução de seu valor.

Por seu turno, em seu recurso adesivo, a embargante Cláudia buscou a fixação de indenização por danos materiais e morais, bem como a redistribuição dos honorários advocatícios fixados.

O recurso foi distribuído, à época, para a 4ª Turma Cível, sendo que em 01.05.2005, por unanimidade de votos, esta negou provimento ao recurso da Brasil Telecom S/A e deu parcial provimento ao apelo de Cláudia Orsini Platzeck para *"reconhecendo a sucumbência recíproca das partes, estipular a divisão das despesas processuais e dos honorários advocatícios na proporção de 75% (setenta e cinco por cento) para a empresa Brasil Telecom S.A., e, 25% (vinte e cinco por cento) para Cláudia Orsini Platzeck, mantendo o valor fixado a título de honorários advocatícios em 1ª Instância e imprimindo a compensação no que forem equivalentes"* (f. 72/80).

A sentença transitou em julgado em 04.02.2011, tendo a empresa Brasil Telecom ajuizado ação rescisória a fim de rescindir o acórdão para que a reintegração de posse fosse julgada totalmente improcedente, bem como afastados os alugueis fixados.

A inicial foi indeferida (relator - Des. Júlio Roberto - f. 546/553, entretanto, a decisão foi reformada pela 4ª Seção Cível, determinando-se o processamento da ação e deferindo-se a antecipação de tutela a fim de suspender os efeitos da sentença rescindenda (f. 615/623).

Após regular processamento, aos 25.03.2013, o Des. Júlio Roberto assim proferiu seu voto:

> *(...) Em face do exposto, acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, julgo improcedente o pedido formulado na ação rescisória, declarando o processo extinto com resolução de mérito, nos termos do inciso I, do artigo 269 do Código de Processo Civil.*
>
> *Revogo a tutela concedida às fls. 615-623.*
>
> *Condeno a empresa autora ao pagamento das despesas processuais e, também, ao pagamento de honorários de advogado, em favor do patrono da requerida, que fixo, por equidade, com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), os quais serão atualizados monetariamente a partir desta data.*
>
> *Transitada em julgado a presente decisão e, em caso de decisão unânime, reverta-se a ré o valor do depósito prévio, em subserviência à regra prevista no inciso II do artigo 488 c/c art. 494, ambos do Código de Processo Civil.*

Referido voto foi acompanhado do Des. Sideni Soncini Pimentel.

Inaugurei a divergência a fim de julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação rescisória para rescindir parte da sentença proferida nos autos n. 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o pagamento de aluguel diário no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) e estabelecendo multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitando sua incidência ao período máximo de 90 (noventa) dias. Este entendimento foi acompanhado pelo Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Por fim, o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho proferiu voto intermediário, encampando a impossibilidade do pagamento de alugueis, mas estabelecendo o limite da multa cominatória ao período máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias. Por se tratar do voto-médio, este foi o entendimento condutor do acórdão, vejamos:

> *Dessarte, peço vênia par divergir do douto Desembargador 1° Vogal somente quanto ao prazo de limitação aplicado à multa cominatória, tendo em vista a função que esta deve exercer bem como todas as circunstâncias do caso, razão pela qual entendo que a limitação deve ser majorada ao período máximo de 365 dias. No mais, acompanho-o.*
>
> *Por maioria, julgaram parcialmente procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Des. Fernando, por ser o voto médio. O Relator e o Revisor julgavam-na improcedente enquanto o 1° e o 2° Vogal, parcial procedente*

O acórdão restou assim ementado:

> *AÇÃO RESCISÓRIA EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMODATO COM PRAZO INDETERMINADO – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – CONSTITUIÇÃO EM MORA – VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS TAXATIVAMENTE NO ART. 485 DO CPC – SENTENÇA EXTRA PETITA* – OCORRÊNCIA – PEDIDO FORMULADO EM CONTESTAÇÃO PARA CONDENAÇÃO DA EMPRESA AUTORA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ REJEITADO – PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.
>
> *O fundamento da ação rescisória consistente na "violação de literal disposição de Lei" (art. 485, V, CPC) deve corresponder ao total desprezo pelo julgador de uma norma jurídica que claramente regule a hipótese e cuja não aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público.*
>
> *O erro de fato sanável pela via da ação rescisória é aquele que consiste na admissão de fato inexistente como existente ou vice-versa na decisão rescindenda.*
>
> *O princípio da adstrição ou princípio da congruência dispõe que o Juiz deve analisar a lide nos exatos limites em que lhe foi ofertada, lhe sendo defeso o julgamento que deixe de apreciar qualquer das questões postas ou que julgue além ou de maneira diversa da inicialmente pretendida pela parte autora.*
>
> *Para condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual a parte adversa, não havendo comprovação de nenhuma delas não há como condenar a parte em litigância de má-fé.*

Conforme mencionou o relator, apesar de a querela judicial perdurar por mais de uma década, o debate do presente recurso circunscreve-se exclusivamente sobre a prevalência (ou não) do voto vencido, que julgou improcedente o pedido formulado na ação rescisória, mantendo-se a sentença que determinou a reintegração de posse da embargante Cláudia, fixando-se aluguéis por dia para a empresa Brasil Telecom, em razão do contrato de comodato.

Não obstante o entendimento exarado pelos ilustres Desembargadores que proferiram seu voto até o presente momento, já havia inaugurado divergência quando do julgamento da ação rescisória, de modo que mantenho a mesma conclusão.

Ao meu ver, tanto a sentença como o acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível afrontaram os artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil de 1973 (atuais artigos 141 e 492 do CPC/15), porquanto, ao invés de acolher a pretensão da autora para que fosse arbitrada multa cominatória para a

hipótese de descumprimento da ordem judicial para desocupação da área, determinaram o pagamento de aluguel, extrapolando, dessa forma, os limites do pedido.

Segundo se extrai da inicial da demanda de reintegração de posse, a autora assim formulou seu pedido (f. 124 – ação rescisória):

> *Isto posto vem requerer seja a presente ação julgada procedente para condenar a Ré a pagar honorários advocatícios, custas e despesas judiciais e demais cominações legais. Requer, ainda, a a) reintegração imediata na posse; b) aplicação de multa diária a contar da data de sua constituição em mora (22 de maio de 2003) até efetiva desocupação, ora sugerida de R$ 500,00 (a que V. Exa arbitrar) para funcionar como fator de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel; c) pagamento de indenização por danos materiais e morais na importância de R$ 300.00,00 (ou que V. Exa estabelecer); d) a condenação da ré à obrigação de fazer consistente em demolir a torre e deixar de operar com a antena (...).*

Conquanto a cominação de *astreintes* não esteja sujeita à coisa julgada e possa ser majorado/diminuído seu montante, eventual pedido de condenação ao pagamento de aluguéis deveria ter sido objeto de pedido expresso desde a inicial, o que não ocorreu no presente caso.

O fato de a embargante Cláudia, à época, ter sustentado que deveria ser ressarcida pelo uso da área de sua propriedade, fazendo entender que faria jus ao percebimento de aluguel, não justifica a mudança do seu pedido, pois apenas pleiteou o arbitramento de multa cominatória diária (tanto que foi expressa que requeria as *astreintes* apenas para compelir a empresa Brasil Telecom a desocupar a área), não o recebimento de alugueis.

Caso realmente pretendesse receber alugueis pelo uso injusto da área, repise-se, deveria formular pedido expresso, o que além de legitimar sua pretensão, propiciaria à empresa Brasil Telecom S/A se contrapor, questionando até mesmo o valor do aluguel pretendido.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 472.276/SP já destacou que se deve *"primar pela obediência ao princípio da correlação ou da congruência existente entre o pedido formulado e a decisão da lide já que o próprio autor impôs os limites em que pretendia fosse atendida a sua pretensão"*.

O princípio da congruência é preceito processual orientador de construção das decisões judiciais, segundo o qual ao juiz cabe decidir a lide de acordo com seus contornos objetivos, não lhe sendo lícito conceder bem maior ou estranho ao pedido, como também vedada a omissão às questões fáticas suscitadas ou mesmo quanto à causa de pedir ou pedido deduzido.

Assim estavam dispostos os artigos violados:

> *Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*
>
> *Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

Da forma como restou decidido, o juízo singular arbitrou o pagamento de aluguel, em afronta aos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil/73, além de prejudicar a ampla defesa e o contraditório, inviabilizou o questionamento desse valor em sede de cumprimento de sentença.

Portanto, mantenho o mesmo entendimento outrora exposto na ação rescisória a fim de afastar a condenação ao pagamento de aluguel no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, a partir da 22/07/03; mantendo-se a condenação da empresa Brasil Telecom ao pagamento de multa diária, exatamente conforme como requerido na ação de reintegração de posse para o caso de não cumprimento da ordem de reintegração na posse.

A respeito da limitação da multa, conforme já mencionado neste voto, prevaleceu o voto-médio da lavra do Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, que estendeu a limitação da multa para 365 dias, o que deve ser mantido.

Ante o exposto, divirjo do relator para rejeitar os embargos infringentes opostos, mantendo-se o voto vencedor proferido na ação rescisória que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Brasil Telecom S/A para excluir a condenação ao pagamento de alugueis, arbitrando-se, em substituição, *astreintes* no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, limitada ao período máximo de 365 dias, nos termos do artigo 461, § 4º combinado com o artigo 931, ambos do Código de Processo Civil/73; a contar do trânsito em julgado da sentença e cujo montante será apurado por meio de liquidação de sentença.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (8ª vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 07.06.17 em face do pedido de vista do des. Fernando Mauro Moreira Marinho e de suas férias, após o relator, acompanhado dos desembargadores Sideni, Pavan, Júlio, Claudionor, Tânia, Paschoal e Marco André darem provimento ao recurso, enquanto que o desembargador Vladimir nega provimento. O des. Dorival Moreira aguarda. Ausente por férias o des. Manoel Mendes Carli. (sust. oral)

VOTO (EM 07/06/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (4º vogal)

Trata-se de procedimento de embargos infringentes interposto por Cláudia Orsini Platzeck contra o acórdão proferido pelo colegiado da 4° Seção Cível que julgou parcialmente procedente a ação rescisória ajuizada por Brasil Telecom S/A que rescindiu parte da sentença proferida nos autos n° 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o pagamento de aluguel diário no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), estabelecendo multa cominatória diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) para a hipótese de descumprimento da reintegração de posse, limitando sua incidência ao período máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco dias).

O relator, Des. Carlos Eduardo Contar, exarou seu voto pelo provimento ao recurso interposto pela embargante no sentido de prevalecer o entendimento vencido do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso quando do julgamento da ação rescisória que julgou-a improcedente, com a condenação da empresa Brasil Telecom S/A- Filial de Mato Grosso do Sul ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência.

Tal entendimento foi acompanhado pelos Des. Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Claudionor Miguel Abss Duarte, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro e Marco André Nogueira Hanson na sessão ordinária realizada em 10/05/2017, conforme se verifica da certidão de f. 920.

O Des. Vladimir Abreu da Silva pediu vista dos autos, o qual proferiu seu voto pelo desprovimento do recurso, divergindo do e. relator.

Para melhor explanação dos debates postos nessa ação, colaciono os votos proferidos pelo colegiado da 4° Seção Cível na ação rescisória que fundamentaram suas razões de decidir:

> *O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)*
>
> *Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Brasil Telecom S/A – Filial Mato Grosso do Sul em desfavor de Cláudia Orsini Platzeck, com o propósito de ver rescindido o r. acórdão proferido pela 4ª Turma Cível deste Sodalício, que negou provimento ao recurso de Apelação Cível n.º 2005.000397-7 e deram provimento ao recurso adesivo de Cláudia Orsini Platzeck, reconhecendo a sucumbência recíproca das partes e, por conseguinte, restou mantido o entendimento proferido pela magistrada a quo que julgou parcialmente o pedido formulado nos autos da ação de reintegração de posse n.º 030.04.000908-4 junto a vara única da Comarca de Brasilândia/MS para: a) reintegrar a autora na posse da área cedida em comodato à ré, devendo esta retirar seus equipamentos do local em trinta dias; b) condenar a ré no pagamento de aluguel à autora, no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) diários, a partir de 22/07/03, com fulcro na norma contida no artigo 485, inciso V e IX, ambos do Código de Processo Civil.*
>
> *(...)*
>
> *Do Mérito. Da violação literal de dispositivos de Lei.*
>
> *A empresa autora aduz que o acórdão rescindendo ao aceitar a rescisão unilateral do contrato de comodato sem que a ré tenha provado a necessidade imperiosa ou urgente para a retomada do bem antes do término de sua destinação, ofendeu frontalmente a literalidade do artigo 150, do CC/1916, equivalente ao art. 581, do CC/02.*
>
> *A irresignação não prospera.*
>
> *(...)*
>
> *Nessa vertente, o fato de o acórdão rescindendo firmar entendimento ou interpretação divergente daquela estabelecida por outros julgados, ou até mesmo na doutrina, não dá ensejo ao manejo da ação rescisória, por serem as diversas interpretações plenamente viáveis e licitas.*
>
> *O ilustre representante do Parquet estadual, bem elucidou a questão e, por isso, utilizo seus fundamentos como razões de decidir esta ação, senão vejamos:*
>
> *(...) Não obstante, só pela leitura de suas alegações e pelos próprios argumentos invocados, percebe-se que, em verdade, autora pretende uma releitura dos fatos, provas e, assim, rediscutir a decisão rescindenda, ante sua insatisfação para com seus fundamentos, o que, no entanto, não é possível em sede de ação rescisória, uma vez que, para tanto, necessário se faz a violação à literalidade do dispositivo legal, e não a simples interpretação diferente da pretendia pela autora, a respeito da incidência da norma ao caso concreto. Só por este motivo, a ação merece ser julgada improcedente.*
>
> *Ademais, compulsando os documentos acostados aos autos da presente rescisória, em especial o acórdão que se quer ver rescindido, infere-se que houve íntimo exame do dispositivo legal aplicável ao comodato e fundamentação conforme o caso concreto, pelos Juízo a quo e ad quem.*
>
> *(...)*

Nesses termos, em se tratando de comodato por tempo indeterminado, tem o contrato natureza precária, de modo que deve ser presumido o necessário para o uso concedido, sendo suficiente a notificação dos comodatários, não havendo por que se exigir a prova da necessidade imprevista e urgente, a qual somente deverá ser demonstrada pelo comodante caso queira restituir o bem antes de encerrado o prazo "que se determine pelo uso outorgado".

No caso versando, o bem objeto do empréstimo consiste em imóvel que foi cedido à autora para a instalação de equipamento de telecomunicações, a fim de prestar serviço público sob concessão. Nesse ponto, a autora argumenta que o tempo do empréstimo do imóvel deve ser o mesmo prazo para a execução do serviço público de telefonia.

Ora, sem razão alguma a autora. A uma, porque a prestação de serviço de telefonia é um tipo de serviço público sem prazo findo, já que, embora os contratos da autora possam ter prazo estabelecido, são renovados sucessivamente, pois são prestados de forma contínua, tanto que a mesma está no mercado há longos anos. Além disso, o fato de ser duradouro, e que a ré tinha ciência disso, não impede a restituição do bem, sob pena de significar que a comodatária não pode pleitear seu imóvel de volta e de se tornar o comodato ad nutum. Sendo assim, a natureza da coisa não permite a presunção do tempo de sua utilização, que pode estender-se indefinidamente.

(...)

Dessa feita, verifica-se que a Corte dirimiu a controvérsia com os fundamentos que lhe pareceram pertinentes, tendo analisado todas as matérias e provas amealhadas nos autos da ação de reintegração de posse então movida pela ora ré. (...)"

Se não bastasse, como deixei externado quando da decisão proferida ás fls. 546-553, o comodato pode ser estipulado por prazo determinado ou indeterminado.

A hipótese levantada pela empresa autora diz respeito àquela referente ao contrato de comodato com prazo determinado, uma vez que, havendo prazo convencional, o comodante não pode interromper o uso e gozo da coisa antes de findo. Não lhe assiste, com efeito, o direito de resilir o contrato ante tempus. Excepcionalmente, porém, cabe-lhe suspendê-lo antes de esgotado o prazo. Assim ocorrerá, se tiver necessidade imprevista e urgente da coisa emprestada, necessidade que deve ser reconhecida pelo juiz. Esta é a hipótese do artigo 1.250 do Código Civil.

Já no comodato por prazo indeterminado como é a hipótese dos autos, dá-se o chamado comodato precário. Para a sua dissolução, basta a notificação ao comodatário para pôr termo a essa relação jurídica. A permanência no imóvel, após expirado o prazo fixado na notificação, configura esbulho e legitima o uso da ação de reintegração de posse, tese acolhida no acórdão rescindendo que assim averbou:

(...) A subserviência da tutela jurisdicional à interpretação literal da regra insculpida no artigo 581 do Novo Código Civil, inquestionavelmente afrontaria o princípio da razoabilidade, uma vez que, seria incongruente partir da premissa que a vigência do contrato deve perdurar pelo lapso temporal necessário para o pleno cumprimento da finalidade a qual destinou-se o bem objeto do comodato, quando resta evidente que a destinação visava se configura como inatingível, uma vez que está intrinsecamente ligada à atuação da empresa apelante, que, por óbvio, somente deixará de desempenhar sua atividade por motivos alheios a sua própria vontade. (...). (f. 250 TJ/MS)

Portanto, resta nítido que o entendimento exarado pela magistrada a quo e mantido pelo colegiado da 4ª Câmara Cível desse Sodalício quando do julgamento do recurso de

apelação n.º 2005.000397-7, foi no sentido de não ser possível a interpretação restritiva do artigo 581, do CC, ou seja, constatada a indeterminação do prazo de vigência do contrato de comodato ante a abusividade da cláusula 4º - f. 49 TJ/MS, e restando comprovado que a empresa comodante ficaria na posse da área até a desativação (cláusula 4.2 – f. 59 TJ/MS), tutelou-se o interesse da autora Cláudia em ver rescindido o contrato de comodato, ante a constatação da mora após a notificação do comodatário.

Desta feita, não merece procedência a Ação Rescisória que, a despeito de invocar violação de literal dispositivo de Lei busca unicamente a reforma do julgado rescindendo, transformando a via eleita em verdadeira substituição a recurso que, aliás, foi plenamente exercido pela empresa autora (fls. 259-280; 395-398 e 402-407 TJ/MS).

Erro de fato.

Sustenta ainda que a premissa em que se fundou o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato, pois a destinação do bem por parte da autora não se configura como inatingível, uma vez que o ora contrato de comodato teve como objeto o empréstimo de bem imóvel para a instalação de equipamentos de telecomunicações para o uso pelo tempo necessário à execução do serviço de telefonia, qual seja, o contrato de concessão de serviço público, cuja outorga finalizará em 31 de dezembro de 2025.

Conforme bem alerta Barbosa Moreira, o erro de fato de modo algum incide nos casos de eventual equívoco de interpretação jurídica, ou seja, para existir tal vício de julgamento é necessário que não tenha havido a mínima controvérsia sobre o fato e que tampouco sobre ele tenha havido pronunciamento judicial (Comentários ao CPC, RJ: Forense. Vol. V, 11ª ed., p. 148-9).

Nesse norte, ponderado que a questão pertinente ao prazo de destinação do bem foi abordada no acórdão rescindendo e, considerando que o contrato de concessão de serviço público não se fez presente nos autos da ação de reintegração de posse, impossibilitando a análise da tese ora argüida, de que a previsão de vigência do contrato de comodato seria o mesmo que o previsto no da concessão (31.12.2025), é também inócuo cogitar de erro de fato apto a gerar a rescisão do julgado, fundado em sentimento de irresignação pessoal com o produto jurisdicional.

Julgamento extra petita.

Por fim, a irresignação de que a sentença a quo, cujo teor foi mantido pelo acórdão rescindendo, é extra petita, não merece guarida.

Afirma que a parte autora nos autos da ação de reintegração de posse não requereu em sua petição inicial a condenação da comodatária, ora autora para pagamento de alugueres, tendo limitado-se a requerer a condenação em multa diária pela não entrega do imóvel, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade do acórdão rescindendo, devendo em seu lugar, ser prolatada nova decisão, desta vez excluindo da condenação o pagamento de alugueres pela autora em favor da ré, não merece guarida.

Configura-se o julgamento extra petita quando o juiz concede prestação jurisdicional diferente da que lhe foi postulada ou quando defere a prestação requerida, porém com base em fundamento não invocado como causa do pedido.

Não se caracteriza in casu, julgado extra petita, pois, embora a autora tenha requerido a aplicação de multa diária a contar da data de sua constituição em mora (22 de maio de 2003) até a efetiva desocupação, ora sugerida de R$ 500,00 (quinhentos reais) para funcionar como fator de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel (f. 124 TJ/MS), na causa de pedir, mas precisamente às f. 115 TJ/MS, ao colacionar

uma jurisprudência, afirma que: "Aliás, somente pela permanência da Ré na posse do imóvel a jurisprudência já é unânime no sentido de fixar direito sobre o correspondente em alugueres" (...).

Nesse norte, fica evidente que o interesse da parte autora era obter um pronunciamento jurisdicional que obrigasse a Brasil Telecom S/A a desocupar o imóvel e, no tempo que ela ficasse na posse, fosse condenada em valor correspondente aos alugueres, tanto que formulou a seguinte pergunta em sua peça inicial: "Como pode ser considerado justo o esbulho sem nenhuma contrapartida enquanto a Ré se beneficia com altas cifras oferecendo a sua antena a outras companhias????. (f. 116 TJ/MS)

O magistrado a quo ao proferir a sentença condenatória deixou averbado que:

Desta feita, não há qualquer dúvida de que o contrato foi resolvido e a ré deverá pagar aluguéis a favor da autora, consoante previsão expressa no art. 1252 do CC/16, desde a constituição em mora. Nestes termos, é fixado a favor da autora o valor dos aluguéis em R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, sendo que esta verba tem também a finalidade de dar efeito prático ao cumprimento da sentença, não havendo a necessidade, assim, de ainda estipular a multa diária. (...) (f. 66 TJ/MS)

Da mesma forma, entendeu o relator que proferiu a decisão do acórdão rescindendo, sendo acompanhado por unanimidade pelos demais integrantes da 4ª Turma Cível, senão vejamos:

Entendo que o fato de haver sido requerida, equivocadamente, a fixação de multa diária ao invés de ter sido aspirado o recebimento de aluguéis, em nada diminui o direito da apelada de vir a ter resguardados seus interesses pela efetivação de uma justa prestação jurisdicional. O artigo 582 do Novo Código Civil estipula que: "...o comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante. De tal maneira, não resta demonstrada a ocorrência de julgamento extra petita, mas sim, resta satisfatoriamente ilustrada a subserviência da decisão à legislação processual vigente. (...) (f. 250-251 TJ/MS)

Não se trata, portanto, de decidir causa diversa daquela posta em juízo, visto que não há incongruência entre o objeto da lide e o conteúdo da decisão, porquanto as razões de decidir não se afastaram da causa de pedir nem do pedido. Uma vez narrados os fatos pelas partes, compete ao juiz aplicar a Lei ao caso concreto, procedendo ao devido enquadramento jurídico; portanto, ilesos os artigos 128 e 460 do CPC.

Da litigância de má-fé.

A requerida em sua contestação suplicou pela condenação da empresa autora nas penas de litigância de má-fé (art. 17, incisos I; II e VI, do CPC).

Com efeito, o artigo 17 do CPC, que regula a conduta da litigância temerária, assim versa:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Comungo do entendimento de que para condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual a parte adversa.

Para caracterizar a lide temerária, a que se refere o artigo supra mencionado, exige-se a presença, simultânea, de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual a parte adversa.

A prova deverá ser cabalmente produzida no processo, não podendo ser avaliada por presunção.

Assim sendo, ausentes tais elementos, bem como a prova do prejuízo suportado pela parte adversa, deixa-se de condenar a empresa autora por litigar de má-fé.

Do dispositivo.

Em face do exposto, acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, julgo improcedente o pedido formulado na ação rescisória, declarando o processo extinto com resolução de mérito, nos termos do inciso I, do artigo 269 do Código de Processo Civil.

Revogo a tutela concedida às fls. 615-623.

Condeno a empresa autora ao pagamento das despesas processuais e, também, ao pagamento de honorários de advogado, em favor do patrono da requerida, que fixo, por equidade, com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), os quais serão atualizados monetariamente a partir desta data.

Transitada em julgado a presente decisão e, em caso de decisão unânime, reverta-se a ré o valor do depósito prévio, em subserviência à regra prevista no inciso II do artigo 488 c/c art. 494, ambos do Código de Processo Civil.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor)

De acordo com o relator.

Des. Vladimir Abreu da Silva (1º Vogal) - Divirjo do voto do eminente Relator tão somente com relação ao fato de que, ao meu ver, a sentença e o acórdão afrontaram os artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, quando, ao invés de acolher a pretensão da ora requerida, no sentido de que fosse arbitrada multa cominatória para a hipótese de descumprimento da ordem judicial para desocupação da área, determinaram o pagamento de aluguel, extrapolando, dessa forma, os limites do pedido.

O fato de a requerida ter sustentado que deveria ser ressarcida pelo uso da área de sua propriedade, fazendo entender que faria jus ao percebimento de aluguel, não justifica a mudança do seu pedido, pois apenas pleiteou o arbitramento de multa cominatória diária e não o recebimento de aluguéis.

Caso realmente pretendesse receber aluguéis pelo uso injusto da área, deveria formular pedido expresso, o que além de legitimar sua pretensão, propiciaria à requerente se contrapor, questionando até mesmo o valor do aluguel pretendido.

Da forma como restou decidido, sem parâmetro algum, o juízo singular arbitrou o pagamento de aluguel, em flagrante afronta aos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, além de prejudicar a ampla defesa e o contraditório, pois inviabilizou o questionamento desse valor em sede de cumprimento de sentença.

Portanto, merece ser afastada a condenação ao pagamento de aluguel no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, a partir da 22/07/03; condenando-se a requerente ao pagamento de multa diária, como requerido na ação de reintegração de posse, para o caso de não cumprimento da ordem de reintegração na posse.

Assim, diante da pretensão rescisória colocada em julgamento, arbitro multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao máximo de noventa dias, nos termos do artigo 461, § 4º, combinado com o artigo 931, ambos do Código de Processo Civil, a contar do trânsito em julgado da sentença.

Por derradeiro, tendo a requerente pleiteado novo julgamento, somente no sentido de excluir da sentença e do acórdão rescidendo a condenação aos alugueis, referida limitação, não obsta no presente de ser acolhido a pretensão na condenação em multa diária, constante na ação de reintegração de posse.

Isto porque, o novo julgamento não implica somente em excluir das decisões judiciais, aquilo que se encontra em afronta com as hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil, propicia também, ao julgador da rescisória, julgar novamente a pretensão jurisdicional primitivamente julgada, da qual originou as decisões judiciais rescindendas.

Ante o exposto, parcialmente contra o parecer, e com fundamento nos artigos 269, inciso I e 485, inciso V, ambos do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido formulado por Brasil Telecom S.A., para rescindir a sentença a sentença proferida nos autos da ação de reintegração de posse, autos n. 0000908-21.2004.8.12.0030, que tramitou perante o juízo da Comarca de Brasilândia, e o acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível desta Corte, no julgamento da apelação cível n. 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo o capítulo da condenação ao pagamento de aluguel.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria submetida a reexame.

A Brasil Telecom S/A ingressou com Ação Rescisória contra Cláudia Orsini Platzeck, visando rescindir o acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal, que negou provimento ao recurso de apelação cível nº 2005.000397-7 e que deu provimento ao recurso adesivo de da ora ré, reconhecendo a sucumbência recíproca das partes, mantendo o entendimento da magistrada de primeiro grau, que julgou parcialmente o pedido formulado nos autos da ação de reintegração de posse nº 030.04.000908-4, para: a) reintegrar a autora na posse da área cedida em comodato à ré; b) condenar a ré no pagamento de aluguel à autora, no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, a partir de 22/07/03, com suporte no art. 485, incisos V e IX do CPC.

Transitado em julgado o acórdão adveio a presente ação rescisória, em que a autora argumenta, principalmente, que a sentença o fora extra petita, com literal ofensa aos artigos 128 e 460 do CPC; que houve mácula à ampla defesa e ao contraditório, questionando sempre o possível erro de ter o magistrado concedido à ora ré aluguéis diários, substitutivos das astreintes, sem que ela os tivesse solicitado.

Tanto o relator quanto o revisor julgaram improcedentes o pedido contido na ação rescisória, tendo o 1º vogal, desembargador Vladimir Abreu da Silva, julgado parcialmente procedente o pedido.

Tenho reiteradas vezes dito que é árdua ou quiçá impossível definir com precisão o traço característico pelo qual se reconhece um direito e o que o faz discernir, sem possibilidade de hesitação, dos fenômenos sociais.[14]

É incumbência das mais difíceis dar uma concepção de direito, mormente em seu aspecto ético. Relembra Miguel Reale que a conceituação ética do direito, que coloca a coação como elemento externo e não como elemento intrínseco da própria vida jurídica, não coube a um jurista, mas sim ao poeta Dante Aliguieri, para quem "o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a".[15]

Depois de afirmar, em sua introdução, que o encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente, Tércio Sampaio Ferraz Jr esclarece que o direito aparece, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do status quo, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.[16]

Indubitável que quanto maior a incoerência e contradição no conceito das normas de um direito, menos são possíveis as definições, como alertou Hegel, ao exemplificar que nenhuma definição de homem será possível no direito romano, pois não seria possível subsumir-lhe aquele de escravo, cujo estado é, antes de mais nada, uma violação a esse conceito.[17]

Se o direito é a ordem da convivência humana, sob a exigência da Justiça, ordem que numa determinada comunidade jurídica se sabe vinculante a cada momento[18] *ou se é um complexo de normas coercitivas vigentes em determinado Estado, que coloca em destaque a norma e sua realização através da coação,*[19] *cumpre indagar a que serve esse conjunto de regras e como aplicá-lo, diante de pluralidade de concepções epistemológico-jurídicas ricas em conceitos estruturais. Ainda, como aplicá-lo diante da existência de um contrato, como pacto de manifestação de vontade que, a princípio, pressupõe a existência de inúmeras cláusulas e condições, mormente complexas e que requer do aplicador do direito redobrada atenção em sua interpretação.*

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini[20] *lecionam sobre a chamada "relativização da coisa julgada", sob o enfoque da necessidade de priorizar valores que, em muitas oportunidades, demonstram-se mais relevantes que a segurança decorrente do manto da coisa julgada, sendo certo que esta não pode e não deve ser conquistada a qualquer preço, ainda mais se este se consubstanciar na imposição de carga deveras onerosa a uma das partes, sem que a outra de fato faça jus a este direito:*

14 PICARD, Edmond. **O direito puro**, Lisboa: José Bastos & Cia. [s.d.], p. 29.

15 ALIGUIERI. Dante, *apud* Miguel REALE, **Lições preliminares de direito**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

16 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 31.

17 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770 – 1831, professor na Universidade de Berlim, onde ingressou em 1817, tornando-se Reitor em 1829. Princípios da filosofia do direito, São Paulo: Ícone, 1997, p. 40.

18 LARENZ, Karl; **Metodologia da ciência do direito**, t. I, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 208.

19 IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**, v. I, Rio de Janeiro: Rio, 1979, p.173.

20 Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: **teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 507-508.

Nos últimos anos se vêm registrando uma tendência, por parte respeitável dos processualistas brasileiros, no sentido de se atribuir menor valor ao instituto da coisa julgada que, como se viu, visa a realizar, no plano dos fatos, o valor segurança. Segundo alguns, portanto, tal valor devia ceder passo a outros valores, igualmente relevantes, em certas circunstâncias excepcionais. A essa tendência de-se o nome de "relativização da coisa julgada.

Alguns autores, assim como algumas decisões dos Tribunais, têm entendido que há valores merecedores de proteção mais acentuada por parte do sistema jurídico do que a segurança. Portanto, e nessa linha de raciocínio, sentenças evidentemente imorais ou inconstitucionais não transitariam em julgado. Estas últimas ficariam, aliás, segundo esse ponto de vista, fora da abrangência do art. 485, V, do Código de Processo Civil, ou seja, não seriam rescindíveis por terem ofendido texto de direito positivo, pois, em rigor, padeceriam de vício muito mais grave, que as impediria de ficar acobertadas pela autoridade da coisa julgada. (...).

Então, o ponto nuclear da discussão sobre a "relativização" reside na seguinte pergunta: é admissível a revisão atípica da coisa julgada? Por um lado, não é possível descartar que excepcionalmente, em casos concretos, a coisa julgada – que é sem dúvida uma garantia fundamental constitucional – preste-se a acobertar sentença manifestamente viole outros direitos fundamentais. Quando isso ocorrer, deverão a princípio ser usados os meios típicos de impugnação da coisa julgada (ação rescisória, embargos do art. 741, parágrafo único etc.). No entanto, quando não for admissível o emprego dos meios típicos (seja porque o caso não se enquadra em suas hipóteses de cabimento, seja porque já se esgotou o prazo para o meio típico), não parece viável uma solução absoluta, na base do "ou tudo ou nada". Nem é possível dizer que sempre cairá por terra a coisa julgada, nem é possível afirmar o exato oposto, no sentido de que seria sempre vedada a revisão atípica. Não há como deixar de aplicar em tais hipóteses o princípio da proporcionalidade. Seja como for, um dado parece fundamental: ainda que se admita a revisão atípica da coisa julgada nessas hipóteses, na medida do possível haverá de se observar, em rigorosa simetria, a competência originária e o modelo procedimental da ação rescisória – sob pena de haver sacrifícios à segurança jurídica e à operacionalidade do sistema ainda maiores do que os necessários (o que seria incompatível com o princípio da proporcionalidade). (...).

Fiz essa digressão para que pudesse avaliar se o intérprete deve se apegar às normas rígidas e quase que inflexíveis do processo civil idealizado por Alfredo Buzaid, com muita inspiração em Liebman, Carnelutti e Chiovenda, ou se deve flexibilizar as normas que regem a ação rescisória, para que prevaleça o sentido ético moral do direito.

O caso destes autos é peculiar.

A ré ingressou com ação de reintegração na posse contra a autora, com base em contrato de comodato, sem pedir que o juiz fixasse aluguéis pelo tempo indevido de ocupação do pequeno imóvel. A juíza de então julgou procedente a ação possessória, condenando a Brasil Telecom a pagar à autora da referida ação aluguel "no montante de R$ 500,00 (quinhentos reais) diários, a partir de 22/07/03"(f.67-TJ), o fazendo, a meu ver, hostilizando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ao argumento de ter ocorrido afronta aos artigos 128 e 460 do CPC, o ilustre 1º Vogal julgou parcialmente procedente a ação rescisória, dizendo que, ao invés de acolher-se a pretensão da ora ré, no sentido de que fosse arbitrada multa cominatória para a desocupação da área, determinou o juízo o pagamento de aluguel diário, extrapolando, dessa forma, os limites do pedido.

Inquestionável que a ré, em sua inicial, pleiteou multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), "como fator de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel" (sic, f.124-TJ).

Ora, se efetivamente pretendesse a ré receber aluguéis, o teria feito de forma expressa, à exemplo do pedido de condenação de "indenização por danos materiais e morais na importância de R$ 300.000,00" (sic, f. 124-TJ), o que propiciaria estabelecer o contraditório e, acima de tudo, parâmetro objetivos para a fixação dos referidos aluguéis.

Afinal, não é preciso ser especialista no ramo imobiliário para chegar-se à conclusão da exorbitância de um aluguel diário de R$ 500,00, para um imóvel sem benfeitorias de 8.281m2, situado no município de Santa Rita do Pardo, o que daria, em tese, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) de aluguel por mês, hostilizando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, implícitos na Constituição Federal.

Também com base nesse raciocínio, o ilustre 1º Vogal optou em julgar parcialmente procedente o pedido, para aplicar e fixar apenas a astreinte, em clara obediência aos limites impostos pelo pedido efetivamente formulado.

Dito isto, resta plenamente evidenciado, a meu ver, que a hipótese posta em análise subsume-se à previsão do art. 485, inc. V, do CPC, que prevê que A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei.

Isto porque, o art. 128 da mesma lei civil instrumental estabelece que O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

E, ainda, está atingido o art. 460, caput, do CPC, que impõe que É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Ora, não é aceitável compreender a fixação de aluguéis em favor da ré como decorrência lógica do pedido constante da inicial da ação originária, que continha solicitação de arbitramento de astreinte, uma vez que como não foi formulada tal pretensão de forma expressa, a empresa-autora viu-se surpreendida com tal condenação, sem que lhe fossem asseguradas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por maior que seja o esforço interpretativo que se faça, não se afigura plausível pretender imputar à empresa-autora a previsibilidade acerca da possibilidade de se arbitrar aluguéis ao invés de multa coercitiva, o que implica dizer que decisum desta natureza lhe cerceia inteiramente o direito de combater tal pretensão.

Em verdade, os limites do pedido foram ultrapassados quando da análise da matéria, o que acarretou a prolação de sentença, que contém condenação diversa da postulada pela parte ora ré quando ingressou com a ação de reintegração na posse, sendo manifesta a necessidade de sua desconstituição.

Até porque, e agora apreciando a questão sob o enfoque da relativização da coisa julgada, não se pode considerar justa uma condenação que obrigue a empresa-autora a pagar à ré, a título de aluguéis, valor que, em 2010, alcançava o importe atualizado de R$ 2.670.934,58 (dois milhões, seiscentos e setenta mil, novecentos e trinta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), quando o preço do pequeno pedaço de terra ocupado é consideravelmente inferior. De ver-se que a condenação, ao que tudo indica, estaria hoje em mais de quatro milhões de reais, numa afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É importante repisar que a fixação de aluguel sem que haja pedido expresso neste sentido é abusiva, ainda mais no valor em que o foi, qual seja, R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia.

O verdadeiro escopo da jurisdição é trazer justiça ao caso concreto, pacificando o conflito social formado entre as partes. A condenação em discussão nitidamente não se presta para este fim, tendo em vista que, como dito, afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os seguintes julgados corroboram a possibilidade de se desconstituir sentença extra petita por intermédio da ação rescisória:

AÇÃO RESCISÓRIA. POLÍTICA SALARIAL. REAJUSTES DA LEI Nº 10.395/95. SUCESSORES DE EX-SERVIDORA ESTADUAL. SENTENÇA EXTRA PETITA. SENTENÇA RESCINDIDA. Sentença que decidiu acerca de questão diversa daquela postulada pela parte autora, violando os arts. 128 e 460 do CPC, devendo, portanto, ser desconstituída. Caso em que os autores postularam, na qualidade de sucessores, o pagamento dos reajustes da Lei nº 10.395/95 sobre os proventos recebidos pela ex-servidora estadual falecida e a sentença condenou ao pagamento dos reajustes sobre o pensionamento. Necessidade de prolação de nova sentença, sob pena se supressão de um grau de julgamento. Ação rescisória julgada procedente. (TJRS; AR 242566-53.2012.8.21.7000; Santo Cristo; Terceira Câmara Especial Cível; Relª Desª Leila Vani Pandolfo Machado; Julg. 11/12/2012; DJERS 19/12/2012).

AÇÃO RESCISÓRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ARTIGO 485, V, DO CPC. Ação rescisória que pauta o pedido de violação a literal disposição de Lei em razão de sentença proferida em ação declaratória de inexistência de dívida, que condenou o ora autor ao pagamento de indenização por danos morais mesmo sem pedido da parte interessada. Sentença ultra petita. O julgador, ao prolatar a sentença, deve enfrentar todos os pedidos formulados pelo autor, nos exatos limites em que propostos, sendo-lhe vedado julgar além do pedido (ultra petita), aquém (citra petita) ou fora (extra petita) daquilo que foi postulado na inicial. Inteligência dos artigos 128 e 460 do CPC. Adequação dos honorários advocatícios arbitrados naquela ocasião a readequação ora determinada. Concessão do benefício da gratuidade judiciária ao demandado. Ação rescisória julgada procedente. (TJRS; AR 33152-49. 2011. 8. 21. 7000; Porto Alegre; Décima Terceira Câmara Cível; Relª Desª Angela Terezinha de Oliveira Brito; Julg. 29/09/2011; DJERS 30/01/2012).

Rescisória. Sentença prolatada em ação de despejo. Violação de literal disposição de Lei. Condenação extra petita ao pagamento de preço da locação, a pretensão restringindo-se à rescisão do contrato e ao despejo. Conformação da relação processual da ação rescisória. Ilegitimidade de partes que não compuseram os polos ativo e passivo da demanda em que prolatada a sentença rescindenda. Invalidade parcial reconhecida. Prolação de nova decisão e conformação correta da condenação principal e acessória do ônus da sucumbência. Pedido procedente. (TJSP; AR 0449569-56.2010.8.26.0000; Ac. 5843284; Indaiatuba; Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alfredo Attié; Julg. 11/04/2012; DJESP 26/06/2012).

AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. REAJUSTES DA LEI Nº 10.395/95 SOBRE GRATIFICAÇÃO PERCEBIDA NO EXERCÍCIO DE CARGO COMISSIONADO. SENTENÇA EXTRA PETITA. SENTENÇA RESCINDIDA. Sentença que decidiu acerca de questão diversa daquela postulada pelo autor, violando os arts. 128 e 460 do CPC e merecendo, portanto, ser desconstituída. Caso em que a autora postulou o pagamento e a implantação dos reajustes da Lei nº 10.395/95 sobre a gratificação percebida pelo servidor enquanto exerceu cargo comissionado e a sentença condenou ao pagamento dos reajustes sobre o vencimento básico. Necessidade

de prolação de nova sentença, sob pena se supressão de um grau de julgamento. Ação rescisória julgada parcialmente procedente. (TJRS; AR 407916-64.2010.8.21.7000; Porto Alegre; Terceira Câmara Especial Cível; Relª Desª Leila Vani Pandolfo Machado; Julg. 13/09/2011; DJERS 16/09/2011).

Assim, seja com base na violação literal a dispostivo da lei, tendo em vista tratar-se de sentença extra petita aquela que fixa aluguéis quando tal pedido não consta do rol formulado pela ré em sua petição inicial, ou mesmo da necessidade de relativizar a coisa julgada nas hipóteses em que o decisum está em manifestamente em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, vê-se respaldo na pretensão autoral, devendo a presente ação rescisória ser julgada parcialmente procedente.

Conclusão

Ante o exposto, acompanho integralmente os termos do voto do 1º Vogal, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado por Brasil Telecom S.A., para rescindir a sentença proferida nos autos da ação de reintegração de posse n. 0000908-21.2004.8.12.0030, que tramitou perante o juízo da comarca de Brasilândia, bem como o acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal, no julgamento da apelação cível n. 0000908-21.2004.8.12.0030, excluindo-se do capítulo da condenação o pagamento de aluguel.

Da mesma forma, nos termos do que dispõe o artigo 494 do CPC, promove-se novo julgamento, ficando a autora condenada ao pagamento de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, limitada ao período máximo de noventa dias, nos termos do artigo 461, § 4º combinado com o artigo 931, do CPC.

Acompanho, pois, o voto do 1º Vogal, inclusive na questão relativa às custas, honorários e depósito.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (3º vogal)

Pedi vista para melhor análise dos autos, e verificando os pormenores do caso tenho que a decisão do Douto 1° Vogal se direciona no sentido correto, razão pela qual o acompanho.

Pelo sistema processual civil brasileiro o autor é quem fixa os limites da lide, quando deduz em juízo sua pretensão, consoante dispõe o art. 128 do CPC, sendo que, uma vez fixados, vincularão o juiz e guiarão a sentença, que deverá manter correlação com o pedido formulado, nos termos do artigo 460 do CC, in verbis:

"Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

(...)

Pela análise detida dos autos tem-se que a autora da ação de reintegração de posse pleiteou aplicação de multa diária, conforme se verifica da inicial, no termos:

"(...) Isto posto vem requerer seja a presente ação julgada procedente para condenar a Ré a pagar honorários advocatícios, custas e despesas judiciais e demais cominações legais. Requer ainda

a) reintegração imediata na posse;

b) aplicação de multa diária a contar da data de sua constituição em mora (22 de maio de 2003) até a efetiva desocupação, ora sugerida de R$ 500,00 (a que V.Exa arbitrar) para funcionar como fato de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel;

c) pagamento por indenização por danos materiais e morais na importância de R$ 300.000,00 (ou que V.Exa estabelecer)

d) a condenação da ré à obrigação de fazer em demolir a torre e deixar de operar com a antena;

e) finalmente a produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente pericial e testemunhal.

Desta feita, a decisão do magistrado de primeiro grau demonstra-se equivocada, pois em momento nenhum foi feito o pedido expresso de arbitramento de aluguéis.

Tem-se que estamos diante da violação ao princípio da adstrição, também conhecido como princípio da congruência, o qual garante que o Juiz não se furtará de analisar a lide nos exatos limites em que lhe foi ofertada, lhe sendo defeso o julgamento que deixe de apreciar qualquer das questões postas ou que julgue além ou de maneira diversa da inicialmente pretendida pela parte autora.

O arbitramento de aluguéis induvidosamente foi além do pedido demandado na inicial, demonstrando-se a decisão extra petita.

(...)

Quanto a matéria, o Superior Tribunal de Justiça esposa o entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Havendo julgamento de pedido estranho à lide, é imperioso o reconhecimento do julgamento extra petita, que consequencializa a nulidade do decisum e a prolação de nova decisão. 2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1118668/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 01/10/2010) (destaquei)

Ademais, como bem consignado pelo ilustre 2° vogal, além de ter sido fixada a sentença fora do pedido inaugural, "não se pode considerar justa condenação que obrigue o pagamento, à título de aluguéis, valor que em 2010 alcançava o importe atualizado de R$ 2.670.937,58, quando o preço do pequeno pedaço de terra ocupado é consideravelmente inferior."

Por outro lado, a multa não pode ser fixada em valor ínfimo a prestigiar o descumprimento da ordem de reintegração, tendo em vista o caráter sancionatório-coercitivo, ou seja, a função de intimidar ou forçar o cumprimento da obrigação.

Conforme destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"(...) Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente por que 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 obriga-lo a cumprir

a obrigação de forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação na forma específica. Vale dizer, o devedor deve sentir 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, 13ª ed., Revista dos Tribunais, SP: 2013)

Dessarte, peço vênia par divergir do douto Desembargador 1° Vogal somente quanto ao prazo de limitação aplicado à multa cominatória, tendo em vista a função que esta deve exercer bem como todas as circunstâncias do caso, razão pela qual entendo que a limitação deve ser majorada ao período máximo de 365 dias. No mais, acompanho-o.

Nesses termos, conforme bem explanado pelo Des. Vladimir Abreu da Silva no seu voto do presente recurso, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

(...) Conforme mencionou o Relator, apesar de a querela judicial perdurar por mais de uma década, o debate do presente recurso circunscreve-se exclusivamente sobre a prevalência (ou não) do voto vencido, que julgou improcedente o pedido formulado na ação rescisória, mantendo-se a sentença que determinou a reintegração de posse da embargante Cláudia, fixando-se aluguéis por dia para a empresa Brasil Telecom, em razão do contrato de comodato.

Não obstante o entendimento exarado pelos ilustres Desembargadores que proferiram seu voto até o presente momento, já havia inaugurado divergência quando do julgamento da Ação Rescisória, de modo que mantenho a mesma conclusão.

Ao meu ver, tanto a sentença como o acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível afrontaram os artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigos 141 e 492 do CPC/15), porquanto, ao invés de acolher a pretensão da autora para que fosse arbitrada multa cominatória para a hipótese de descumprimento da ordem judicial para desocupação da área, determinaram o pagamento de aluguel, extrapolando, dessa forma, os limites do pedido.

Segundo se extrai da inicial da demanda de reintegração de posse, a autora assim formulou seu pedido (f. 124 – Ação Rescisória): "Isto posto vem requerer seja a presente ação julgada procedente para condenar a Ré a pagar honorários advocatícios, custas e despesas judiciais e demais cominações legais. Requer, ainda, a a) reintegração imediata na posse; b) aplicação de multa diária a contar da data de sua constituição em mora (22 de maio de 2003) até efetiva desocupação, ora sugerida de R$ 500,00 (a que V. Exa arbitrar) para funcionar como fator de pressão sobre a comodatária para compeli-lo a desocupar o imóvel; c) pagamento de indenização por danos materiais e morais na importância de R$ 300.00,00 (ou que V. Exa estabelecer); d) a condenação da ré à obrigação de fazer consistente em demolir a torre e deixar de operar com a antena (...)."

Conquanto a cominação de astreintes não esteja sujeita à coisa julgada e possa ser majorado/diminuído seu montante, eventual pedido de condenação ao pagamento de aluguéis deveria ter sido objeto de pedido expresso desde a inicial, o que não ocorreu no presente caso.

O fato de a embargante Cláudia, à época, ter sustentado que deveria ser ressarcida pelo uso da área de sua propriedade, fazendo entender que faria jus ao percebimento de aluguel, não justifica a mudança do seu pedido, pois apenas pleiteou o arbitramento de multa cominatória diária (tanto que foi expressa que requeria as astreintes apenas para compelir a empresa Brasil Telecom a desocupar a área), não o recebimento de alugueis.

Caso realmente pretendesse receber alugueis pelo uso injusto da área, repise-se, deveria formular pedido expresso, o que além de legitimar sua pretensão, propiciaria à empresa Brasil Telecom S/A se contrapor, questionando até mesmo o valor do aluguel pretendido.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 472.276/SP já destacou que se deve "primar pela obediência ao princípio da correlação ou da congruência existente entre o pedido formulado e a decisão da lide já que o próprio autor impôs os limites em que pretendia fosse atendida a sua pretensão".

O princípio da congruência é preceito processual orientador de construção das decisões judiciais, segundo o qual ao juiz cabe decidir a lide de acordo com seus contornos objetivos, não lhe sendo lícito conceder bem maior ou estranho ao pedido, como também vedada a omissão às questões fáticas suscitadas ou mesmo quanto à causa de pedir ou pedido deduzido.

Assim estavam dispostos os artigos violados:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Da forma como restou decidido, o Juízo singular arbitrou o pagamento de aluguel, em afronta aos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil/73, além de prejudicar a ampla defesa e o contraditório, inviabilizou o questionamento desse valor em sede de cumprimento de sentença.

Portanto, mantenho o mesmo entendimento outrora exposto na Ação Rescisória a fim de afastar a condenação ao pagamento de aluguel no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, a partir da 22/07/03; mantendo-se a condenação da empresa Brasil Telecom ao pagamento de multa diária, exatamente conforme como requerido na ação de reintegração de posse para o caso de não cumprimento da ordem de reintegração na posse.

A respeito da limitação da multa, conforme já mencionado neste voto, prevaleceu o voto-médio da lavra do Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, que estendeu a limitação da multa para 365 dias, o que deve ser mantido.

Por tais razões, rogando vênia ao ilustre relator, acompanho na íntegra a dissidência conforme exposta pelo 3° vogal, Des. Vladimir Abreu da Silva, mantendo a decisão da ação rescisória que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Brasil Telecom S/A para excluir a condenação ao pagamento de alugueis, arbitrando-se, em substituição, astreintes no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) para a hipótese de descumprimento da ordem judicial de reintegração de posse, limitada ao período máximo de 365 dias, nos termos do art. 461, § 4° c.c. o art. 931, ambos do CPC/1973, a contar do trânsito em julgado da sentença cujo montante será calculado por meio de liquidação de sentença, rejeitando, assim os presentes embargos infringentes.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (8ª vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (11º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 07 de junho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0380114-59.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – ALEGADA NULIDADE DA EXECUÇÃO POR NÃO CONSTAR NA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA OS NOMES DE TODOS OS CORRESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS – DESNECESSIDADE – ESCOLHA QUE CABE AO CREDOR DIANTE DA SOLIDARIEDADE EXISTENTE ENTRE OS CO-PROPRIETÁRIOS DOS IMÓVEIS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE REJEITOU A PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DE A DEMORA NA CITAÇÃO TER OCORRIDA POR CULPA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Presente a responsabilidade solidária de todos os proprietários do imóvel sobre o qual incidentes os tributos objeto da execução, compete ao credor, e somente a ele, o direito de exigir de qualquer deles o pagamento integral do seu crédito, motivo pelo qual não existe nulidade no título executivo fiscal (CDA) em que conste o nome de apenas um dos proprietários.

Quando o despacho que determina citação do devedor é proferido antes da entrada em vigor da alteração legislativa inserida pela Lei Complementar 118/05, tem-se que a interrupção da prescrição do crédito tributário somente ocorre com a citação válida do contribuinte executado.

Noutro norte, é pacífica a orientação pela aplicabilidade do § 1º do art. 219 do CPC/73 às execuções fiscais para cobrança de crédito tributário, já tendo o Superior Tribunal de Justiça pacificado o entendimento no sentido de que, ajuizada tempestivamente a ação, a citação válida do demandado faz com que a interrupção da prescrição retroaja ao momento da sua propositura (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.5.2010).

Desse modo, ajuizada a execução fiscal dentro do prazo prescricional de cinco anos e constatada pelas peculiaridades do caso concreto que a demora na citação do devedor não foi ocasionada por desídia da Fazenda Pública Municipal, mas sim pela morosidade do Judiciário, merece ser mantida a sentença que não acolheu a prescrição do crédito tributário, aplicando, de forma correta, o enunciado contido na súmula n.º 106 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Antônio Rodrigues dos Santos interpõe recurso de apelação contra sentença de f. 145-158, em que a juíza da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande julgou improcedentes os pedidos formulados pelo ora apelante na ação de embargos à execução fiscal que ajuizou em desfavor do Município de Campo Grande.

Em suas razões recursais (f. 162-173), o apelante sustenta a nulidade da execução em razão de não constar na certidão da dívida ativa o nome de todos os corresponsáveis tributários. Destaca que a lei obriga que conste na certidão da dívida ativa que acompanha a execução o nome de todos os devedores, obrigação que deve ser cumprida para que não se torne letra morta o artigo 2º, §5º, inciso I da Lei de Execução Fiscal, como também os artigos 202, inciso I e artigo 203, *caput* do Código Tributário Nacional.

Quanto a prescrição do crédito tributário, assevera: que, à época dos fatos, vigorava o preceito legal segundo o qual apenas a citação válida do executado possuía o condão de interromper o prazo prescricional; que o mandado de citação foi expedido em março de 2005, época em que o IPTU e a contribuição de melhoria do ano de 2001 ainda não se encontravam prescritos; que o Município de Campo Grande ficou inerte pois não tomou providências para que o mandado de citação fosse expedido antes da data nele constante e nem encetou esforços para que o mandado de citação fosse cumprido antes de outubro de 2008; que a inércia do credor restou demonstrada porque após o ajuizamento da ação de execução fiscal, o Município de Campo Grande somente voltou a se manifestar nos autos em 17 de janeiro de 2017, ou seja, em época em que todos os créditos cobrados já estavam prescritos e assim, diante de tais peculiaridades, é inaplicável o enunciado contido na súmula 106 do STJ ao caso dos autos, não se podendo falar em culpa do Judiciário pela demora da citação do executado, pois a culpa deve ser atribuída a inércia do exequente e, via de consequência, deve ser reconhecida a prescrição do crédito tributário, prejudicial incorretamente afastada em primeiro grau.

O apelante prequestiona diversos dispositivos da legislação federal, requerendo, ao final, a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados nos embargos, com a consequente extinção da execução, com julgamento de mérito.

O Município de Campo Grande apresentou contrarrazões à f.182-190.

VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (relator)

Antônio Rodrigues dos Santos interpõe recurso de apelação contra sentença de f. 145-158, em que a Juíza da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande julgou improcedentes os pedidos formulados pelo ora apelante na ação de embargos à execução fiscal que ajuizou em desfavor do Município de Campo Grande, afastando suas alegações de prescrição e ilegalidade do crédito tributário.

Em suas razões recursais (f. 162-173), o apelante sustenta a nulidade da execução por não constar na certidão da dívida ativa o nome de todos os corresponsáveis tributários. Destaca ser obrigação legal constar na certidão da dívida ativa o nome de todos os devedores, obrigação que deve ser cumprida para não se tornar letra morta o artigo 2º, § 5º, inciso I da Lei de Execução Fiscal, como também os artigos 202, inciso I e artigo 203, *caput* do Código Tributário Nacional.

Quanto a prescrição do crédito tributário, assevera: que, à época dos fatos, vigorava o preceito legal segundo o qual apenas a citação válida do executado possuía o condão de interromper o prazo prescricional; que o mandado de citação foi expedido em março de 2005, época em que o IPTU e a contribuição de melhoria do ano de 2001 ainda não se encontravam prescritos; que o Município de Campo Grande ficou inerte pois não tomou providências para que o mandado de citação fosse expedido antes da data nele constante e nem encetou esforços para que o mandado de citação fosse cumprido antes de outubro de 2008; que a inércia do credor restou demonstrada porque após o ajuizamento da ação de execução fiscal, o Município de Campo Grande somente voltou a se manifestar nos autos em 17 de janeiro de 2017, ou seja, em época em que todos os créditos cobrados já estavam prescritos e assim, diante de tais peculiaridades, é inaplicável o enunciado contido na súmula 106 do STJ ao caso dos autos, não se podendo falar em culpa do Judiciário pela demora da citação do executado, pois a culpa deve ser atribuída a inércia do exequente e, via de consequência, deve ser reconhecida a prescrição do crédito tributário, prejudicial incorretamente afastada em primeiro grau.

O apelante prequestiona diversos dispositivos da legislação federal, requerendo, ao final, a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados nos embargos, com a consequente extinção da execução, com julgamento de mérito.

O Município de Campo Grande apresentou contrarrazões à f.182-190.

Extrai-se da leitura das razões de apelação que as duas matérias devolvidas ao exame deste Tribunal são as seguintes: a alegada nulidade da certidão da dívida ativa, que é o título que serve de amparo para o ajuizamento da ação de execução fiscal e a prescrição do crédito tributário.

Examino tais matérias, em capítulos separados.

Da nulidade da execução fiscal por não constar na certidão da dívida ativa os nomes de todos os corresponsáveis tributários.

O apelante assevera que não consta na certidão da dívida ativa o nome de todos os corresponsáveis tributários e que tal fato torna nula a execução fiscal embargada em razão de suposta afronta ao artigo 2º, §5º, inciso I, da Lei de Execução Fiscal (Lei 6830/1980), bem como os artigos 202, inciso I e 203, *caput* do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966).

Razão não lhe assiste.

Primeiramente, esclareço que é fato incontroverso que o apelante é devedor de IPTU, isto por ele ser proprietário dos imóveis de inscrições imobiliárias n.02870140137, 02870140331 e 02870140480.

Sendo assim, o não pagamento dos tributos que recaem sobre os mencionados imóveis torna o apelante, parte legítima, para figurar no polo passivo da ação de execução fiscal aqui embargada.

Noutro norte, verifico ser verdadeira a alegação do embargante de não ser ele o único proprietário dos imóveis em questão, haja vista que consta, ainda, como proprietários, os Srs. Reginaldo José da Silva e João Abadio Rodrigues da Silva.

Aliás, mencionados coproprietários pretenderam compor o polo ativo da ação de embargos à execução fiscal, pretensão que foi rejeitada pela julgadora de primeiro grau na sentença recorrida, o que ocorreu por meio dos seguintes fundamentos:

> *O fato de os embargantes Reginaldo José da Silva e João Abadio Rodrigues serem co-proprietários do imóvel de incidência do IPTU não os torna automaticamente sujeitos passivos da execução fiscal.*

> *Isso porque, no momento do lançamento dos tributos, a autoridade fiscal elegeu apenas um dos co-proprietários como sujeito passivo tributário, de forma que a execução fiscal, por ser fundada no título executivo fiscal (Certidão de Dívida Ativa), somente poderia ser ajuizada em face de quem foi realizado o lançamento, não sendo possível a mera inclusão dos demais contribuintes no polo passivo da ação, sem que tenham sido regularmente notificados do lançamento e inscritos em dívida ativa.*

Nesse sentido:

> *(...) 3. É que, resulta cediço na Corte que: a. Iniciada a execução, é vedada a substituição da CDA para a inclusão do cônjuge sobrevivente na condição de contribuinte do IPTU (CTN, art. 34) e não como sucessor (CTN, art. 131, II). b. É que a presunção de legitimidade da CDA alcança as pessoas nela referidas. Por isso que este e. STJ firmou entendimento no sentido de que "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). Precedente: REsp 1045472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 18/12/2009 c. In casu, o cônjuge supérstite não é sucessor do cônjuge falecido, senão titular da metade do imóvel.*
>
> *6. No mesmo sentido: "Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc.., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA. (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205).*
>
> *In casu, incontroverso que a ora recorrente é co-proprietária do imóvel tributado, do mesmo modo, irrefragável que os lançamentos de ofício do IPTU e da TLCVLP foram realizados exclusivamente em nome do "de cujus", por opção do fisco municipal, que poderia tê-los realizado em nome dos co-proprietários. (...)*
>
> *10. Recurso especial provido. (REsp 1124685/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 03/11/2010)*
>
> *Não sendo possível a inclusão dos embargantes Reginaldo José da Silva e João Abadio Rodrigues da Silva no polo passivo da execução fiscal em apenso, falta-lhes legitimidade para o ajuizamento dos presentes embargos à execução, razão pela qual, em face destes, o feito deve ser extinto, sem resolução do mérito nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.* (Sentença f.148).

Desta feita, uma vez mantido somente o apelante no polo ativo da ação de embargos à execução fiscal, haja vista a impossibilidade de ser modificada a certidão da dívida ativa após a prolação da sentença para nela ser incluída os coproprietários, nos termos da fundamentação acima transcrita, concluiu a julgadora de primeiro grau pela inexistência de vício no título executivo, asseverando *in verbis*:

> *Defende que a CDA deveria conter o nome de todos os proprietários do imóvel de incidência do IPTU e que a não inclusão de parte deles acarretaria a nulidade da inscrição.*

> *No entanto, como já dito acima, o ente tributante ao realizar o lançamento o faz em nome do sujeito passivo tributário que o elege e, havendo responsabilidade solidária, como no presente caso, o lançamento em nome de apenas um dos co-responsáveis não o torna nulo.*
>
> *Insta salientar que o caso em tela não é de redirecionamento, uma vez que os co-proprietários do imóvel já o eram à época do lançamento dos tributos, de modo que a realização de lançamento sobre apenas um deve ser tratado como ato discricionário do ente tributante, não revestido de ilegalidade em face da solidariedade que afeta todos os proprietários.*
>
> *Impossível, neste caso, a substituição processual ou inclusão dos co-proprietários, portanto, sem que o Município de Campo Grande realizasse novo lançamento"* (Sentença f. 149).

O entendimento da magistrada está correto porque a realização do lançamento sobre o nome de apenas um dos proprietários do imóvel deve ser tratado como ato discricionário do ente tributante, não revestido de ilegalidade em face da solidariedade que afeta todos os demais coproprietários.

A propósito, segundo o artigo 34 do Código Tributário Nacional, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

E, em se tratando de coproprietários, a responsabilidade é solidária, na forma do artigo 124, I, do Código Tributário Nacional, em razão da qual cada um deles responde pelo todo, com o que ao credor é dado, *sponte sua*, eleger aquele ou aqueles em face dos quais pretende litigar.

Isto significa dizer que, sob o ponto de vista do direito material, perfeitamente possível o ajuizamento da execução fiscal em face de apenas um dos proprietários, de quem o exequente pode exigir a integralidade do seu crédito.

Julgando caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul produziu acórdão cuja ementa contém os seguintes dizeres:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. FATO GERADOR. PROPRIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. CO-PROPRIEDADE. CONTRIBUINTE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS CO-PROPRIETÁRIOS PERANTE O FISCO. ESCOLHA QUE CABE AO CREDOR.*
>
> *Presente a responsabilidade solidária de todos os proprietários do imóvel sobre o qual incidentes os tributos objeto da execução, ao credor, e somente a ele, com direito de exigir de qualquer deles o pagamento integral do seu crédito, cabe eleger em face de quem proporá a demanda. Ao fisco credor não se pode imputar movimentos destinados a resolver diferenças existentes entre os proprietários, que não lhe dizem respeito, como tal se tendo a inclusão, contra a sua vontade, de co-proprietário outro no polo passivo da execução. Agravo de instrumento desprovido.* (TJRS; AI 0126921-04.2017.8.21.7000; Porto Alegre; Vigésima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira; Julg. 12/07/2017; DJERS 18/07/2017)

Deste modo, a Fazenda Pública pode exigir tributo de apenas um dos devedores solidários, de forma que este, satisfazendo a dívida por inteiro, tem o direito de exigir de cada um dos codevedores a sua quota.

Portanto, ao contrário do que sustenta o apelante, o fato de não constar no título executivo o nome de todos os coproprietários dos imóveis objetos de tributação não torna nula a execução fiscal embargada

Da prescrição do crédito tributário

Por último, também entendo ter agido com acerto a sentenciante quando rejeitou a alegada prescrição do crédito tributário.

O artigo 174 do Código Tributário Nacional determina que a prescrição do crédito tributário ocorre no prazo de cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva.

No caso dos autos, a execução fiscal embargada busca a satisfação de crédito tributário referente a IPTU do exercício do ano 2000, cuja constituição definitiva, ocorreu em 27 de janeiro de 2000; e do IPTU do exercício do ano de 2001, cuja constituição definitiva ocorreu em 25 de janeiro de 2001.

A execução fiscal embargada foi ajuizada em 12 de novembro de 2004 (f. 20), tendo, portanto, a ação para a cobrança do crédito tributário sido ajuizada dentro do quinquênio previsto no artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Verifica-se que entre a data que foi ordenada a citação do embargante em 18 de novembro de 2004 (f. 20), até a data em que o Mandado de Citação e Penhora foi expedido em 02 de março de 2005 (f. 29), transcorreu 5 (cinco) meses.

Entre a data que o mandado foi entregue a Central de Mandados e recebido pelo oficial de justiça para cumprimento, em 30 de setembro de 2008 (f. 39) transcorreu mais de 03 (três) anos e 6 (seis) meses, tendo a citação finalmente efetivada em 02 de outubro de 2008 (f. 40).

No total, entre a data em que foi ordenada a citação até a sua efetivação, ocorreu 3 (três) anos e 11 (onze) meses, demora que deve ser atribuída a falha no mecanismo da Justiça.

Com efeito, não há como decretar a prescrição do crédito tributário pelo transcurso do prazo de mais de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e a citação do apelante/executado, porque cabia ao Juízo *a quo*, e não ao apelado/exequente, dar prosseguimento regular à ação de execução fiscal.

Tenho que a demora na citação do executado ocorreu, principalmente, por culpa do serviço judiciário, não podendo o Município ser responsabilizado pela demora de quase 4 (quatro) anos na prática de ato processual, haja vista que competia ao cartório judicial expedir o mandado de citação do executado.

O que se observa é que a Fazenda Municipal aguardava ato do juízo (citação da parte contrária), tendo em vista que a ação foi recebida de forma regular, sem conter nenhuma menção a necessidade de se emendar a inicial.

Assim, ao contrário do que sustenta o apelante, é perfeitamente aplicável ao caso a Súmula nº 106 do Superior Tribunal de Justiça, a seguir:

> *Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.* (Súmula 106, Corte Especial, julgado em 26/05/1994, DJ 03/06/1994 p. 13885).

Ao julgar caso semelhante, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, entendeu que não se deve atribuir ao exequente a demora na tramitação do processo se o representante da Fazenda Pública não foi intimado pessoalmente, como exige o artigo 25 da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

> *PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106 DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTE: RESP. 1102431/RJ, SUBMETIDO AO REGIME DE REPETITIVOS, ART. 543-C, DO CPC).*

1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário. REsp 1102431/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

2. A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1125797/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 16/09/2009; REsp 1109205/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 29/04/2009; REsp 1105174/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 882.496/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/08/2008, DJe 26/08/2008; AgRg no REsp 982.024/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 08/05/2008).

3. In casu, a Corte de origem fundamentou sua decisão no sentido de que a demora no processamento do feito se deu por culpa dos mecanismos da Justiça, verbis: "Não se há, pois, de atribuir ao exequente a demora na tramitação da cobrança, visto como seu representante não foi pessoalmente intimado a dizer sobre a malograda tentativa de citação, como exige o artigo 25 da Lei 6.830/80. Quase três anos se passaram, por isso, sem que o processo seguisse seu curso. Intimação das partes sobre os atos do processo também é dever do cartório. Assim, forçoso reconhecer que a tardança, no caso vertente, deu-se em razão do próprio mecanismo da Justiça. Por isso que perfeitamente aplicável a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

(...) Como se há de conceber, então, perda do direito de ação por parte da Fazenda Pública, em casos como o ora considerado, em que a intimação pessoal de seu procurador em providenciar o desenvolvimento do processo, após infrutífero intento de chamar o executado, deu-se com atraso de quase três anos?" (...)

Tivesse o município deixado de adotar as providências cabíveis, após a rápida e pessoal intimação de seu procurador a dar andamento ao feito, aí sim poder-se-ia cogitar de inércia ou de desídia. Aqui, todavia, a responsabilidade pela paralisação do curso do processo é mesmo do mecanismo da Justiça.

Em suma: ausência inércia da parte, a despeito do longo período em que sustado o fluxo do feito, de resto inteiramente imputável à ineficiência do judiciário, não já cogitar de prescrição dos créditos tributários. (fl. 93). (AgRg no Ag 1180563/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 07/06/2010).

O precedente acima transcrito pode ser aplicado ao caso destes autos na medida em que também aqui a morosidade na citação do executado deve ser atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, inexistindo nos autos elementos que possam concluir ter o Município de Campo Grande contribuído com a demora na citação do executado.

Dispositivo

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Antonio Rodrigues dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0825042-83.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AFASTADA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – DOCUMENTAÇÃO ROBUSTA – MÉRITO – FALTA DISCIPLINAR – ABANDONO DO CARGO – AFIRMAÇÃO DE QUE O PROCESSO ADMINISTRATIVO ESTÁ EIVADO DE ILEGALIDADES E OFENSAS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ILEGALIDADES NÃO CONFIGURADAS – ASPECTO RELIGIOSO NÃO IDENTIFICADO NA MOTIVAÇÃO DO ATO – DEMISSÃO MOTIVADA PELA AUSÊNCIA NO SERVIÇO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE A RELIGIÃO DA SERVIDORA PROIBIA O USO DE CALÇAS COMPRIDAS, QUE FAZ PARTE DO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL – PENALIDADE PROPORCIONAL À FALTA DESCRITA NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Demonstrado nos autos que a prova documental colacionada pelas partes contém todos os dados suficientes para o exame da alegação de invalidade de ato administrativo (o ato de demissão e o seu processo respectivo), resta justificado o julgamento antecipado, não havendo cerceamento do direito de defesa da apelante.

Tendo sido respeitados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, rejeita-se a alegação de nulidade de processo administrativo, o qual levou à demissão da apelante, por abandono do cargo.

Isso porque restou comprovado que a motivação para a aplicação da penalidade foi lastreada em fato atinente às faltas, em razão da negativa da servidora em usar calça comprida, parte do equipamento de proteção individual, e não pela religião por ela praticada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Nilce Moreira dos Santos interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 179-183) proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e dos Registros Públicos da Comarca de Campo

Grande, nos autos da ação anulatória ajuizada pela apelante em face do Município de Campo Grande, julgou improcedente o pedido para declaração de nulidade do processo administrativo, o qual decidiu pela sua demissão (em razão de abandono do serviço).

Alega, preliminarmente, que a sentença é nula, em razão do cerceamento do direito de defesa, porque é flagrante a necessidade de produção de provas, referentes às ilegalidades praticadas pelo apelado.

No mérito, aduz que o processo administrativo do qual resultou a demissão da apelante violou os princípios da isonomia, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como do devido processo legal e da proporcionalidade.

Requer seja dado provimento ao recurso.

O apelado, nas contrarrazões (f. 191-196), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (Relator)

Nilce Moreira dos Santos interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 179-183) proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e dos Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação anulatória ajuizada pela apelante em face do Município de Campo Grande, julgou improcedente o pedido para declaração de nulidade do processo administrativo, o qual decidiu pela sua demissão (em razão de abandono do serviço).

Alega, preliminarmente, que a sentença é nula, em razão do cerceamento do direito de defesa, porque é flagrante a necessidade de produção de provas, referentes às ilegalidades praticadas pelo apelado.

No mérito, aduz que o processo administrativo do qual resultou a demissão da apelante violou os princípios da isonomia, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como do devido processo legal e da proporcionalidade.

Requer seja dado provimento ao recurso.

O apelado, nas contrarrazões (f. 191-196), pugna pelo improvimento do recurso.

Consta dos autos que Nilce Moreira dos Santos ingressou com a presente demanda em face do Município de Campo Grande, alegando que sofreu perseguição por parte da administração municipal, pois foi impedida de continuar a exercer o seu cargo – agente comunitário de saúde – em razão da sua convicção religiosa (Igreja Congregação Cristã).

Sustentou que, no exercício do cargo, era necessário o uso de equipamento de proteção individual, composto por um conjunto de meios, dentre os quais se encontrava a calça, camisa, boné e botas (f. 09), mas, como sua religião não permitia o uso de calças, sofreu perseguição por parte dos seus superiores, com base na orientação religiosa.

Houve pedido de produção de prova testemunhal e de oitiva da própria autora (f. 173 e 176), mas, como o juízo *a quo* não considerou pertinente e necessária a instrução probatória, proferiu julgamento antecipado, resultando na improcedência da demanda.

Em razão da sua prejudicialidade, passo à análise da preliminar de nulidade da sentença, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento do direito de defesa, arguida pela apelante.

Segundo alega a apelante, houve cerceamento do seu direito de defesa, porque o juiz não permitiu que ela produzisse as provas requeridas no prazo legal.

De fato, a recorrente manifestou-se pela produção de prova oral, alegando que *"necessário se faz intimar as testemunhas para comprovar todo o ocorrido e como se deram os fatos descritos e ainda desmentir as inverdades proferidas pela requerida nestes autos"* (f. 173).

O juízo *a quo*, ao contrário do que pretendia a apelante, não abriu a instrução probatória, o que encontra amparo no atual art. 355, I, do CPC, justificado pela desnecessidade de realização de audiência, para a oitiva da parte ou de testemunhas.

E, em que pese a irresignação da apelante, a prova testemunhal não tem pertinência, no caso dos autos, pois o objeto da controvérsia é a demonstração de invalidade do processo administrativo, o qual teria sido motivado por questões religiosas.

Todavia, a prova documental contém todas as informações necessárias ao julgamento da causa, considerando-se o acervo juntado pela própria recorrente (f. 18-132), e os documentos apresentados pelo Município de Campo Grande (f. 161-171), os quais, sem adentrarmos no mérito, indicam claramente que o motivo da abertura de processo administrativo foi o alegado abandono de cargo, pois a apelante teria deixado de comparecer ao trabalho por recusar-se a utilizar todos os equipamentos de proteção individual (EPI), dentre eles a calça, ao invés de saia.

Também há informações suficientes sobre o histórico da apelante, quanto aos problemas funcionais anteriores, relacionados ao ano de 2004, envolvendo suspensão da servidora, em razão da não realização das visitas domiciliares (f. 18-83).

Isso quer dizer que a análise da ocorrência de quaisquer ilegalidades ou desproporcionalidades durante o processo administrativo pode ser feita com base em todos os atos praticados pela comissão processante, sem necessidade de realização de prova testemunhal.

Desse modo, não está caracterizado o cerceamento do direito de defesa, devido à prescindibilidade da prova testemunhal requerida pela apelante, no que tange à elucidação do fato controverso.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Mérito

No tocante ao mérito, constata-se que o recurso é bastante genérico, ao mencionar conceitos de princípios constitucionais a serem observados pela administração pública (eficiência, isonomia, legalidade, impessoalidade, proporcionalidade, moralidade, etc), consoante se vê pelas razões de f. 187-190.

Entretanto, o cerne da questão debatida nestes autos refere-se à configuração de ilegalidade no processo administrativo que levou à demissão da apelante.

A despeito de questionar a sua regularidade, a apelante não apontou a ocorrência de falhas no âmbito formal (desobediência aos procedimentos, prazos, direito de defesa), mas certamente fez suas críticas no que tange aos motivos e à motivação da autoridade administrativa, para a instauração do processo e da conclusão pela demissão da recorrente.

E, nesse sentido, constata-se que o motivo da instauração foi a ausência da apelante, por determinado período, consoante se verifica pelo teor do mandado de citação nos autos do processo administrativo nº 47.347/2009-18 (f. 84), onde há expressa referência às 48 (quarenta e oito) faltas consecutivas e injustificadas, no período de 07/05/2009 a 23/06/2009.

A apelante foi ouvida às f. 85-86, momento em que ela não negou as ausências, mas as justificou em razão da proibição de trabalhar sem o uso da calça, a qual faz parte do uniforme e equipamento de proteção individual.

No seu depoimento, a apelante não afirmou, categoricamente, que a sua chefia a proibiu de comparecer ao trabalho, por si só, ou que a questão referente ao uso de calça, supostamente em conflito com o seu alegado voto de fé, perante a Igreja Congregação Cristã, não pudesse ser resolvido, pois asseverou que "*(...) no ano de 2004, passou a frequentar a Igreja Evangélica Congregação Cristã no Brasil, localizada no bairro onde reside a mesma fez um voto de fé consistindo em não usar calça comprida, mas segundo informações da servidora/acusada, a igreja, não proíbe o uso de calça comprida no trabalho;*" (f. 85)

O uso de equipamento de proteção individual serve para cumprir com os aspectos de segurança e salubridade no exercício de determinadas funções, e, como a apelante estava trabalhando como agente comunitário de saúde, a exigência é um dever do Poder Público, e não uma faculdade.

Por outro lado, se a própria apelante declara que a sua igreja não proíbe o uso de calça para fins de trabalho, é evidente que a sua recusa à submissão às regras estabelecidas para todos os servidores que exercem a mesma função, justifica a proibição da autoridade competente, a qual tem um viés objetivo, e não religioso.

A testemunha Valéria Cristina Lopes Galo, que exerce o cargo de enfermeira instrutora e supervisora, declarou, na presença da recorrente e sem qualquer insurgência, que a apelante e outra servidora tiveram problemas com a negativa do uso dos EPI's, sob a justificativa de que havia uma vedação de cunho religioso, mas que somente a apelante continuou a se negar a obedecer às ordens superiores nesse sentido (f. 96-97).

No mesmo sentido é o depoimento prestado por Elizabeth Angelieri Furtado de Mendonça, gerente da UBS Celso lacerda Azevedo, na Vila Pioneira, a qual declarou que a exigência de uso obrigatório de EPI é do Ministério da Saúde, e que caso os agentes comparecessem sem o uniforme, deveriam ser mandadas de volta para casa, até que regularizassem a situação.

Referida servidora/testemunha informou, ainda, "*que a servidora apresentou atestado médico e no final da licença não mais retornou a trabalho; Que atualmente todos os agentes estão utilizando o EPI, inclusive servidoras evangélicas com exceção da servidora acusada (uso da calça comprida); Que as outras servidoras evangélicas pediram permissão aos seus pastores de suas igrejas, para fazer uso da calça comprida sendo liberadas pelos mesmos, uma vez que era o seu trabalho e o sustento de sua família. Foi aberto a oportunidade da servidora/acusada reperguntar ela nada quis proceder.*" (f. 99).

Ora, resta evidente que os elementos colhidos no procedimento administrativo apontam para a regularidade da imputação da falha consistente no abandono de cargo, pois a apelante, mesmo ciente da obrigatoriedade de uso de EPI, como, por exemplo, a calça comprida, não deveria simplesmente deixar de comparecer ao trabalho, mas sim buscar resolver a pendência com seu (sua) superior (a), como fizeram as demais servidoras evangélicas, as quais consultaram as lideranças religiosas de suas Igrejas, obtendo a liberação para o uso de calças compridas, desde que para o trabalho.

Ademais, a própria apelante confessou que não havia impedimento de uso de calça comprida para o exercício da função, no âmbito da sua Igreja, ficando evidenciado que o fundamento para a aplicação da pena de demissão da apelante é o descumprimento das normas que regem a sua atividade, conforme previsto no art. 171, da Lei Complementar Municipal nº 07/1996, de Campo Grande.

Outrossim, não há se falar em violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da legalidade, da moralidade, da igualdade, da impessoalidade, da proporcionalidade (art. 27, da CF), ou ao art. 5º, VIII, da CF, pois o cidadão não poderia invocar a crença religiosa como impeditivo do cumprimento de obrigações legais, ainda mais quando a própria interessada afirma não haver a proibição alegada por ela nos autos, no âmbito da Igreja na qual é membra.

Por fim, trago à lume as ponderações mencionadas na sentença, no tocante à alegada desproporcionalidade da punição aplicada à apelante:

> *(...) No mais, a decisão de demitir a servidora não foi abusiva e tão pouco desarrazoada e desproporcional, conforme sustenta, assim explico porque há nos autos prova inequívoca do abandono de emprego durante o período de 07/05/2009 a 23/06/2009, previsto no Art. 191, I do Estatuto dos Servidores Municipais (Lei Complementar n.7 de 30 de janeiro de 1996), e também nos moldes do Art. 189, II da mesma lei, para este tipo de falta do servidor a pena disciplinar aplicada será de demissão.*
>
> *No que toca aos danos morais estes são indevidos, à vista de que não houve nos autos comprovação da Administração ter demitido a autora baseada na sua consciência religiosa, em verdade a demissão se perpetrou unicamente por falta da servidora. (f. 182)*

Pelas razões acima enumeradas deve ser mantida, na íntegra, a sentença proferida em primeiro grau que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Desnecessário o prequestionamento expresso e detalhado de todos os dispositivos legais, tendo em vista a previsão expressa do art. 1.025, do CPC/2015.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa, arguida pela apelante, e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Nilce Moreira dos Santos.

Por fim, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/2015, fixo os honorários advocatícios em 300,00 (trezentos reais), majorando aqueles estabelecidos na sentença, considerando a reduzida complexidade da matéria debatida no recurso, o lapso de tempo necessário ao julgamento e a relevância da causa; lembrando, contudo, que em razão de a apelante ser beneficiário da gratuidade processual, a cobrança de tais verbas ficará suspensa, conforme determina o artigo 98, § 3º, CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade n. 1401550-79.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MOVIDA PELA ABRADE (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA) – IMPUGNAÇÃO DA LEI ESTADUAL N. 4.054/2011, QUE PERMITE A INSCRIÇÃO, POR FORNECEDORES DE SERVIÇOS DE NATUREZA PRIVADA, DO NOME DE CONSUMIDORES NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO SOMENTE APÓS DECORRIDOS 45 DIAS, CONTADOS DO DIA DO VENCIMENTO DA DÍVIDA INADIMPLIDA – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA AÇÃO POR SE TRATAR DE CONTROLE ABSTRATO DE LEI ESTADUAL PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – HIPÓTESE INEXISTENTE – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – SUPOSTA AFRONTA AO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, POR TER O PODER LEGISLATIVO ESTADUAL EXORBITADO EM SUA ATIVIDADE LEGIFERANTE, INVADINDO COMPETÊNCIA DA UNIÃO FEDERAL – VÍCIO INEXISTENTE – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR, DESDE QUE A LEI PRODUZIDA PELO ESTADO NÃO VENHA A DIVERGIR DAS NORMAS GERAIS EDITADAS PELA UNIÃO FEDERAL – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

Rejeita-se a preliminar de incompetência do Tribunal local para o exame de controle de constitucionalidade de lei estadual perante a Constituição Federal, quando se verifica que foi alegada afronta de lei estadual perante a Constituição Estadual, nada impedindo, ainda, que o Tribunal de Justiça Estadual fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória dos Estados-membros.

A Lei Estadual n. 4.054/2011, ao permitir a inscrição, por fornecedores de serviços de natureza privada, dos nomes dos consumidores nos cadastros de restrição ao crédito somente 45 (quarenta e cinco) dias após o vencimento da dívida inadimplida, não extrapola o âmbito da atividade legiferante conferida ao Poder Legislativo Estadual no artigo 62 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, haja vista o preceito contido no § 2º do artigo 24 da Constituição Federal, segundo o qual a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar aos Estados, possuindo, ainda, os Estados-Membros, competência concorrente para legislar sobre normas de defesa do consumidor, desde que na elaboração de tais normas o legislador estadual não transgrida normas gerais editadas pela União Federal.

A Lei Estadual n. 4.054/2011, que estabelece o prazo de 45 (quarenta e cinco dias) para incluir os nomes dos consumidores nos cadastros de restrição de crédito, alcança as distribuidoras de energia elétrica, apenas quando estas atuarem na qualidade de fornecedores de serviços de natureza privada, legislação essa que não conflita com a Lei Estadual n. 3.749/2009, declarada constitucional pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que abrange apenas os fornecedores de serviços de natureza pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a preliminar de incompetência absoluta do Órgão Especial, no mérito, por maioria, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. João Maria Lós. Declararam-se impedidos, os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 7 de junho de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

A Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE, devidamente qualificada, com fulcro no art. 62 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, combinado com os artigos 18, 21, XII, "b" e 22, IV, todos da Constituição Federal, promove ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de ser declarada inconstitucional, sem redução de texto, a Lei Estadual nº 4.054/11, que determinou o registro de consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito somente após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de vencimento da dívida inadimplida.

Alega, em síntese, que: a legislação acoimada de inconstitucional não fez qualquer ressalva de (não) alcance quanto a serviços de energia elétrica e/ou cuja competência para legislação sobre a matéria não seja do Estado; pelo contrário, a lei impugnada, em seu art. 2º, parágrafo único, expressamente inclui as associadas da requerente no rol de pessoas jurídicas por ela abarcadas, visto que são fornecedoras enquadradas no disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, condição estabelecida pela lei impugnada para fins de sua abrangência; desde 15.7.2011, a Lei estadual n. 4.054/2011 atribui potencialmente às associadas da requerente restrições e obrigações ilegítimas (relativas à impossibilidade de inscrição imediata dos usuários inadimplentes em cadastros de devedores, sob pena de imposição de relevantes sanções pecuniárias), o que estimula a inadimplência e diminui as receitas das concessionárias; os custos e ônus decorrentes da aplicação da norma estadual sequer estão abarcados pelas tarifas de energia pagas pelos consumidores; a Lei Estadual n. 4.054/11 viola frontalmente o art. 62 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e os arts. 18, 21, XII, "b", 22, IV, todos da Constituição Federal, ao pretender regulamentar a forma de prestação de serviço público federal de distribuição de energia elétrica, matéria de competência legislativa privativa da União Federal, que atribui à concessionária de energia elétrica a exploração de tais serviços, mediante concessão (serviços públicos federais de distribuição de energia elétrica); discorre sobre eventuais efeitos positivos da inscrição em cadastros de devedores em relação ao corte de energia elétrica; a protelação da inadimplência gera prejuízos aos bons pagadores, uma vez que impacta diretamente as tarifas dos usuários, aumentando o seu valor; ao se impor obrigação negativa e penalidade (para o caso de eventual descumprimento) sobre a prestação de serviço público federal de energia elétrica, houve invasão de competência privativa da União Federal; sendo o serviço afeto à União Federal, vedada está qualquer tentativa de submetê-lo a outra disciplina de controle, tributação ou oneração diversa daquela expressamente admitida na Constituição e na legislação federal, ou seja, somente a União Federal, e jamais os Estados ou Municípios, podem criar regras de controle, tributação ou oneração relativa aos serviços de energia, conforme previsto no art. 29, incisos I e VII, da Lei Federal n. 8.987/95 (Lei das Concessões) c.c. arts. 2º e 3º, XIX, da Lei n. 9.427/96, que atribui exclusivamente à ANEEL (na condição de representante do Poder Concedente) a competência pela regulamentação e fiscalização na qualidade e eficiência do serviço público de energia elétrica.

Reportando-se a farto repositório doutrinário-jurisprudencial, culmina por requerer a concessão de *liminar inaudita altera parte*, para que seja suspensa a eficácia da Lei Estadual n. 4.054/11 em relação às representadas da requerente, até o julgamento final da demanda, especialmente no tocante à imposição da penalidade nela referida.

Pede seja julgada integralmente procedente a demanda, com efeitos *ex tunc et erga omnes*, para o fim de que a Lei Estadual n. 4.054/11 seja declarada inconstitucional, sem redução de texto, e, por conseguinte, sejam excluídos de seu alcance os serviços públicos federais de distribuição de energia elétrica prestados sob regime de concessão regulado pela União Federal.

Atribui à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando os documentos de págs. 31-88.

Requer, por derradeiro, que as intimações recaiam exclusivamente na pessoa dos advogados Antonio Carlos Guidoni Filho, OAB/SP 146.997, e Mariana Aravechia Palmitesta, OAB/SP n. 299.951, com escritório estabelecido na Av. São Tomé, n. 86, 17º andar, Vila Olímpia, São Paulo-SP.

Por entender necessária a oitiva dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a Lei estadual n. 4.054/2011, antes de submeter a presente medida cautelar ao colegiado, proferi despacho de págs. 89-91, datado de 8 de março de 2016, pelo qual determinei a intimação do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, da Assembleia Legislativa e a colheita do parecer ministerial, bem assim deferi o pedido da requerente para que as intimações dos atos processuais recaiam nas pessoas dos advogados indicados na inicial.

O Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar, por entender que estão ausentes os requisitos autorizadores específicos para a concessão do pedido.

Em seguida, a autora protocolou petição avulsa, ao tempo em que impugnou os argumentos da Procuradoria-Geral do Estado, sustentando a existência dos requisitos para a concessão da medida cautelar.

Justificou o ajuizamento tardio da ADIN (somente em 2016), muito embora a lei tenha sido editada em 2011, pelo fato de que obteve liminar por meio de outro mandado de segurança, posteriormente extinto, sem julgamento do mérito, bem como pelo fato de ter ajuizado ação de rito ordinário (Proc. n. 0831402-68.2014.8.12.0001) do mesmo teor, que também teve o mesmo destino do *mandamus* referido.

A Assembleia Legislativa compareceu aos autos, juntando cópias de vários documentos e manifestando-se pela constitucionalidade do texto legal, sem expender opinião sobre o pedido da medida cautelar.

O Ministério Público, por intermédio da Procuradoria-Geral da Justiça, ofertou parecer opinando pelo indeferimento do pedido cautelar.

A autora interveio novamente nos autos, assentando que *"desde 2011, questiona sua constitucionalidade [da Lei Estadual n. 4.054/2011] e procura afastar seus efeitos concretos"* e que, *"em vista do notório crescimento da inadimplência, justifica-se a concessão da liminar pretendida"* (pág. 149).

Acrescenta que o art. 311 do CPC/2015 dispensa o requisito do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar, quando houver prova documental do direito alegado em sede inicial e o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, *"tal como ocorre no caso em tela com a admissão do direito por parte da D. Procuradoria-Geral do Estado"* (pág. 149).

Em seguida, este Órgão Especial, por meio do acórdão de pág. 249-260. Em sessão realizada no dia 29 de junho de 2016, em concordância com o parecer ministerial, por unanimidade, indeferiu o pedido cautelar formulado pela requerente

Notificados para se manifestarem sobre o mérito da demanda, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e o Procurador-Geral do Estado apresentaram *"Informações/Defesa"*, às págs. 276-291, pedindo, em preliminar, que não seja conhecida a ação direta de inconstitucionalidade, em razão de não ser possível ao Tribunal local realizar o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e federais tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Caso ultrapassada a preliminar, mencionadas autoridades pedem seja julgado improcedente o pedido inicial

Por meio de manifestação exarada às págs. 294-301, a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio de seu representante legal, também sustenta matéria preliminar, qual seja, a incompetência do Tribunal local para apreciar controle concentrado abstrato tendo como parâmetro a Constituição Federal e, no que diz respeito ao mérito, defende a constitucionalidade da norma impugnada.

Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por intermédio do parecer de págs. 305-321, elaborado pelo eminente Procurador-Geral, Dr. Paulo Cezar dos Passos, opinou pela rejeição da preliminar arguida pela Procuradoria-Geral do Estado e pela Assembleia Legislativa, e, quanto ao mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido formulado na inicial.

VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (relator)

Dos fatos

A Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE, devidamente qualificada, com fulcro no art. 62 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, combinado com os artigos 18, 21, XII, "b" e 22, IV, todos da Constituição Federal, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando seja declarada inconstitucional, sem redução de texto, a Lei Estadual nº 4.054/11, que determinou o registro de consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito, somente após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de vencimento da dívida.

Alega, em síntese, que: a legislação acoimada de inconstitucional não fez qualquer ressalva de (não) alcance quanto a serviços de energia elétrica e/ou cuja competência para legislação sobre a matéria não seja do Estado; pelo contrário, a lei impugnada, em seu art. 2º, parágrafo único, expressamente inclui as associadas da requerente no rol de pessoas jurídicas por ela abarcadas, visto que são fornecedoras enquadradas no disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, condição estabelecida pela lei impugnada para fins de sua abrangência; desde 15.7.2011, a Lei estadual n. 4.054/2011 atribui potencialmente às associadas da requerente restrições e obrigações ilegítimas (relativas à impossibilidade de inscrição imediata dos usuários inadimplentes em cadastros de devedores, sob pena de imposição de relevantes sanções pecuniárias), o que estimularia a inadimplência e diminuiria as receitas das concessionárias; os custos e ônus decorrentes da aplicação da norma estadual sequer estão abarcados pelas tarifas de energia pagas pelos consumidores; a Lei Estadual n. 4.054/11 viola frontalmente o art. 62 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e os arts. 18, 21, XII, "b", 22, IV, todos da Constituição Federal, ao pretender regulamentar a forma de prestação de serviço público federal de distribuição de energia elétrica, matéria de competência legislativa privativa da União Federal, que atribui à concessionária de energia elétrica a exploração de tais serviços, mediante concessão (serviços públicos federais de distribuição de energia elétrica); discorre sobre eventuais efeitos positivos da inscrição em cadastros de devedores em relação ao corte de energia elétrica; a protelação da inadimplência gera prejuízos aos bons pagadores, uma vez que impacta diretamente as tarifas dos usuários,

aumentando o seu valor; ao impor obrigação negativa e penalidade (para o caso de eventual descumprimento) sobre a prestação de serviço público federal de energia elétrica, houve invasão de competência privativa da União Federal; sendo o serviço afeto à União Federal, vedada está qualquer tentativa de submetê-lo a outra disciplina de controle, tributação ou oneração diversa daquela expressamente admitida na Constituição e na legislação federal, ou seja, somente a União Federal, e jamais os Estados ou Municípios, podem criar regras de controle, tributação ou oneração relativa aos serviços de energia, conforme previsto no art. 29, incisos I e VII, da Lei Federal n. 8.987/95 (Lei das Concessões) c.c. arts. 2º e 3º, XIX, da Lei n. 9.427/96, que atribui exclusivamente à ANEEL (na condição de representante do Poder Concedente) a competência pela regulamentação e fiscalização na qualidade e eficiência do serviço público de energia elétrica.

Reportando-se a farto repositório doutrinário-jurisprudencial, a autora requereu a concessão de *liminar inaudita altera parte*, para que seja suspensa a eficácia da Lei Estadual n. 4.054/11 em relação às representadas da requerente, até o julgamento final da demanda, especialmente no tocante à imposição da penalidade nela referida (art. 56, incisos I a XII, do Código de Defesa do Consumidor).

Pediu, ao final, seja julgada integralmente procedente a demanda, com efeitos *ex tunc et erga omnes*, para o fim de que a Lei Estadual n. 4.054/11 seja declarada inconstitucional, sem redução de texto, e, por conseguinte, sejam excluídos de seu alcance os serviços públicos federais de distribuição de energia elétrica prestados sob regime de concessão regulado pela União Federal.

Atribuiu à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando os documentos de págs. 31-88.

Às págs. 89-91, este relator, antes de examinar o pedido cautelar, determinou fossem intimados o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e o representante legal da Assembleia Legislativa para se manifestarem nos autos, determinando, ainda, fosse colhido o parecer ministerial.

Após a manifestação das partes interessadas e a apresentação do parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, este Órgão Especial, em sessão realizada no dia 29 de junho de 2016, por meio do acórdão de pág. 249-260, em concordância com o parecer ministerial, por unanimidade, indeferiu o pedido cautelar formulado pela requerente.

Notificados para se manifestarem sobre o mérito da demanda, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e o Procurador-Geral do Estado apresentaram *"Informações/Defesa"*, às págs. 276-291, pedindo, em preliminar, que não seja conhecida a ação direta de inconstitucionalidade, em razão de não ser possível ao Tribunal local realizar o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e federais tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Caso ultrapassada a preliminar, mencionadas autoridades pedem seja julgado improcedente o pedido inicial.

A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul também sustenta matéria preliminar (págs. 294-301), qual seja, a incompetência do Tribunal local para apreciar controle concentrado abstrato tendo como parâmetro a Constituição Federal e, no que diz respeito ao mérito, defende a constitucionalidade da norma impugnada.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu o parecer de págs. 305-321, elaborado pelo eminente Procurador Geral, Dr. Paulo Cezar dos Passos, opinando pela rejeição da preliminar arguida pela Procuradoria-Geral do Estado e pela Assembleia Legislativa, e, quanto ao mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido formulado na inicial.

Este é o breve resumo dos fatos.

Da alegada incompetência deste TJ para o exame da ADI

A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul e a Procuradoria-Geral do Estado, sustentam, em preliminar, que este Tribunal de Justiça não deteria competência para o julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o argumento de que não seria possível ao Tribunal Estadual realizar o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal, bem como não possuiria competência para examinar atos normativos federais *"em face da Constituição Estadual"* (pág. 297).

Enfatizam que a apreciação da inconstitucionalidade da legislação estadual, ora questionada, obrigatoriamente passa pelos artigos 5º, XVI e XXXIII, 18, 21, XII, b, 22, IV; 24, V, § 2º, 170, parágrafo único e 175, III, da Constituição Federal e artigos 29, I, VII e XII, da Lei Federal 8.987/95, artigos 2º e 3º, XIX, da Lei Federal 9.427/96 e artigo 43, da Lei Federal 8.078/90 (CDC), o que só poderia ser feito perante o Supremo Tribunal Federal, e não pelo Tribunal de Justiça, por ausência de afronta à Constituição Estadual.

Sobre esta preliminar, assim se pronunciou o eminente Procurador-Geral de Justiça, cujo parecer adoto como razões de decidir:

> *A assertiva revela-se equivocada. Constata-se que a norma em análise* ***versa exclusivamente acerca de direito do consumidor****, ao disciplinar prazo para registro de consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito, e sequer possui apenas efeitos reflexos nas relações havidas entres os usuários do serviço público e às concessionárias de energia elétrica, como será demonstrado.*
>
> *Ademais, ainda que o legislador estadual estivesse legislando sobre energia elétrica e não relação de consumo, vale ressaltar o conceito de reprodução obrigatória, uma vez que certas regras e, sobretudo, certos princípios, insculpidos na Constituição Federal, devem ser repetidos nas Constituições dos Estados.*
>
> *E isso decorre da própria hierarquia normativa, que determina a submissão das normas inferiores às superiores ou, em outras palavras, das Constituições dos Estados à Constituição da República.*
>
> *O singelo fato de um determinado preceito encontrar lugar tanto na Lei Maior quanto na Carta Estadual não tem o condão de submetê-lo, por esse motivo, ao controle constitucional do Supremo Tribunal Federal. Aliás, se assim fosse, nenhum ou poucos dispositivos das Constituições Estaduais estariam sujeitos à jurisdição constitucional dos Tribunais dos Estados. E o motivo é obvio: se a Constituição Federal fixa a estrutura de organização e funcionamento da Federação, todo e qualquer ente federativo deverá organizar-se de acordo com a própria Constituição Federal, de modo que em seus estatutos próprios (Constituições e Leis Orgânicas) só poderão constar regras de estrutura e funcionamento senão idênticas, ao menos semelhantes àquelas previstas pela Carta Magna,* ***ainda que a norma de reprodução obrigatória não esteja expressamente posta.***
>
> *Nesse entendimento, extrai-se trecho do voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, em 21.10.2016, no Agravo Regimental 17.954/PR:*
>
> ***Ratifica-se que nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória pelos Estados-membros.*** *Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios,* ***ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos.*** *Essa entrada pode ocorrer,* ***seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais*** *– afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local.*

A adoção, pois, pela Constituição Estadual, de normas de conteúdo idêntico a preceitos constitucionais federais, representa alargamento da garantia jurisdicional, permitindo que os recursos constitucionais e o controle de normas possam ser instaurados perante o Tribunal Estadual, reservando ao Supremo Tribunal Federal a apreciação da matéria via Recurso Extraordinário, na eventualidade de a Corte Estadual optar apela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, hipótese em que estaria o acórdão a violar a Constituição Federal.

Na hipótese, a principal pretensão deduzida consiste na declaração da inconstitucionalidade formal da Lei Estadual n. 4.504/2011, para o fim de afastá-la do ordenamento de maneira erga omnes, no tocante às relações jurídicas havidas entre suas associadas de distribuição de energia elétrica e os usuários do serviço, razão pela qual a inicial da presente ADI expressamente menciona que a lei objurgada afronta dispositivo ***previsto no artigo 62 da Constituição Estadual,*** *o qual estabelece a competência legiferante estadual,* ***o que obviamente se revelou residual às normas privativas da União, como uma consequência do pacto federativo, em nítida repetição do artigo 25, § 1º, da Constituição Federal, que reserva aos Estados competência geral e regional, salvo expressa vedação****.*

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

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição (Constituição Federal).

(...)

Art. 62 - Cabe à Assembleia Legislativa, com sanção do Governador, ***legislar sobre todas as matérias de competência do Estado,*** *especialmente sobre:*

I - tributos, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública

III - planos e programas estaduais e regionais de desenvolvimento;

IV - criação e extinção de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos;

V - transferência temporária da sede do governo estadual;

VI - aquisição, alienal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. AÇÃO DIRETA ESTADUAL. CONFLITO ENTRE LEI MUNICIPAL E NORMA CONSTITUCIONAL DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À ADI 508. REGIME DA LEI Nº 8.038/1990 E CPC/1973.

1. É viável o uso de norma constitucional de reprodução obrigatória como parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal pela via da ação direta estadual. Precedentes. 2. Na vigência do CPC/1973 e Lei nº 8.038/1990, período em que ajuizado o presente feito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se firmou no sentido de que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – Rcl 17954 AgR/PR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. 31.10.2016).

> *AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. ASSENTADA VIOLAÇÃO DE ATO NORMATIVO ESTADUAL A DISPOSITIVO DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE REPRODUZ NORMA CONSTITUCIONAL FEDERAL DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os Tribunais de Justiça estaduais são investidos de competência jurisdicional para exercer a fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face de parâmetros insculpidos na Constituição Estadual, ex vi do art. 125, § 2º, da CRFB/88, inclusive em relação a disposições que reproduzem compulsoriamente regras da Constituição da República. Precedentes: Rcl-AgR 10.500, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 12.653 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes). 2. In casu, o acórdão reclamado declarou a inconstitucionalidade de ato normativo estadual com base no art. 166, I, da Constituição do Estado do Piauí (reprodução obrigatória do art. 150, I, da CRFB/88), não se configurando qualquer usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STF Rcl 14915 AgR/PI. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. 29.03.2016).
>
> *No presente controle, discutem-se os limites de incidência da Lei Estadual n. 4.504/2011, que nitidamente versa acerca da relação de consumo, a qual possui efeitos reflexos aos vínculos jurídicos estabelecidos entres as concessionárias de distribuição de energia e os usuários de seus serviços, sendo de competência concorrente e suplementar, nos termos do artigo 24, V e parágrafos, da Constituição Federal.*
>
> *Vê-se, pois, que a temática ventilada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade enfrenta matéria constitucional estadual, por versar acerca de* ***direito do consumidor,*** *e, ainda que se refletisse em matéria atinente à energia elétrica,* ***o que não é o caso****, ainda estaríamos diante da competência do e. Tribunal de Justiça, por se tratar de regra de reprodução obrigatória da Carta Maior, cuja análise recairá acerca da competência legislativa estadual e seus limites, segundo normas gerais de competência da União.*
>
> *Outrossim, a Arg. Incidental de Inconstitucionalidade em Apelação Civil n. 0003490-32.2010.8.12.0014/5001 que discutia a constitucionalidade da lei municipal que proibia a cobrança de taxa de religação de energia elétrica no município de Maracaju/MS, já teve o mérito analisado por este e. Tribunal de Justiça, o que reforça a possibilidade deste Órgão para apreciação da controvérsia". (Págs. 308-312). Grifos meus e do original.*

Em síntese, o Tribunal de Justiça Estadual detém competência para o exame do controle de constitucionalidade de norma estadual que fere regras da Constituição Estadual atinentes à competência legislativa, nada impedindo, ainda, que o Tribunal local fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória dos Estados-membros.

Posto isso, rejeito a preliminar.

Mérito

Da alegada inconstitucionalidade da LE n. 4.054/2011

A matéria de mérito concerne em saber se existe ou não inconstitucionalidade na Lei Estadual n. 4.054, de 14 de julho de 2011, que dispõe *in verbis*:

> *Art. 1º O registro de consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito somente poderá ocorrer decorridos 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de vencimento da dívida inadimplida.*

Art. 2º Somente os fornecedores de natureza privada estabelecidos no Estado de Mato Grosso do Sul ficarão sujeitos ao que dispõe o artigo 1º desta Lei.

Parágrafo único. Para efeitos desta Lei, considera-se fornecedor de natureza privada o disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 3º No descumprimento desta Lei, os estabelecimentos citados no art. 2º ficarão sujeitos às sanções previstas no artigo 56 da Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código do Consumidor, aplicáveis na forma de seus artigos 57 a 60.

Art. 4º (VETADO).

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Campo Grande, 14 de julho de 2011.

Extrai-se da leitura da lei estadual retromencionada que ela tem natureza consumerista, uma vez que editada com a finalidade de disciplinar o registro de consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, e proporcionar sua proteção.

Não obstante a natureza consumerista da lei em questão, a parte autora sustenta que as suas associadas estariam sujeitas exclusivamente à regulamentação e fiscalização do Poder Concedente (União Federal) no tocante à qualidade e eficiência dos serviços prestados, bem como em relação à forma e às condições de relacionamento com seus consumidores.

Nesta ordem de ideias, na hipótese de inadimplemento pelo usuário, as associadas da parte autora estão legalmente autorizadas a exercer seu poder-dever de proceder à suspensão do fornecimento de energia elétrica à unidade consumidora respectiva, por força do que dispõe a Lei n. 8.987/95[1] e a Lei n. 9.427/96[2], bem como de informar a inadimplência aos órgãos de proteção ao crédito regularmente estabelecidos, em especial o SERASA (CDC, art. 43).

Diante desse cenário, a parte autora entende que a Lei Estadual impugnada violaria o artigo 62 da Constituição Estadual, que dispõe:

Art. 62 - Cabe à Assembleia Legislativa, com sanção do Governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

I - tributos, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública;

III - planos e programas estaduais e regionais de desenvolvimento;

IV - criação e extinção de cargos públicos e fixação dos respectivos vencimentos;

V - transferência temporária da sede do governo estadual;

VI - aquisição, alienação, arrendamento e cessão de bens imóveis do Estado;

VII - criação, incorporação e subdivisão de Municípios;

VIII - fixação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;

1 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. (...)

2 Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

> *IX - concessão de anistia, isenção e remição tributária ou previdenciária e incentivos fiscais;*
>
> *X - organização administrativa e organização e divisão judiciárias, do Ministério Público e da Defensoria Pública;*
>
> *XI - criação, estrutura e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública.*

Segundo a autora, o dispositivo constitucional acima mencionado teria sido afrontado pela Lei Estadual n. 4.054, de 14 de julho de 2011, "*ante a normatização pelo Estado de Mato Grosso do Sul de matéria de competência legislativa privativa da União Federal (serviços públicos federais de distribuição de energia elétrica*" (pág. 4).

A parte autora salienta que a presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta em razão de a lei estadual em questão não fazer qualquer ressalva acerca de sua aplicação às concessionárias de serviço público federal, o que significa dizer que, em razão da ausência à mencionada ressalva, a lei estadual estaria invadindo competência legislativa privativa da União Federal.

Em que pesem as alegações deduzidas pela parte autora, não vejo razão para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 4.054/2011.

Como visto, a lei estadual impugnada versa sobre direito do consumidor, considerando que ela foi editada para fins de disciplinar o registro de consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul e proporcionar sua proteção.

O direito do consumidor, caso destes autos, é matéria da competência legislativa concorrente atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do artigo 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal.

Confira-se:

> *Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*
>
> *(...)*
>
> *V - produção e* ***consumo;***
>
> *(...)*
>
> *VIII -* ***responsabilidade por dano*** *ao meio ambiente,* ***ao consumidor****, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;* (Grifos meus).

Em matéria de competência concorrente, destaco, ainda, os parágrafos do artigo 24 da Constituição Federal, *in verbis*:

> *§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais;*
>
> *§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência dos Estados.*
>
> *§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.*

> *§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.*

Ao dissertar sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes fez as seguintes ponderações:[3]

> *A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não- exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente.* ***Na falta completa da lei com normas gerais, o Estado pode legislar amplamente, suprindo a inexistência do diploma federal.*** *Se a União vier a editar a norma geral faltante, fica suspensa a eficácia da lei estadual, no que contrariar o alvitre federal. Opera-se, então, um bloqueio de competência, uma vez que o Estado não mais poderá legislar sobre normas gerais, como lhe era dado até ali. Caberá ao Estado, depois disso, minudenciar a legislação expedida pelo Congresso Nacional.* (Grifei).

Pois bem, em se tratando de Direito do Consumidor, a União Federal, no uso de sua competência legislativa, editou a Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo normas gerais de proteção ao consumidor, onde restou estabelecido um regulamento mínimo sobre o tema, sujeitando o cadastro do consumidor em banco de dados às regras fixadas no art. 43 do referido diploma legal, a saber:

> *Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.*
>
> *§ 1° Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.*
>
> *§ 2° A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.*
>
> *§ 3° O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.*
>
> *§ 4° Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.*
>
> *§ 5° Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.*
>
> *§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.*

Da leitura do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que a União Federal não dispôs de forma exaustiva acerca da proteção ao consumidor inadimplente.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 775.

Sendo assim, nada obsta que o Estado venha a editar norma que complemente a norma geral editada pela União Federal, complementação essa que somente pode ser qualificada de inconstitucional quando venha a dispor de forma oposta àquilo que restou previsto na legislação federal.

Neste sentido, a Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do pedido cautelar formulado na ADI 2.396-MS, deixou consignado na ementa do acórdão os seguintes dizeres:

> *O espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se: (1) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor; e (2) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda, para a definição de peculiaridades regionais. Precedentes. 6. Da legislação estadual, por seu caráter suplementar, se espera que preencha vazios ou lacunas deixadas pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta.* (STF: ADI 2.396, MC, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001).

Feito este registro, comungo do entendimento do Procurador-Geral de Justiça, que, ao abordar a matéria, em seu parecer, teceu as seguintes considerações:

> *Em sendo assim, a lei invectivada, ao prescrever prazo para o registro do consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito, ampliou a defesa e proteção de consumidores, sem, contudo, contrariar os ditames gerais instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor que apenas previu a existência dos bancos de dados até porque eles já existiam antes da vigência do CDC – e regulamentou seu acesso, sua publicidade, sua retificação, bem como a clareza de suas informações,* ***ao passo que nada dispôs acerca do prazo para o registro do consumidor inadimplente.*** (Pág. 313). Realcei.

Deveras, o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado pela constitucionalidade de normas estaduais que ampliam a proteção dos consumidores, sobretudo quando não divergem das normas gerais editadas pela União. Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

> *INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 12.420/99, do Estado do Paraná.* ***Consumo****. Comercialização de combustíveis no Estado. Consumidor.* ***Direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos.*** *Proibição de revenda em postos com marca e identificação visual de outra distribuidora. Prevenção de publicidade enganosa. Sanções administrativas. Admissibilidade. Inexistência de ofensa aos arts. 22, incs. I, IV e XII, 170, incs. IV, 177, §§ 1º e 2º, e 238, todos da CF. Ação julgada improcedente. Aplicação dos arts. 24, incs. V e VIII, cc. § 2º, e 170, inc.V, da CF. É constitucional a Lei nº 12.420, de 13 de janeiro de 1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade de produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores do Estado.* (STF- ADI 1980, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2009). Destaques meus.

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ADI CONTRA LEI PARANAENSE 13.519, DE 8 DE ABRIL DE 2002, QUE ESTABELECE OBRIGATORIEDADE DE INFORMAÇÃO, CONFORME ESPECIFICA, NOS RÓTULOS DE EMBALAGENS DE CAFÉ COMERCIALIZADO NO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I e VIII, 170, CAPUT, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 174 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. OFENSA INDIRETA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I -* ***Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão-somente, assegurar a proteção ao***

> ***consumidor***. *II - Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis. (...)* (STF - ADI 2832, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008). Realcei.

Quanto ao mais, reporto-me aos argumentos lançados no parecer do Ministério Público, os quais também adoto como razões de decidir:

> *A Lei Estadual nº 4.054/11 estabelece maior proteção ao consumidor ao ponto que obsta, por 45 dias, a inscrição de seu nome em cadastro de proteção ao crédito, em razão do inadimplemento de dívida que possa ser passageiro ou derivado de mera indisponibilidade momentânea de fundos para quitação do débito, situações tais que entendeu o legislador estadual não poderiam ensejar medida drástica, como a inscrição do nome do devedor – direito personalíssimo – em bancos públicos.*
>
> *Cumpre destacar que a proteção ao nome decorre de disposições, presentes na Constituição Federal, por considerar inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (artigo 5º, incisos V e X, da CF), bem como no artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Estadual, ao estabelecer como fundamentos do Estado de Mato Grosso do Sul o respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.*
>
> *Logo, o legislador estadual não extrapolou os limites de sua atividade legiferante, ao disciplinar proteção ao consumidor no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, haja vista que, conforme demonstrado, a lei atacada versa acerca da prevenção de danos ao consumidor, não regulamentando, em nenhum de seus dispositivos matéria alusiva à energia elétrica ou sua exploração, controle, tarifação, tributação etc.*
>
> *(...)*
>
> *Relativamente à temática, já definiu o Supremo Tribunal Federal que nas hipóteses em que a lei se limitar a regular as relações entre os consumidores e os prestadores de serviço ou dispor sobre a responsabilidade por dano ao consumidor, como ocorre no presente caso, sua matéria pertencerá ao âmbito legislativo concorrente dos estados membros.* (Págs. 315-316).

Daqui se segue que não existe o vício de inconstitucionalidade no artigo 1º da Lei Estadual nº 4.054/11, que, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, especificamente em relação aos fornecedores de serviços de natureza privada, estabeleceu que o registro do nome do consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito somente poderá ocorrer 45 (quarenta e cinco dias) após o vencimento da dívida inadimplida.

Do alcance da Lei Estadual n. 4.054/11

Noutro giro, a Lei Estadual impugnada restringe a sua aplicação aos "fornecedores de natureza privada", haja vista a redação conferida ao artigo 2º, que volto a reproduzir:

> *Art. 2º Somente os fornecedores de natureza privada estabelecidos no Estado de Mato Grosso do Sul ficarão sujeitos ao que dispõe o artigo 1º desta Lei.*
>
> *Parágrafo único. Para efeitos desta Lei, considera-se fornecedor de natureza privada o disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.* (Sublinhei).

Quanto a este pormenor, sustenta a parte autora que o prazo para registro do consumidor inadimplente nos serviços de proteção ao crédito não pode ser aplicado às concessionárias de energia elétrica, uma vez que o serviço de energia elétrica é explorado exclusivamente pela União, quer de modo direto, quer mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII, b, da Constituição Federal, não podendo a Lei Estadual nº 4.054/11 possuir efeitos reflexos em matéria legislativa privativa da União.

Reitere-se que autora alegou, na inicial, que a Lei n. 4.054/11 não fez qualquer ressalva de não alcance quanto a serviços de energia elétrica afetos às concessionárias de serviço público federal e que o parágrafo único do art. 2º da lei acoimada de inconstitucional expressamente incluiu as associadas da requerente no rol de pessoas jurídicas por ela abarcadas, visto que são fornecedoras enquadradas no disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescentou, ainda, que em razão da ausência da mencionada ressalva, a lei estadual estaria invadindo competência legislativa privativa da União Federal.

A propósito, assim dispõe o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

> *Fornecedor é toda* ***pessoa física ou jurídica, pública ou privada,*** *nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.* (Grifei).

Cotejando-se o *caput* do art. 2º da Lei n. 4.054/11 com o art. 3º do CDC, verifica-se que o dispositivo da lei estadual restringe o alcance do art. 1º (inscrição de consumidores no cadastro de inadimplentes) aos *"fornecedores de natureza privada"*.

Apesar de as associadas da autora (concessionárias de serviço público) constituírem pessoas jurídicas de direito privado, na concepção do art. 44, II, do Código Civil, elas prestam serviços de natureza pública por delegação do Estado.

Consultando-se, pela Internet, os Estatutos Sociais da Energisa Mato Grosso do Sul, uma das associadas da autora, verifica-se, no art. 2º, alínea *"c"*, que os fins da Companhia são *"prestar quaisquer serviços, de natureza pública ou privada, correlatos à gestão de ativos de distribuição de energia, em suas diversas formas e modalidades"*. (Grifei).

Assim, deflui-se dessa análise que a Lei Estadual n. 4.054, de 14 de julho de 2011, não abrange as associadas da autora, quando elas prestarem serviços de natureza pública, como é o caso do fornecimento de energia elétrica aos consumidores em seus domicílios.

Entretanto, já existe outra Lei Estadual, como bem assinalado pelo Ministério Público em seu parecer, qual seja, a Lei n. 3.749, de 30 de setembro 2009, que "*veda a inscrição do nome dos consumidores nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul*" (grifei).

Portanto, a Lei n. 3.749/2009 abrange, sim, as associadas da autora, quando atuarem na qualidade de concessionárias de serviço público, lei esta já declarada constitucional por esta Corte, quando do julgamento da ADI 0034503-28.2009.8.12.0000, julgada improcedente, do qual não participei, por estar impedido.

Reproduz-se, para melhor apreensão da matéria, a Lei nº 3.749/2009, retromencionada, *in verbis*:

> *Art. 1º É vedada a inscrição do nome dos consumidores nos cadastros de restrição ao crédito, por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviço público no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.*

> *Parágrafo único. A vedação a que se refere o caput deste artigo ocorrerá quando o serviço for prestado de forma direta pela Administração Pública ou por meio de concessionária ou permissionária do serviço público.*
>
> *Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeitará o infrator às penalidades constantes no art. 56 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.*
>
> *Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*
>
> *Campo Grande, 30 de setembro de 2009.*

Importante registrar que a parte aqui autora também ingressou com ação direta de inconstitucionalidade contra a referida Lei 3.749/2009, tendo, no entanto, este Tribunal de Justiça julgado improcedente o pedido em acórdão, atualmente em fase de recurso extraordinário na Suprema Corte, apensado à ADI n. 4.740/DF.

Repriso a ementa da ação direta de inconstitucionalidade, julgada por esta Corte, para melhor elucidação dos fatos:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO DA LEI ESTADUAL N. 3.479/09 – VEDAÇÃO À INSCRIÇÃO DO NOME DE CONSUMIDORES NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DIREITOS ORIUNDOS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ÂMBITO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – ARTS. 1º, II; 8º E 62, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – NÃO VIOLAÇÃO – ARTIGOS 18; 21, XII, 'B' E 22, IV, DA CF – NÃO VIOLAÇÃO – IMPROCEDENTE.*
>
> *A Lei Estadual n. 3.479/09* [3.749/09] *conforma-se aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da livre iniciativa.*
>
> *A não inscrição do nome de consumidores por dívida decorrente de prestação de serviço público, de natureza essencial e de adesividade até obrigatória para proporcionar ao usuário existência digna, salvaguarda o princípio da dignidade da pessoa humana.*
>
> *Conforma-se também aos princípios da isonomia e da livre concorrência com outras empresas. Quando o consumidor procura uma firma particular para estabelecer uma relação jurídica de consumo, ele o faz por opção, voluntariamente, portanto, mas, na hipótese dos autos, em se tratando de serviço essencial, a sua utilização é de adesão geral e imperativa à existência digna do usuário.*
>
> *A Lei Estadual n. 3.479/09* [3.749/09] *não legisla sobre águas, energia e telecomunicações de competência privativa da União, mas tão somente sobre a relação de consumo do usuário de serviços públicos, matéria de competência concorrente, conforme art. 24, V, da CF."* (TJMS: ADI-0034503-28.2009.8.12.0000. Relator: Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, Órgão Especial).

Neste ponto, também partilho do entendimento do Procurador-Geral de Justiça que, ao se manifestar sobre a matéria, fez as seguintes ponderações:

> *Saliente-se que contra o acórdão que julgou improcedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade, manejada pela requerente ABRADEE, foi interposto Recurso Extraordinário, cujo agravo para seu recebimento encontra-se apensado à ADI 4.740-DF e pendente de julgamento, com parecer contrário ao seu recebimento, emitido pela Procuradoria-Geral de Justiça.*

> *Analisando-se detidamente os autos, verifica-se que não há que se falar em vício de inconstitucionalidade na vergastada lei,* ***porquanto sua não aplicação às concessionárias de energia elétrica se dá pela própria interpretação sistemática do disposto em seu artigo 2º, que restringe o âmbito de sua incidência aos fornecedores de serviço de natureza privada.***
>
> *Embora o parágrafo único do art. 2º faça remissão ao conceito de fornecedor, estabelecido no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (o qual engloba tanto a pessoa jurídica de direito público quanto a de direito privado), o que, em uma análise isolada, poderia levar o intérprete a estender a aplicação da lei ora impugnada às concessionárias de serviço público, há de se destacar que de uma interpretação sistemática da norma,* ***resta patente que suas hipóteses de aplicação restringem-se ao âmbito do prestador de serviço de natureza privada****.* (Pág. 320). Grifei.

Por outro lado, não vejo qualquer incompatibilidade entre a Lei n. 3.749/2009 e a Lei n. 4.054/2011, pois uma é destinada às prestações de serviços de natureza pública e a outra é destinada às prestações de serviços de natureza privada. Como registrei anteriormente, as concessionárias são pessoas jurídicas de direito privado, que tanto prestam serviços de natureza privada como serviços de natureza pública. Desse modo, aplicar-se-á a lei correspondente conforme a natureza dos serviços prestados.

Em suma, não há falar em inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada (4.054/2011).

Por último, faço a seguinte observação.

Na hipótese de o Supremo Tribunal Federal vir a reformar acórdão deste Tribunal de Justiça que rejeitou a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 3.749/2009, o que se diz por mera concessão dialética, poderão as concessionárias de serviço público de energia elétrica, associadas à parte autora, incluir o nome do consumidor inadimplente nos órgãos de proteção ao crédito, sem a carência do prazo de 45 (quarenta e cinco dias), carência essa que se aplica apenas aos fornecedores de serviço de natureza privada.

Dispositivo

Posto isso, em sintonia com o parecer ministerial, rejeito a preliminar de não cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

No mérito, também em harmonia com o parecer ministerial, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade da Lei Estadual nº 4.054/11.

Fica o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do que dispõe o artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (3ª vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (8º vogal)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 4.054/11.

Alega, em síntese, que: a legislação acoimada de inconstitucional não fez qualquer ressalva de (não) alcance quanto a serviços de energia elétrica e/ou cuja competência para legislação sobre a matéria não seja do Estado; pelo contrário, a lei impugnada, em seu art. 2º, parágrafo único, expressamente inclui as associadas da requerente no rol de pessoas jurídicas por ela abarcadas, visto que são fornecedoras enquadradas no disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, condição estabelecida pela lei impugnada para fins de sua abrangência; desde 15.7.2011, a Lei estadual n. 4.054/2011 atribui potencialmente às associadas da requerente restrições e obrigações ilegítimas (relativas à impossibilidade de inscrição imediata dos usuários inadimplentes em cadastros de devedores, sob pena de imposição de relevantes sanções pecuniárias), o que estimula a inadimplência e diminui as receitas das concessionárias; os custos e ônus decorrentes da aplicação da norma estadual sequer estão abarcados pelas tarifas de energia pagas pelos consumidores; a Lei Estadual n. 4.054/11 viola frontalmente o art. 62 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e os arts. 18, 21, XII, "b", 22, IV, todos da Constituição Federal, ao pretender regulamentar a forma de prestação de serviço público federal de distribuição de energia elétrica, matéria de competência legislativa privativa da União Federal, que atribui à Concessionária de Energia Elétrica a exploração de tais serviços, mediante concessão (serviços públicos federais de distribuição de energia elétrica); discorre sobre eventuais efeitos positivos da inscrição em cadastros de devedores em relação ao corte de energia elétrica; a protelação da inadimplência gera prejuízos aos bons pagadores, uma vez que impacta diretamente as tarifas dos usuários, aumentando o seu valor; ao se impor obrigação negativa e penalidade (para o caso de eventual descumprimento) sobre a prestação de serviço público federal de energia elétrica, houve invasão de competência privativa da União Federal; sendo o serviço afeto à União Federal, vedada está qualquer tentativa de submetê-lo a outra disciplina de controle, tributação ou oneração diversa daquela expressamente admitida na Constituição e na legislação federal, ou seja, somente a União Federal, e jamais os Estados ou Municípios, podem criar regras de controle, tributação ou oneração relativa aos serviços de energia, conforme previsto no art. 9, incisos I e VII, da Lei Federal n. 8.987/95 (Lei das Concessões) c.c. arts. 2º e 3º, XIX, da Lei n. 9.427/96, que atribui exclusivamente à ANEEL (na condição de representante do Poder Concedente) a competência pela regulamentação e fiscalização na qualidade e eficiência do serviço público de energia elétrica.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 305-321 pela improcedência da ação.

O relator do feito, Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, votou pela improcedência do pedido formulado, declarando a constitucionalidade da lei atacada.

Peço vênia ao relator para divergir.

Com efeito, da análise dos autos, verifico que a questão posta em julgamento guarda simetria com a ação direta de inconstitucionalidade n. 2009.034503-5/0000-00, da qual tive a oportunidade de participar do julgamento e votar pela procedência da mesma, cujas razões de decidir adoto no presente feito, nos seguintes termos:

Com o devido respeito aos que divergiram, tenho por bem acompanhar o i. relator para reconhecer a incompetência material do Legislativo Estadual, não só pelas razões por ele expostas – incompetência para legislar sobre direitos do consumo alheios às peculiaridades do Estado -, mas também porque a referida lei, a meu ver, extrapola a competência legiferante estadual ao pretensamente regular a prestação de serviços da União.

Ocorre que a referida lei é por demais ampla, na medida em que simplesmente veda a inscrição em cadastros de inadimplentes "por falta de pagamento nas contas de consumo oriundas da prestação de serviços públicos no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ora, o serviço de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, ainda que prestado por terceiro, é um serviço da União (CF, art. 21, XII, b), razão pela qual não poderia, como de fato não pode ser regulado por Estado-Membro, sob pena de flagrante ofensa à própria divisão de atribuições determinada pelo modelo de federalismo adotado no Brasil.

A referida questão, aliás, foi apreciada pela Min.ª Carmén Lúcia em voto no qual discutiu-se também a alegação de que a lei analisada naquela oportunidade estaria dentro da competência concorrente por ter como objeto a defesa do consumidor, exatamente a controvérsia instaurada neste julgamento. Veja-se:

Reitero que a competência para atuar quanto aos direitos do usuário decorrentes ou havidos em virtude da prestação dos serviços públicos devem ser cuidados pelo ente titular de cada um deles no que concerne às matérias objeto do contrato de concessão, em cujas cláusulas são definidas as obrigações das partes. De se notar que a fiscalização do cumprimento do contrato, aí incluída aquela para o fim de garantir direitos constitucionais, como os dos usuários-consumidores do serviço, não é faculdade, mas dever do ente administrativo.

A legislação distrital macula-se, portanto, pelo vício decorrente de intromissão em competência que lhe é alheia e, portanto, vedada, quando elabora normas sobre o tema que não lhe é entregue constitucionalmente para ser cuidado.

A Constituição outorga a cada um dos entes a titularidade de serviços públicos que, ao ser prestados, têm de submeter-se ao regramento, à fiscalização e à direção do poder concedente. No caso de telefonia, como afirmado pelo Nobre Ministro Relator, o ente concedente é a União.

Os serviços de telefonia são tidos como federais por opção do constituinte nacional. As relações havidas por sua prestação ou dela decorrentes e pelo seu uso pelo administrado submetem-se a legislação nacional e federal, certamente.

A repartição de competências constitucionais quanto aos serviços respeita, também, ao princípio da autonomia das entidades federadas, uma das quais, nos termos do art. 18, da Constituição da República, é a União. Nem poderia essa pessoa política cuidar das relações de consumo dos serviços públicos havidos em cada uma das entidades estaduais e distrital, nem se poderia dar o inverso.

Ao cuidar da telefonia, a União estabelece as formas de atuação dos seus concessionários (Leis nºs 8.987/95 e 9.472/97) e, nos termos do art. 175, parágrafo único, as condições de fiscalização do quanto lhe é exigido.

A Lei Distrital em questão, ao definir as normas de obrigações a serem levadas a efeito pelas concessionárias federais, intervém no contrato firmado entre a União e as suas

concessionárias e define novas tarefas para essas, que têm como contratante outro que é o ente federal.

Não posso concluir, portanto, ser constitucionalmente possível que um ente não participante da concessão possa impor – por definição legal genérica – a uma das partes do contrato de concessão, de que é parte outra pessoa política, obrigações, ainda que ao argumento de que tanto se daria para o bem do consumidor.

Até porque se tanto fosse possível a concessão não teria tratamento igual para todos os usuários (que ficariam a depender de outros entes que não o titular do serviço) e, ainda, a concessão não se completaria entre as pessoas que comparecem, formalmente, ao contrato.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal não admite que entes federados que não façam parte do contrato de concessão legislem, ainda que com o nobre objetivo de defender o consumidor, sobre o objeto do contrato, situação esta verificada na hipótese.

Aliás, como bem ressaltou a Min.ª CARMÉN LÚCIA, admitir a possibilidade de Estados-Membros protegerem os usuários de serviços públicos da União acarretaria ofensa à isonomia, na medida em que administrados na mesma situação - usuários do mesmo serviço público - teriam tratamento diferenciado a depender de como agiu o legislativo local.

Desse modo, estando evidente que o Poder Legislativo deste Estado não possui competência para regular a prestação de serviços da União, não vejo outra solução se não o reconhecimento de que a legislação em questão, de fato, ofende os artigos 4º, 8º e 62 da Constituição Estadual."

Ademais, no julgamento da supracitada ADI, bem asseverou o Desembargador Luiz Carlos Santini que:

Inicialmente, é importante diferenciar a existência de duas relações jurídicas no que diz respeito às concessionárias de serviços públicos: a primeira e envolvendo a própria execução do serviço como de natureza de direito público; e, a segunda, envolvendo o usuário e a empresa relativamente ao pagamento dos serviços utilizados, como de natureza de direito privado.

Cumpre lembrar que na relação jurídica existente entre o usuário e a concessionária de serviço público as cobranças dos débitos oriundos da prestação dos serviços far-se-ão pelo sistema do Direito Privado, ante a inteligência do artigo 1º, da Lei 6.830/80. ...

O fato do serviço de fornecimento de energia tratar-se de serviço essencial não é suficiente para impedir a inscrição do usuário inadimplente nos órgãos de proteção ao crédito.

Ora, não podemos olvidar que a concessão do serviço público se materializa entre a União e a concessionária, mediante contrato administrativo que prevê a equação econômico-financeira.

Nesse norte, embora o Legislativo Estadual, frisa-se, que não faz parte da relação jurídica de prestação de serviço de distribuição de energia elétrica, tenha como objetivo proteger o consumidor, impõe tratamento desigual aos usuários do mesmo serviço público se comparados com àqueles usuários de outros Estados-Membros, em afronta ao princípio da isonomia.

De fato, a relação entre a concessionária de energia elétrica e o consumidor final é estritamente de direito privado, o que possibilita a aplicação da norma impugnada às associadas da requerente.

Portanto, como dito, peço vênia ao relator para divergir e julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos pleiteados na exordial.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (11º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (12º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (13º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (14º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de incompetência absoluta do órgão especial, no mérito, por maioria, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. João Maria Lós. Declararam-se impedidos, os desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Dorival Renato Pavan.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 07 de junho de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1413665-35.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SUPOSTA ALEGAÇÃO DE NULIDADES REFERENTES AO PROCEDIMENTO ADOTADO EM SESSÃO PARA A ELABORAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE DE ADVOGADOS CONCORRENTES A VAGA DE DESEMBARGADOR DESTA CORTE DE JUSTIÇA – INOCORRÊNCIA – SEGURANÇA DENEGADA.

Nos termos do artigo 94 e parágrafo único da Constituição Federal, um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, a qual será enviada ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Diante da inexistência de rito próprio e específico para a sessão que define a lista tríplice, cabe a cada Tribunal elaborar o procedimento a ser seguido. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul definiu o rito a ser adotado no artigo 26 do Regimento Interno.

A convocação dos Desembargadores deste Tribunal de Justiça – reais interessados em participar da sessão de escolha – para participar de sessão do Tribunal Pleno, realizada no dia 07.12.2016, na qual foi elaborada lista tríplice dos nomes de advogados para o cargo de Desembargador deu-se através do Ofício Circular nº 012.0.075.0054/2016, em 23 de novembro de 2016, os quais, no momento da votação, puderam exercitar legal e regularmente suas prerrogativas. Desnecessária a publicação de edital convocando-os para participarem da sessão, em razão de não haver no Regimento Interno deste Tribunal nenhuma norma de procedimento que indique a necessidade de publicação prévia de edital nesse caso específico.

No que se refere ao prosseguimento da sessão de escolha da lista tríplice, mesmo sem que ocorresse o trânsito em julgado das medidas judiciais promovidas perante a Justiça Federal, tal questão foi suscitada pelos Desembargadores Julizar Barbosa Trindade e Nélio Stabile; todavia, por maioria de votos, os desembargadores presentes rejeitaram tal prejudicial, procedendo à conclusão da sessão de escolha. A rejeição da prejudicial pela maioria dos desembargadores vai de encontro ao entendimento pacificado de que *"uma vez preenchidos os requisitos do art. 94 da Constituição Federal, não podem os tribunais devolver ao Ministério Público ou à Ordem dos Advogados do Brasil lista sêxtupla destinada ao provimento de vagas do chamado quinto constitucional, salvo se o fizer motivadamente"* (CNJ. PCA 004132-13.2012.2.00.0000. Rel. Wellington Saraiva, 167ª Sessão Ordinária, j. 16/4/2013)

Em resumo, a sessão de escolha dos nomes de advogados que compuseram a lista tríplice para se candidatar à vaga ocorreu de forma transparente, inexistindo afronta a estatutos ou ofensas a direitos, tendo observado todos os ditames legais, além dos princípios da moralidade, legalidade e publicidade, com a publicação de edital, convocação dos interessados para participar da sessão de escolha, os quais exerceram seu direito a voto, e puderam, ainda, expor tudo aquilo que entendessem necessário para a análise da matéria, não havendo qualquer nulidade a ser reconhecida.

Com o parecer, denego a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Declarou seu impedimento o Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fábio Ricardo Trad em face de ato imputado ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que é advogado e se candidatou à vaga de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul pelo quinto constitucional reservado à Ordem dos Advogados do Brasil; por não concordar com o procedimento que resultou na exclusão do seu nome da lista sêxtupla elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul, ajuizou correspondente ação perante a Justiça Federal; mesmo sem transitar em julgado as medidas judiciais promovidas naquela outra esfera da justiça comum, o E. TJMS, na pessoa do seu presidente, pautou a sessão de escolha da lista tríplice para o dia 07/12/2016; e que a designação de pauta para elaboração da lista tríplice por meio do ofício nº 012.0.075.0054/2016, datado de 23 de novembro de 2016, ofende os princípios da moralidade, legalidade, publicidade e transparência, notadamente porque não antecedida de prévia publicidade.

Pugnou pela concessão de liminar para que fosse determinada a suspensão da votação da lista sêxtupla enviada pela ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul até o trânsito em julgado das ações ajuizadas perante a Justiça Federal, onde se discute a legalidade do processo de escolha de nomes para compô-la, suspendendo-se, por conseguinte, a sessão designada para a data acima indicada.

A liminar foi indeferida pelo então relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, as fls. 36-40, por ausência da verossimilhança dado direito material invocado e do perigo de dano potencial.

O Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul apresentou informações as fls. 53-57, na qual afirmou inexistir violação ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça, afronta a princípios e normas constitucionais ou de preterição de legislação infraconstitucional, pugnando pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer as fls. 83-90, pugnando pela denegação da segurança, por ausência de direito líquido e certo a ser amparado na ação mandamental.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fábio Ricardo Trad em face de ato imputado ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que é advogado e se candidatou à vaga de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul pelo quinto constitucional reservado à Ordem dos Advogados do Brasil; por não concordar com o procedimento que resultou na exclusão do seu nome da lista sêxtupla elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul, ajuizou correspondente ação perante a Justiça Federal; mesmo sem transitar em julgado as medidas judiciais promovidas naquela outra esfera da justiça comum, o E. TJMS, na pessoa do seu presidente, pautou a sessão de escolha da lista tríplice para o dia 07/12/2016; e que a designação de pauta para elaboração da lista tríplice por meio do ofício nº 012.0.075.0054/2016, datado de 23 de novembro de 2016, ofende os princípios da moralidade, legalidade, publicidade e transparência, notadamente porque não antecedida de prévia publicidade.

Pugnou pela concessão de liminar para que fosse determinada a suspensão da votação da lista sêxtupla enviada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul até o trânsito em julgado das ações ajuizadas perante a Justiça Federal, onde se discute a legalidade do processo de escolha de nomes para compô-la, suspendendo-se, por conseguinte, a sessão designada para a data acima indicada.

Passo à análise.

A pretensão do impetrante, em resumo, consubstancia-se em ofensa à ordem jurídica cometida pelo Presidente do TJMS, que convocou os desembargadores desta Corte para sessão de escolha da lista tríplice, a despeito de existirem outras ações administrativas e judiciais manejadas pelo impetrante questionando a validade da lista sêxtupla elaborada pela OAB, bem como que referida convocação padeceria de nulidade, porquanto não teria obedecido aos princípios da moralidade, legalidade, publicidade e transparência.

Inicialmente, esclareço que as alegações arguidas pelo impetrante neste *mandamus* também foram arrazoadas no Mandado de Segurança nº 1413984-03.2016.8.12.000, de minha relatoria.

Consoante se extrai dos autos, o impetrante, visando sanar suposto vício na formação da lista sêxtupla por parte da OAB/MS, impetrou o Mandado de Segurança 0005248-08.2016.403.6000, que tramitou na 4ª Vara da Justiça Federal de Campo Grande, sendo julgado improcedente o pedido e denegada a segurança.

Com o mesmo objetivo, propôs a Ação Anulatória 0006038-89.2016.403.6000, que tramitou na 3ª Vara Federal de Campo Grande, cuja sentença culminou na improcedência, reconhecendo expressamente "a validade do certame realizado pela OAB-MS para a formação da lista sêxtupla destinada ao preenchimento da vaga de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, pelo quinto constitucional".

Administrativamente, formulou perante o Conselho Nacional de Justiça o Pedido de Providências 0006978-61.2016.2.00.0000, que também buscava a *"suspensão da tramitação, no âmbito do TJMS, do procedimento destinado ao preenchimento de vaga de desembargador, pelo quinto constitucional, cuja vacância ocorreu, em 23/6/2014, com a aposentadoria do Desembargador João Batista da Costa Marques"*.

O Conselheiro Carlos Eduardo Oliveira Dias, proferiu, liminarmente, decisão terminativa para não conhecer *"do pedido formulado pelo Requerente para a devolução da lista sêxtupla apresentada pela OAB/MS, bem como com a realização de novo certame, por extrapolar as competências deste Conselho, e julgo improcedente o pedido no sentido de suspenser a tramitação da lista no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul"*.

Apenas após várias manifestações judiciais nos processos que discutiam a ilegalidade/irregularidade na lista sêxtupla elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção Mato Grosso do Sul, que o Presidente desta Corte convocou os demais membros componentes do Tribunal Pleno para a sessão de elaboração da lista tríplice.

É importante frisar que, diante da inexistência de rito próprio e específico para a sessão que define a lista tríplice, cabia a cada Tribunal elaborar o procedimento a ser seguido. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul definiu o procedimento a ser adotado no artigo 26 de seu Regimento Interno. *In verbis:*

> *Art. 26. Na vaga correspondente ao quinto reservado ao Ministério Público e a advogado, nos cinco dias seguintes à ocorrência, o Presidente do Tribunal de Justiça baixará edital, comunicando o fato, e oficiará ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Presidente do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo a hipótese, para as providências previstas no parágrafo único do art. 94 da Constituição Federal e no parágrafo único do art. 99 da Constituição Estadual.*
>
> *§ 1º Para a formação da lista tríplice, cada Desembargador votará em três nomes e a lista será organizada de acordo com a ordem decrescente de votação, considerando-se classificados aqueles que alcançarem qualquer número acima da metade dos votos dos Desembargadores, procedendo-se a tantos escrutínios quantos forem necessários à formação da lista, devendo a escolha recair no mais votado que a encabeçar.*
>
> *I - se no quinto escrutínio nenhum candidato alcançar qualquer número acima da metade dos votos dos Desembargadores, considerar-se-ão classificados os que alcançarem, pelo menos, a metade dos votos;*
>
> *II - havendo empate terá precedência o mais idoso;*
>
> *III - este critério valerá também para a colocação na lista.*
>
> *§ 2º A ata mencionará os nomes de todos os membros do Ministério Público ou advogados que hajam recebido votos.*

Ao contrário do sustentado pelo impetrante, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul obedeceu às exigências legais, em especial ao disposto no artigo 26 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, vez que foi efetivamente baixado o Edital 066.477.049.0005/2016, tornando pública a vacância do cargo de Desembargador, cuja vaga era destinada à Ordem dos Advogados do Brasil. Tal ato foi publicado no Diário da Justiça nº 3522, de 24.02.2016:

SECRETARIA DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

EDITAL Nº 066.477.049.0005/2016

O Desembargador JOÃO MARIA LÓS, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no cumprimento das disposições contidas no artigo 27 do Regimento Interno deste Tribunal, **TORNA PÚBLICO** que, em virtude da aposentadoria do Des. João Batista da Costa Marques, ocorreu a vaga proveniente do quinto Constitucional, destinada à Ordem dos Advogados do Brasil/MS.

Dado e passado nesta cidade de Campo Grande e Tribunal de Justiça, aos vinte e quatro dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dezesseis.

(a) Des. João Maria Lós

Presidente

A convocação dos Desembargadores – reais interessados em participar da sessão de escolha – na qual foi elaborada lista tríplice dos nomes de advogados para o cargo de referido deu-se através do Ofício Circular nº 012.0.075.0054/2016, em 23 de novembro de 2016, os quais, no momento da votação, puderam exercitar legal e regularmente suas prerrogativas.

Não há falar em necessidade de publicação de edital convocando os desembargadores para participarem de sessão escolha no Diário da Justiça, em razão de não haver no regimento interno deste Tribunal nenhuma norma de procedimento que indique a necessidade de publicação prévia de edital nesse caso específico.

Há obrigatoriedade da publicação da pauta de julgamento das ações e dos recursos. Mas no caso está-se diante de ato administrativo-procedimental de escolha da lista, o que dispensa, a princípio, a publicação prévia de edital.

Corroborando a validade do procedimento convocatório para a sessão de escolha, o Conselheiro do CJN, Carlos Eduardo Oliveira Dias, ao decidir pedido de providências formulado pelo impetrante (0006978-61.2016.2.00.0000, salientou que "*Em face da inexistência de rito próprio e específico para a sessão que define a lista tríplice, notadamente quanto à convocação, foi expedido ofício circular convidando os desembargadores para a destacada sessão, medida perfeitamente apropriada para o fim colimado, qual seja: o chamamento de julgadores para a sessão do Tribunal Pleno*" (fl. 74).

Neste ponto, importante mencionar que, ainda que tenha sido marcada a sessão de escolha da lista tríplice mesmo sem que ocorresse o trânsito em julgado das medidas judiciais promovidas perante a Justiça Federal, a questão levantada, qual seja, necessidade de devolução da lista sêxtupla à OAB foi objeto de questionamento, suscitada pelos Desembargadores Julizar Barbosa Trindade e Nélio Stabile, todavia, por maioria de votos, os desembargadores presentes rejeitaram tal prejudicial, procedendo à conclusão da sessão de escolha.

A rejeição da prejudicial pela maioria dos desembargadores vai ao encontro ao entendimento pacificado de que *"uma vez preenchidos os requisitos do art. 94 da Constituição Federal, não podem os tribunais devolver ao Ministério Público ou à Ordem dos Advogados do Brasil lista sêxtupla destinada ao provimento de vagas do chamado quinto constitucional, salvo se o fizer motivadamente"* (CNJ. PCA 004132-13.2012.2.00.0000. Rel. Wellington Saraiva, 167ª Sessão Ordinária, j. 16/4/2013)

Pelo exposto, a sessão de escolha dos nomes de advogados que compuseram a lista tríplice para ocupar vaga de desembargador, ocorreu de forma transparente, inexistindo afronta a estatutos ou ofensas a direitos, tendo observado todos os ditames legais, além dos princípios da moralidade, legalidade e publicidade, com a publicação de edital, convocação dos interessados para participar da sessão de escolha, os quais exerceram seu direito a voto, e puderam, ainda, expor tudo aquilo que entendessem necessário para a análise da matéria.

O ajuizamento de diversas ações discutindo praticamente o mesmo assunto – irregularidade na elaboração da lista sêxtula pela OAB/MS – indica, ao menos à primeira vista, a sua irresignação com a votação e o clamor por nova oportunidade para nela figurar.

Com o parecer, voto pela denegação da segurança e julgo extinto o processo com julgamento do mérito, conforme disposto no artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Sem honorários, pois incabíveis à espécie (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Declarou seu impedimento o Des. João Maria Lós.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0804400-97.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – ACIDENTE EM LOCAL DE TRABALHO – SERVIDORA MUNICIPAL – AUTORA QUE ESCORREGOU NO PISO DA UNIDADE PÚBLICA DE SAÚDE E LESIONOU O TORNOZELO – AUSÊNCIA DE SEGURANÇA QUANTO AO PISO ESCORREGADIO DO LOCAL – OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – DEVER DE INDENIZAR – AUSÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE PERMANENTE QUE EXCLUI A OBRIGAÇÃO DE PENSIONAMENTO VITALÍCIO – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – DANOS MORAIS E DANOS ESTÉTICOS – CABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A responsabilidade do ente público por ato omissivo é subjetiva, de sorte que, demonstrado o nexo causal, o Município possui o dever de indenizar pelos danos advindos de acidente causado por falta de cuidado com a segurança dos servidores em local de trabalho com piso notoriamente escorregadio.

A ausência de prova da incapacidade da autora para o trabalho e das despesas por ela suportadas com o tratamento impõe o julgamento de improcedência do pedido de indenização pelos danos materiais.

O dano moral deve ser arbitrado quando a ofensa é capaz de gerar lesão a direitos intrínsecos à personalidade do indivíduo, violando, por exemplo, sua intimidade, honra e imagem. Sendo assim, para que haja caracterização do dever de indenizar, é imprescindível a evidência de uma circunstância gravemente injuriosa, relevante o suficiente para ocasionar ao ofendido dano em seu patrimônio moral. Tendo em vista o acidente em que a autora lesionou o tornozelo por ato omissivo do Município empregador, gerando-lhe sofrimento e o transtorno decorrentes da dor e tratamento, o cabimento de danos morais na situação é patente.

O dano estético é a ofensa à imagem externa da pessoa, a modificação física permanente do aspecto da aparência, caracterizado pela ofensa direta à integridade física da pessoa. Na situação apresentada há um dano estético de pouca monta, vez que a autora apenas apresenta cicatriz em seu tornozelo, mas não apresenta claudicação permanente para caminhar.

Danos morais arbitrados em R$ 10.000,00.

Danos estéticos arbitrados em R$ 5.000,00.

Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de agosto de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Gisele Bazilio Lopes Mesquita, devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 257-272) em face do Município de Três Lagoas, insurgindo-se contra a sentença de fls. 242-250 da douta juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas, MS, que julgou improcedente o pedido formulado pela apelante em ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais decorrentes de acidente de trabalho, condenando-a ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a cobrança nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sustenta a recorrente que trabalha como enfermeira da rede municipal de saúde, sendo que no dia 11 de setembro de 2012 buscava medicação para os pacientes na sala de enfermagem quando, ao virar o corredor, escorregou e caiu sobre o seu tornozelo.

Aduz que a queda se deu em virtude do piso estar escorregadio, pois foi feito um polimento que o deixou ainda mais deslizante, ressaltando que também ficou comprovado que o réu não forneceu calçado próprio e seguro para o local.

Salienta que foi submetida à perícia médica que comprovou a redução de sua capacidade física, pois não tem o mesmo vigor que tinha no momento de sua contratação, de sorte que restou comprovado o nexo causal entre o acidente e a incapacidade, bem como a culpa exclusiva da ré.

Alega que o réu não *"tomou as providências preventiva e reparadora e a falta das cautelas devidas deve ser traduzida no comportamento negligente do reclamado, que não observou determinadas providências exigíveis, violando e desprezando dispositivos legais e específicos, no sentido de prevenir o acidente"*.

Defende que o réu agiu culposamente, com negligência, e tem a obrigação de reparar o dano.

Discorre sobre o direito à indenização por dano moral, requerendo indenização em valor equivalente a 300 vezes o seu salário.

Também pede indenização pelo dano estético, tendo em vista a transformação visível em sua aparência, em 200 vezes o valor do salário.

Por fim, pede a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais (pensão vitalícia), tendo em vista a redução de seu desempenho para qualquer atividade inerente à função, sendo que também requer o pagamento de indenização por danos materiais decorrentes das despesas gastas, tendo

em vista que logo após o seu afastamento por auxílio doença, o seu convênio com a CASSEMS, de modo que foi obrigada a arcar com o tratamento integral nos meses de outubro/2012 a janeiro/2013.

Pede a reforma da sentença.

O réu apresentou contrarrazões às fls. 276-284.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e não está preparado, uma vez que a apelante é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Extrai-se dos autos que Gisele Bazilio Lopes Mesquita ajuizou a presente ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais em face do Município de Três Lagoas, também qualificado, alegando, em síntese, que é ocupante do cargo de técnico em enfermagem no Município de Três Lagoas desde 15/03/2010, percebendo remuneração mensal de R$ 1.256,09.

Aduz que, em 11/12/2012, sofreu acidente de trabalho quando ao buscar medicamentos escorregou, caiu e fraturou o tornozelo, sendo que a queda se deu em razão do piso escorregadio e irregular; que em razão da lesão teve que se submeter a procedimento cirúrgico para fixação de 03 (três) parafusos no tornozelo fraturado.

Sustenta que obteve junto ao INSS auxílio doença por acidente de trabalho; que em razão do acidente sua locomoção ficou prejudicada, sente dores no local quando faz frio, não consegue fazer força sobre o pé, não pode carregar peso ou correr e ficou com cicatriz no pé.

Alega que teve a sua capacidade laborativa reduzida consideravelmente e que o acidente se deu por culpa exclusiva do Município, já que não havia informações sobre o piso e por não fornecer os equipamentos de segurança.

Pede a condenação do réu ao pagamento de danos morais, danos estéticos e danos materiais para ressarcimento das despesas com o tratamento, já que teve o seu plano de saúde cancelado, e em forma de pensão vitalícia, tendo em vista que não mais consegue desenvolver suas funções.

1 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.
§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.
§ 3º Após as formalidades previstas nos § § 1o e 2o, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

O douto juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial, motivando sua decisão na ausência de prova do nexo causal entre a queda da autora e qualquer atitude omissiva do Município-réu.

Tenho que a sentença deve ser mantida.

Certo é que o empregador é civilmente responsável pela segurança de seus colaboradores, sendo que tal responsabilidade decorre do dever de zelo que possui face aos seus empregados, pois a manutenção do ambiente do trabalho é obrigação inerente ao contrato de trabalho.

Dispõe o artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal[2] que é direito do empregado o seguro contra acidentes de trabalho, que fica a cargo do empregador, sem excluir a indenização a ser paga ao empregado, pelo mesmo empregador, quando este incorrer em dolo ou culpa.

Desta forma, em caso de acidente de trabalho o empregado terá sempre o direito resguardado junto à Previdência Social, como segurado obrigatório, independentemente de perquirir sobre culpa, dolo, ou responsabilidade pelo evento danoso ocorrido.

Porém, no que se refere à eventual indenização devida pelo empregador, em razão de acidente ocorrido no local de trabalho, esta não é devida automaticamente e em qualquer hipótese, dependendo da comprovação do dolo ou culpa.

Outrossim, a responsabilidade objetiva do Estado resultou de um acentuado processo evolutivo, incidindo em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos.

Para a configuração desse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos: a) fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) dano e; c) nexo causal.

Todavia, quando a conduta for omissiva, é preciso distinguir se a omissão constitui ou não fato gerador da responsabilidade civil do Estado, que se desempenha quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.

Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[3]:

> *(...) a responsabilidade estatal do 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).*

O doutrinador prossegue com o seu posicionamento afirmando que[4]:

> *Ocorre a culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado (...). É mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço (faute du servisse, seja qual for*

2 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

3 DE MELLO, Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. Editora Malheiros, 2011: p. 1021

4 Idem. p. 1011/1013.

> *a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo). (...) Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito de uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.*

Assim, no caso em comento, como empregador ou como ente do Estado, concluo pela subjetividade da responsabilidade do Município em indenizar a vítima por danos ocasionados em razão de sua omissão, consubstanciada no descuido quanto à segurança do piso – que, segundo alega a autora, era muito liso e estava encerado -, bem como quanto ao fornecimento dos equipamentos de segurança.

Por oportuno, insta registrar que, em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina e a jurisprudência divididas entre as correntes de adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece, no entendimento majoritário, a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do ente estatal.

A título exemplificativo:

> *PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA D E MOROSIDADE. DOLO OU CULPA INEXISTENTE. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência, tanto a do STF como a do STJ, é firme no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de ato omissivo estatal. Incidência da Súmula 83/STJ. (...)* (STJ, AgRg no AREsp 243494 PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05/02/2013, Dj. 19/02/2013).
>
> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *(...) 2. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados. Rever tal posicionamento requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.* (STJ, AgRg no AREsp 302747 SE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16/04/2013, Dje. 25/04/2013).

Tecidas essas considerações, no que diz respeito à responsabilidade em indenizar a autora por dano ocasionado em razão de omissão do ente público, passo a analisar a conduta do réu e, caso reconhecida, o nexo causal entre a conduta e o dano.

Com efeito, conforme se depreende da inicial a autora escorregou no piso do hospital em que trabalhava no momento em que ia pegar um medicamento o que ocasionou a lesão em seu tornozelo que a impede de laborar com o mesmo rendimento, sendo que o fato somente teria ocorrido por descuido da administração com o piso do estabelecimento e em razão do não fornecimento de equipamentos de segurança.

Ao contrário do que decidiu o nobre julgador de primeiro grau, a meu ver, a prova testemunhal colhida em audiência, cujo termo e os áudios estão juntados à f. 241, é clara quanto ao fato de que o piso da unidade de saúde em que trabalhavam era naturalmente escorregadio, o que já havia sido objeto de discussão naquele ambiente de trabalho. Também restou claro dos depoimentos que o Município não fornecia os calçados apropriados para aquele piso.

As testemunhas somente divergiram quanto ao fato de que haviam passado cera no piso em data próxima ao acidente da autora, sendo que a testemunha Andrea Aparecida Guimarães foi categórica ao afirmar que sim, recordando, inclusive, do cheiro que estava no ambiente no momento em que ela chegou no trabalho naquele dia.

A lesão no tornozelo da autora é fato incontroverso.

Porém, o que não restou comprovado, no meu entendimento, foi a extensão do dano: lesão permanente no tornozelo direito da autora.

Isso porque o perito embasou o seu laudo apenas nas queixas da autora, conforme transcrição do laudo de fls. 167-169 que faço a seguir:

> Declaro para os devidos fins que a mesma citada acima foi vitima de queda da própria altura no caps-ad a mais ou menos 3 anos, com dor e edema em tornozelo direito com incapacidade de deambular foi encaminha ao Hospital Auxiliadora pelo corpo de bombeiro foi atendida pelo médico assistente de plantão ortopedista, por medidas burocráticas do convenio foi encaminhada ao hospital da Cassems para tratamento cirúrgico.
>
> Foi submetida à osteossíntese em tornozelo direito no mesmo dia. Com diagnostico de fratura de 1/3 distal de fíbula e lesão ligamentar. Paciente evolui segundo relato da mesma com parestesia e formigamento foi submetida à nova intervenção com retirada da síntese com 1 ano de evolução.
>
> No momento paciente relata dor e certa instabilidade em tornozelo com entorses frequentes, paciente com dor a palpação e flexão dorsal, paciente relata quedas frequentes por instabilidade articular. Sem mais a declarar.

Em respostas aos quesitos formulados pelas partes (fls. 187-188 e 210-212), o perito concluiu que a autora tem lesão permanente e tem condições de exercer sua função, mas com limitações, mas não afirmou que tenha solicitado algum exame atual, apesar de informar que foram realizados exames periódicos de raio-x, com a conclusão de que a autora sofre de osteoartrose pós-traumática.

Certo é, porém, que a autora retornou ao trabalho, pois teve seu benefício de auxílio-doença negado quando submetida a perícia junto ao INSS (f. 118), bem como foi aprovada em concurso público para a Unidade de Pronto Atendimento – UPA, passando inclusive no exame admissional, conforme documento de f. 128, que não foi impugnado pela autora.

Assim, não há como considerar a conclusão do laudo pericial acerca da definitividade da incapacidade da autora, pois simplesmente se pauta nas assertivas da periciada, já que não faz referência a nenhum outro atestado médico contemporâneo ao laudo ou qualquer outro documento.

Essa realidade fática-processual autoriza o afastamento da conclusão adotada, a teor do artigo 479 do Código de Processo Civil:

> *Art. 479. 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.*

Acerca do dispositivo acima explanam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *Não adstrição do juiz ao laudo pericial. O juiz não fica vinculado aos fundamentos e à conclusão a que chegou o perito no laudo, tampouco às opiniões dos assistentes técnicos das partes. Pode até utilizar-se de seu conhecimento privado, mas em qualquer caso deve fundamentar o porquê do acolhimento ou não acolhimento do laudo, das críticas dos assistentes técnicos ou do parecer técnico-científico de jurista ou de outro especialista.*

Assim, tenho que restou comprovado o acidente da autora no ambiente de trabalho, a omissão do réu quanto às providencias cabíveis para evitar tal acidente - tendo em vista que o estado do piso era de conhecimento da administração -, bem como o dano consubstanciado em lesão no tornozelo da autora com necessidade de realização de cirurgia que acarretou cicatriz evidente no local da lesão.

Portanto, certo é que a autora tem direito a indenização por danos morais e estéticos, considerando o dano a ela ocasionado (lesão e cicatriz), mas não na extensão por ela requerida, uma vez que a sua incapacidade não restou comprovada.

Assim, não há o que se falar em pensão vitalícia, tanto pela falta de prova da incapacidade, como pelo fato de que está trabalhando e foi, após o acidente, aprovada em outro concurso público.

Também entendo não ser devida a indenização por danos materiais pelas despesas por ela suportadas com o tratamento, tendo em vista que o perito afirmou que sua cirurgia foi custeada pela CASSEMS e, ademais, não há nos autos a comprovação de tais despesas.

Logo, somente está caracterizada a responsabilidade civil e o dever de indenizar o dano moral e o dano estético.

O dano estético é a ofensa à imagem externa da pessoa, a modificação física permanente do aspecto da aparência, caracterizado pela ofensa direta à integridade física da pessoa.

E, muito embora se manifeste no íntimo da vítima, *"distingue-se do dano moral, porquanto relacionado ao aspecto físico da vítima, ao conceito de beleza que as pessoas do senso comum têm umas das outras, refletindo, ainda, no sentimento de repugnância que a deformidade física desperta em referência ao atingido"* (STJ. REsp 1546023. Ministro Sérgio Kukina. Publicação em 28/08/2015).

Ladislau Fernando Rohnelt[5] entende que :

> *Do ponto de vista jurídico-penal, a deformidade significa alteração física ou anatômica na pessoa da vítima. Por conseguinte, exclui-se a hipótese da alteração psíquica.*
>
> *(...) Prepondera na doutrina estrangeira e nacional a concepção de que a deformidade é um dano estético de certa monta, uma alteração notável no aspecto da pessoa, uma profunda modificação de sua simetria e de sua forma.*

5 ROHNELT, Ladislau Fernando. **Deformidade Permanente.** Revista da Ajuris, n. 11, a. 4, p. 116-127, nov. 1977.

> *(...) O dano estético deve ser permanente, indelével e irreparável, sem possibilidade de restauração formal ou de restituição ao estado anterior.*

No caso, o ferimento experimentado pela autora ocasionou lesão em seu tornozelo e, em razão da cirurgia corretiva, cicatriz no local da lesão.

Como se viu, há um dano estético de pouca monta, vez que a autora não apresenta claudicação permanente para caminhar.

Logo, restando caracterizada a responsabilidade civil e o dever de indenizar, passo à valoração das indenizações.

Primeiramente, insta salientar que a função preponderante da reparação por dano moral é ressarcitória, ou seja, compensar a vítima pela lesão sofrida, de modo que a indenização deve guardar razoável proporcionalidade com o dano vivenciado.

Todavia, o juiz não pode deixar de considerar, outrossim, o caráter punitivo da reparação moral, como forma de dissuadir o ofensor de repetir o ato praticado.

Assim, embora inexista orientação uniforme e objetiva acerca do *quantum* indenizatório, é induvidoso que o juiz deve sempre observar as circunstâncias fáticas do caso examinado, a gravidade do dano, natureza e extensão, a condição econômica do ofensor, visando, com isso, que não haja enriquecimento do ofendido, mas que a indenização represente um desestímulo a novas agressões.

Na lição de Yussef Said Cahali[6]:

> *Nesta espécie de dano adquire particular relevo informativo na fixação do quantum indenizatório a intensidade do dano moral do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão social, a posição social daquele, seu grau de cultura, atividade profissional desenvolvida e seus ganhos, sua idade e sexo, além de outros requisitos que possam ser levados em conta.*

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral:

> *Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. (...) Levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesado (punitive damages).*[7]

No mesmo sentido:

> *A respeito da avaliação dos danos morais, convém lembrar que os tribunais adotam a teoria compensatória, bem como do desestímulo, onde o montante desta indenização deve ser razoavelmente expressivo, não meramente simbólico, pesando no bolso do ofensor como forma de não incentivar à reincidência do ato lesivo. Tem-se, desse modo, que 'o dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a libertar-se do sofrimento, ou, reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa.*

6 *in* **Dano Moral**, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito Civil Brasileiro**. v. IV, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 380.

> *Conseguintemente, inexistindo critérios previstos por lei, a indenização fica condicionada ao prudente arbítrio do julgador que, evidentemente, apreciará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para fixação do dano.*

Acompanhando essa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Júnior assevera:

> *Resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários, acrescenta que o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão.*[8]

Desse modo, deve o magistrado agir com prudente arbítrio ao fixar indenização a título de danos morais, levando em conta a possibilidade do culpado e a condição econômica da vítima e evitando-se assim que esta se enriqueça indevidamente com a demanda em espécie, de forma a atender ao princípio da razoabilidade. Assim, de acordo com a doutrina, o dano moral deve ser arbitrado levando-se em conta a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo.

Posto isso, a meu ver, considerando o grau de culpa da apelante e do Município empregador e as condições econômicas de ambas as partes, penso que o valor correspondente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais) guarda correspondência com a gravidade da lesão e se insere dentro da proporcionalidade balizada frente aos elementos acima indicados – capaz de minorar os efeitos adversos do dano sofrido e, ainda, desmotivar o Município para a prática de atos de idêntica natureza.

Ora, conforme se extrai dos autos, em decorrência do acidente, a autora sofreu lesão em seu tornozelo com tempo longo de recuperação, submetendo-se a cirurgia que acarretou cicatriz no local da lesão – que não é considerada grave, pois em local de pouca visibilidade -, fato este que lhe causou o dano moral relatado.

Assim, diante das consequências infligidas à autora, e, ainda, diante do descumprimento pelo Município do seu dever de segurança para com seus servidores, entendo que o montante arbitrado (R$ 10.000,00 por danos morais e R$ 5.000,00 por danos estéticos) é razoável.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Gisele Bazilio Lopes Mesquita e lhe dou parcial provimento apenas para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais em valor correspondente a R$ 10.000,00 (dez mil reais) e danos estéticos no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) acrescidos de correção monetária pela TR desde o acidente até 25.03.2015 e, a partir de então, pelo IPCA-E e juros de mora nos moldes da poupança desde o arbitramento (prolação deste acórdão).

Redistribuo, por conseguinte, o ônus da sucumbência e, tendo em vista o acolhimento de parte do pedido, condeno o réu/apelado ao pagamento de 70 % (setenta por cento) e a autora ao pagamento 30 % (trinta por cento) das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15 % (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, na forma do § 2º, 3º e 11º do art. 85 do CPC, já considerado o trabalho realizado na esfera recursal, suspendendo o pagamento com relação a autora por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

8 LUZ, Valdemar P. Da. **Trânsito e Veículos – Responsabilidade Civil e Criminal**. 6 ed., São paulo: Conceito Editorial, 2011, pág. 77.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 23 de agosto de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0818052-76.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRETENSÃO DE OBRIGAR O ENTE MUNICIPAL A ATENDER OS PEDIDOS ADMINISTRATIVOS DE PODA OU REMOÇÃO DE ÁRVORES – EXISTÊNCIA DE REGRAMENTO PROCEDIMENTAL ESPECÍFICO – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do artigo 2º, inc. IX, da Lei Municipal 3.201/1995, compete ao Departamento de Parques e Áreas Verdes, da Secretaria Municipal de Serviços Públicos autorizar, bem como efetuar, quando necessário, o corte e a poda de árvores, havendo procedimento específico, mediante análise de técnicos especializados, para tal fim. Assim, qualquer ingerência na situação, em prazo delimitado e sem a observância do procedimento legal previsto, acarretará indevida intromissão na discricionariedade da Administração.

Sentença mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Defensoria Pública Estadual interpõe apelação cível (fls. 224/234) em face de Energisa Mato Grosso do Sul S/A e Município de Campo Grande, insurgindo-se contra a sentença de fls. 206/213 do douto juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande/MS, MS, Dr. David de Oliveira Gomes Filho, que julgou improcedente o pedido formulado pela apelante na ação civil pública ajuizada em face dos apelados.

Extrai-se dos autos que a autora/apelante ajuizou a presente demanda alegando, em suma, que os requeridos não vêm atendendo aos pedidos dos munícipes para a realização de poda e remoção de árvores e que esta omissão estaria causando danos a população. Assim, requereu a concessão de tutela antecipada, e, ao final, a condenação do Município requerido à realização de poda ou remoção de árvores da zona urbana de Campo Grande, no prazo de 10 dias, para que sejam cesssados os danos atuais e

iminentes aos cidadãos, em decorrência da respectiva omissão, sob pena de ser permitido ser feito pelo particular, às próprias expensas e livre de penalidades civis, administrativas ou criminais. Requereu, ainda, a condenação da requerida Energisa ao atendimento dos requerimentos voltados à suspensão do fornecimento de energia elétrica para o fim de poda ou remoção de árvores da zona urbana de Campo Grande, no prazo de 10 dias, a partir do protocolo, sob pena de aplicação de multa de R$ 2.000,00 para cada pedido não atendido.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fls. 142/144).

O douto magistrado, na sentença aqui atacada, rejeitou as preliminares levantadas me sede de contestação e julgou improcedentes os pedidos, pois entendeu a poda ou remoção de árvores do centro urbano seria ato discricionário da administração.

Contra essa decisão insurge-se o apelante.

Afirma que restou fartamente comprovada a omissão e o descaso com que a municipalidade trata os pedidos de remoção ou podas de vegetais.

Aduz que a pretensão exposta não tem por desiderato a emissão de um juízo de valor quanto a discricionariedade da Administração Pública Municipal no que tange ao deferimento ou indeferimento dos pedidos de remoção ou poda de vegetais em mau estado fitossanitário e/ou que apresentam risco a coletividade, mas sim que os pedidos sejam atendidos em tempo hábil, mormente para que prejuízos sejam evitados.

Salienta que o pedido feito não é contra lei, pois a legislação em vigor autoriza a poda de árvores para remoção de perigo iminente.

Sustenta que há omissão do Poder Público no trato da questão, vez que, após o recebimento de diversos cidadãos que relataram problemas com a poda de árvores, foi constatado que durante o período de 23/04/2012 a 23/04/2014, deram entrada 3.030 (três mil e trinta) pedidos de poda e remoção de árvores, sendo 2.424 (dois mil quatrocentos e vinte e quatro) de remoção e 606 (seiscentos e seis) de poda e que durante esse mesmo período, foram realizados 480 (quatrocentos e oitenta) serviços de poda e 1.782 (mil setecentos e oitenta e dois) serviços de remoção.

Aduz que há desídia do Município em analisar os pedidos de remoção das árvores, sendo que tal situação causa iminente perigo a toda sociedade.

Sustenta que as provas carreadas aos autos foram ignoradas, não tendo a sentença sequer feito menção a sua existência.

Ao final requer o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões da requerida Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A às fls. 243/251.

Contrarrazões do Município de Campo Grande às fls. 259/264.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (relator)

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o apelante é isento de preparo.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Extrai-se dos autos que a autora/apelante ajuizou a presente demanda alegando, em suma, que os requeridos não vêm atendendo aos pedidos dos munícipes para a realização de poda e remoção de árvores e que esta omissão estaria causando danos a população. Assim, requereu a concessão de tutela antecipada, e, ao final, a condenação do Município requerido à realização de poda ou remoção de árvores da zona urbana de Campo Grande, no prazo de 10 dias, para que sejam cesssados os danos atuais e iminentes aos cidadãos, em decorrência da respectiva omissão, sob pena de ser permitido ser feito pelo particular, às próprias expensas e livre de penalidades civis, administrativas ou criminais. Requereu, ainda, a condenação da requerida Energisa ao atendimento dos requerimentos voltados à suspensão do fornecimento de energia elétrica para o fim de poda ou remoção de árvores da zona urbana de Campo Grande, no prazo de 10 dias, a partir do protocolo, sob pena de aplicação de multa de R$ 2.000,00 para cada pedido não atendido.

O douto magistrado, na sentença aqui atacada, rejeitou as preliminares levantadas em sede de contestação e julgou improcedentes os pedidos, pois entendeu a poda ou remoção de árvores do centro urbano seria ato discricionário da Administração.

Contra essa decisão insurge-se a apelante.

Afirma que restou fartamente comprovada a omissão e o descaso com que a municipalidade trata os pedidos de remoção ou podas de vegetais.

Aduz que a pretensão exposta não tem por desiderato a emissão de um juízo de valor quanto a discricionariedade da Administração Pública Municipal no que tange ao deferimento ou indeferimento dos pedidos de remoção ou poda de vegetais em mau estado fitossanitário e/ou que apresentam risco a coletividade, mas sim que os pedidos sejam atendidos em tempo hábil, mormente para que prejuízos sejam evitados.

Salienta que o pedido feito não é contra lei, pois a legislação em vigor autoriza a poda de árvores para remoção de perigo iminente.

Sustenta que há omissão do Poder Público no trato da questão, vez que, após o recebimento de diversos cidadãos que relataram problemas com a poda de árvores, foi constatado que durante o período

1 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.
§ 1o O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2o Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.
§ 3o Após as formalidades previstas nos § § 1o e 2o, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

de 23/04/2012 a 23/04/2014, deram entrada 3.030 (três mil e trinta) pedidos de poda e remoção de árvores, sendo 2.424 (dois mil quatrocentos e vinte e quatro) de remoção e 606 (seiscentos e seis) de poda e que durante esse mesmo período, foram realizados 480 (quatrocentos e oitenta) serviços de poda e 1.782 (mil setecentos e oitenta e dois) serviços de remoção.

Aduz que há desídia do Município em analisar os pedidos de remoção das árvores, sendo que tal situação causa iminente perigo a toda sociedade.

Sustenta que as provas carreadas aos autos foram ignoradas, não tendo a sentença sequer feito menção a sua existência.

Primeiramente, é necessário esclarecer que, ao contrário do que foi exposto na petição recursal, não houve equívoco na interpretação do pedido feito pela autora/recorrente na presente demanda. Isto porque a pretensão exposta foi para que *"fossem atendidos os pedidos de requerimentos de poda ou remoção de árvores na zona urbana de Campo Grande-MS, no prazo de 10 (dias) dias"*, tendo o douto magistrado externado o entendimento de que tal medida não seria possível, pois, nos termos da legislação vigente, somente poderia ser tomada, dentro do exercício do poder discricionário da administração, após parecer técnico do órgão responsável.

E de fato, tenho que não há reparos a serem feitos na sentença invectivada.

Isto porque, em que pese haver demonstração de que nem todos os pedidos de remoção e poda de árvores feitos perante o ente municipal foram devidamente apreciados pelo órgão responsável, tenho que não é possível a emissão de um comando condenatório que se sobreporá ao regramento legal aplicável a espécie e também afetar a aplicação da discricionariedade da Administração no trato da questão.

Deveras, nos termos do artigo 2º, inc. IX, da Lei Municipal 3.201/1995, compete ao Departamento de Parques e Áreas Verdes, da Secretaria Municipal de Serviços Públicos autorizar, bem como efetuar, quando necessário, o corte e a poda de árvores, havendo procedimento específico, mediante análise de técnicos especializados, para tal fim.

Assim, de fato, qualquer ingerência na situação, no prazo requerido e sem a observância do procedimento legal previsto, acarretará indevida intromissão na discricionariedade da administração.

Aliás, tal entendimento foi expressamente esposado na decisão invectivada, razão pela qual, observada a clareza e a percuciência da sentença, para não incidir em redundância, mantenho-a por seus próprios fundamentos[2], transcrevendo-a, em parte, a seguir para também embasar este julgado, *in verbis*:

> *A competência para autorizar e efetuar o corte/poda e remoção de árvores, quando necessário, foi entregue pela Lei, ao Departamento de Parques e Áreas Verdes da Secretaria Municipal de*
>
> *Serviços Públicos, pelo artigo 2º, inc. IX, da Lei Municipal 3.201/1995, verbis:*
>
> *Art. 2º - Compete ao Departamento de Parques e Áreas Verdes, da Secretaria Municipal de Serviços Públicos: (...)*
>
> *IX - Autorizar, bem como efetuar, quando necessário, o corte e a poda de árvores;*

2 A propósito:
"AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. É lícito ao Tribunal *a quo* adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. (...)". (STJ - AgRg no Ag 517299/MT, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. em 09.05.2006, DJ 29.05.2006 p. 230).

Posteriormente à edição da Lei 3.201, vieram reformas administrativas na Prefeitura de Campo Grande e a última notícia de que se tem conhecimento é que após formulado o pedido de poda/remoção de árvores, a Divisão de Fiscalização de Áreas Verdes e Posturas Ambientais (DFAP), da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento2, por meio de seus técnicos, irá analisar a situação para decidir se realmente é o caso de deferir ou não a medida.

A autorização para poda/remoção de árvores, é um ato discricionário da Administração. Estes atos, segundo Bandeira de Mello são "os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles3".

Portanto, a Lei é clara a respeito da discricionariedade da Administração Pública Municipal, cabendo a ela o julgamento de "quando necessário", proceder a poda ou remoção de árvores, tratando-se, pois, de um juízo de valor que cabe à própria administração, por meio de um procedimento administrativo próprio

Não se pode tolher esta competência outorgada por Lei, para que o Município cuide de questões urbanísticas a pretexto de se proteger o direito individual nos munícipes.

Estas questões devem ser resolvidas pela administração consoante a capacidade técnica de seus órgãos, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento de ações e decisões judiciais, violando a separação dos poderes (art. 2º, CF).

Por outro lado, não nos parece seguro e nem razoável que qualquer cidadão que decida cortar uma árvore existente na calçada, o faça sozinho, à revelia do controle estatal. No fundo, esta seria a consequência da procedência do pedido feito na inicial.

Assim, não merece acolhimento o pedido de obrigar o Município a atender aos requerimentos de poda ou remoção de árvores, no prazo de 10 dias.

De igual sorte improcede o pedido do requerente de fazer, às suas expensas, a poda ou remoção de árvores, porque nem sempre o pedido será deferido pela Administração e, mesmo que fosse, o art. 22, da Lei nº 3.201/95, é expresso ao dispor que "Fica proibido ao munícipe, a realização de corte ou podas de árvores existentes em vias ou logradouros públicos". Não há dúvidas, portanto, de que o pedido formulado é contra legem.

Desta forma, no caso específico, descabe a intervenção do Poder Judiciário em questões urbanísticas definidas em Lei, impondo-se a improcedência dos pedidos da forma como foram postos.

Convém observar, por derradeiro, que eventual inércia ou a demora do Município em analisar os pedidos de poda, isto sim, poderia violar direito inquestionável do cidadão, pois não é admissível que o contribuinte faça um pedido de poda, com base no risco que determinada situação apresente, e o Município ignore o pedido ou demore injustificadamente meses ou anos para tomar uma posição. Somente neste caso, seria possível algum tipo de incentivo para que o órgão público cumpra seu papel e decida os pedidos administrativos que lhe forem endereçados.

Acontece que os fatos expostos e as provas colhidas nesta ação não alcançam a alegação de morosidade do Poder Público na análise dos pedidos, mas sim, a recusa do Município de atender os pedidos de poda. Ora, se houve recusa do Município, ele agiu, como já foi dito, dentro do poder discricionário que a lei lhe confere e, a partir dela, a via jurisdicional fica aberta para que os prejudicados peçam individualmente a intervenção jurisdicional, a depender do caso concreto.

Conforme muito bem salientando, não cabe ao judiciário se imiscuir no trato de questões urbanísticas já devidamente tratadas por regramento legal, devendo cada caso ser analisado individualmente.

Aliás, atento a esta realidade fática, o douto Procurador de Justiça Edgar Roberto Lemos de Miranda emitiu parecer opinando pela manutenção da improcedência dos pedidos iniciais da presente ação.

> *Sem muitas delongas, a sentença não merece reforma.*
>
> *A Lei Municipal nº 2.909/1992 (Código de Posturas), prevê nos art. 47:*
>
> *Art. 47 - Todos os serviços que impliquem em destruição ou danificação das árvores da arborização pública, deverão ser executados exclusivamente pelo órgão municipal competente ou por delegação deste.*
>
> *No termos do art. artigo 2º, inc. IX, da Lei Municipal n. 3.201/1995, que DISPÕE SOBRE A ARBORIZAÇÃO NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS, a competência autorizar e efetuar o corte/poda e remoção de árvores foi delegada ao Departamento de Parques e Áreas Verdes da Secretaria Municipal de Serviços Públicos:*
>
> *Art. 2º - Compete ao Departamento de Parques e Áreas Verdes, da Secretaria Municipal de Serviços Públicos:*
>
> *(...)*
>
> *IX - Autorizar, bem como efetuar, quando necessário, o corte e a poda de árvores;*
>
> *E o art. 22 da Lei Municipal n. 3.201/1995, proíbe, expressamente ao munícipe o corte ou poda de árvores:*
>
> *Art. 22 - Fica proibido ao munícipe, a realização de corte ou podas de árvores existentes em vias ou logradouros públicos.*
>
> *As hipóteses em que se pode autorizar a supressão ou poda das arvores encontram-se empresas no art. 21 da Lei Municipal n. 3.201/1995:*
>
> *Art. 21 - A supressão ou poda de árvores em vias ou logradouros públicos só poderá ser autorizada nas seguintes circunstâncias:*
>
> *I - Em terreno a ser edificado, quando o corte for indispensável à realização da obra, a critério da Prefeitura Municipal;*
>
> *II - Quando o estado fitossanitário e a senescência da árvore justificar;*
>
> *III - Quando a árvore, ou parte dela, apresentar risco iminente de queda;*
>
> *IV - Nos casos em que a árvore esteja causando comprováveis danos permanentes ao patrimônio público ou privado;*
>
> *V - Quando o plantio irregular ou a propagação espontânea de espécies arbóreas impossibilitar o desenvolvimento adequado de árvores vizinhas;*
>
> *VI - Quando se tratar de espécies invasoras, com propagação prejudicial comprovada;*
>
> *VII - Quando impedir ou reduzir a visibilidade dos sinais de trânsito.*

Frente à legislação vigente o magistrado singular julgou improcedente a demanda, sob o seguinte fundamentos:

A autorização para poda/remoção de árvores, é um ato discricionário da Administração. Estes atos, segundo Bandeira de Mello são "os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles".

Portanto, a Lei é clara a respeito da discricionariedade da Administração Pública Municipal, cabendo a ela o julgamento de "quando necessário", proceder a poda ou remoção de árvores, tratando-se, pois, de um juízo de valor que cabe à própria administração, por meio de um procedimento administrativo próprio.

Não se pode tolher esta competência outorgada por Lei, para que o Município cuide de questões urbanísticas a pretexto de se proteger o direito individual nos munícipes.

Estas questões devem ser resolvidas pela administração consoante a capacidade técnica de seus órgãos, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento de ações e decisões judiciais, violando a separação dos poderes (art. 2º, CF).

Por outro lado, não nos parece seguro e nem razoável que qualquer cidadão que decida cortar uma árvore existente na calçada, o faça sozinho, à revelia do controle estatal. No fundo, esta seria a consequência da procedência do pedido feito na inicial.

Assim, não merece acolhimento o pedido de obrigar o Município a atender aos requerimentos de poda ou remoção de árvores, no prazo de 10 dias.

De igual sorte improcede o pedido do requerente de fazer, às suas expensas, a poda ou remoção de árvores, porque nem sempre o pedido será deferido pela Administração e, mesmo que fosse, o art. 22, da Lei nº 3.201/95, é expresso ao dispor que "Fica proibido ao munícipe, a realização de corte ou podas de árvores existentes em vias ou logradouros públicos". Não há dúvidas, portanto, de que o pedido formulado é contra legem.

Desta forma, no caso específico, descabe a intervenção do Poder Judiciário em questões urbanísticas definidas em Lei, impondo-se a improcedência dos pedidos da forma como foram postos. p. 211/212.

A comprovar que a poda não pode ser feita sem autorização legal, como pretende o apelante, colho o seguinte julgado:

57933929 - DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. Apelação cível. Ação de autorização judicial para corte de árvore. Pleito indeferido. Inconformismo. Justiça gratuita. Concessão. Efeitos ex nunc. Mérito. Pretensão de corte de árvore da espécie imbuia localizada entre as propriedades imobiliárias dos litigantes. Árvore inclusa na lista de espécies ameaçadas de extinção. Necessidade de autorização administrativa do órgão responsável (iap). Ausência. Juntada apenas de autorização de poda concedida pela prefeitura municipal. Pedido de autorização de poda não constante na inicial. Posterior requerimento que dependia de anuência da parte adversa. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido (TJPR; Ap Civ 1582579-3; Rio Negro; Décima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Ruy Muggiati; Julg. 24/05/2017; DJPR 08/06/2017; Pág. 581)

Ademais, a pretensão de se permitir que o cidadão, passado o prazo imposto e mantida a omissão, realizasse a poda ou remoção de árvores poderia ocasionar além de danos físicos a estrutura urbana também danos ambientais.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Defensoria Pública Estadual, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença invectivada.

Deixo de arbitrar honorários recursais, vez que incabíveis na espécie.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0836740-86.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator. Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS– AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C.C. PERDAS E DANOS – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS DEVIDOS PELA UTILIZAÇÃO DE TELEVISORES NOS QUARTOS DE HOTEL – LEI 9.610/98 – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECOLHIMENTO FEITO PELA EMPRESA DE TV A CABO – INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL – PRESCRIÇÃO TRIENAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

O prazo prescricional para a cobrança de direitos autorais é de 3 anos, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.

Nos termos dos precedentes do STJ, a disponibilidade de rádios e televisão em quartos de hotel é fato gerador de arrecadação de direitos autorais, não havendo *bis in idem* na cobrança já feita a empresa de assinatura de TV fechada.

Recursos conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de agosto de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de duas apelações cíveis interpostas por Hotel Gaspar Ltda – EPP às fls. 255/267 e por Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-ECAD às fls. 274/283 insurgindo-se, ambos, contra a sentença (fls. 241/252) proferida pelo juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Dr. Atílio César de Oliveira Junior, que reconheceu a prescrição de parte da pretensão e julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de cumprimento de preceito legal c.c perdas e danos movida pelo segundo em face do primeiro.

Em suas razões recursais, o requerido apelante afirma que, nos termos da jurisprudência do STJ, os quartos de hotel não se comparam a casa/residência, pois são locais de frequência coletiva, de forma que a utilização de aparelhos televisores ou radiofônicos nestes torna devida a cobrança de direitos autorais. Entretanto, tal cobrança não é devida quando são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque,

em se tratando de TV a cabo, cujo sinal é pago pelo usuário, são as operadoras que distribuem o sinal as responsáveis pelas respectivas contribuições ao ECAD.

Assim entende que por se enquadrar na situação descrita, utilizando-se do serviço de retransmissão de conteúdo televisivo pela empresa NET, não é obrigada ao pagamento dos valores cobrados.

Requer a reforma da decisão para que os pedidos iniciais sejam julgados totalmente improcedentes e, também, a condenação da autora no pagamento da integralidade das custas e honorários advocatícios, devendo estes serem majorados.

A autora/apelante, por outro lado, defende que se aplica ao caso o prazo prescricional de 10 anos, nos termos do artigo 205, do CC, razão pela qual são devidos todos os valores cobrados por ela.

Contrarrazões da autora às fls. 287/304.

Sem contrarrazões da requerida.

VOTO (EM 26/07/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Observa-se que as partes foram intimadas da sentença em 16/02/2017, conforme certidão de f. 254, com início do prazo em 16/02/2017 e término em 14/03/2017.

Ambos os recursos foram protocolados em 14/03/2017, em atenção, portanto, ao prazo do § 5º[1] do art. 1003 do NCPC.

Observa-se, outrossim, que os preparos foram devidamente recolhidos (fls. 272/273 e 284/285).

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Consta dos autos que a autora/apelante ajuizou a presente aduzindo que o requerido/apelante não recolhe os valores referentes aos direitos autorais decorrentes da utilização de TV nos aposentos do hotel, razão pela qual requereu da quantia de R$ 70.741,76, referente ao período de setembro de 2010 a setembro de 2015.

O douto magistrado, ao aplicar o prazo trienal previsto no artigo 206 § 3º do Código Civil, reconheceu a prescrição de parte da pretensão de cobrança, referentes aos meses de setembro/2010 a setembro/2013, e, no mérito, procedente a pretensão de cobrança para o período remanescente.

Confira-se o entendimento externado:

> *Apura-se, portanto, que o prazo prescricional utilizado é o de três anos quando se trata de ilícito extracontratual, sendo de dez anos quando o ilícito é de cunho contratual ou semelhante a este.*

1 § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

No caso sub judice não se verifica nenhum documento contratual ou que se assemelhe a tal. A documentação às f. 54-62, não contém qualquer assinatura oposta pelos representantes do requerido, sendo documentação erigida de forma unilateral pelo autor.

Não resta dúvidas, pois, que o prazo prescricional a ser aplicado ao presente caso é o trienal, atendido o disposto no art. 206, § 3º, V do Código Civil.

Vê-se que o autor almeja o recebimento de montante a contar da data de setembro de 2010.

A presente ação foi proposta em 19.10.2015, data em que vigorava o disposto no art. 219 do CPC/73, que dispunha que a citação válida interrompe a prescrição.

Ainda no mencionado artigo, em seu § 1º, trazia o mandamento de que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação.

Evidente, portanto, que as parcelas referentes ao pagamento de direitos autorais vencidas entre setembro de 2010 e setembro de 2013 estão prescritas, podendo ser cobradas apenas as parcelas de outubro de 2013 em diante.

Haja vista o réu não ter impugnado especificamente os cálculos apresentados pelo autor, restou incontroversa a quantia estimada por este, subtraída, evidentemente, aquelas parcelas que estão prescritas.

Quanto ao autor fixar os valores devidos pelo réu quanto aos direitos autorais, embasado em regulamento previamente instituído, não resta dúvidas em relação a sua legitimidade para tanto, conforme já decidiu reiteradamente o STJ, conforme se demonstra abaixo:

INFORMATIVO Nº 0543 PERÍODO: 13 DE AGOSTO DE 2014. DIREITO CIVIL. LEGALIDADE DE CRITÉRIOS FIXADOS EM REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO DO ECAD.

É válido o critério de estimativa da receita bruta do evento realizado, previsto em regulamento de arrecadação do ECAD, para se cobrar os valores devidos pela execução de obras musicais. Tratando-se de direito de autor, compete a esse a fixação da remuneração pela utilização de sua obra por terceiro, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente. Dessa forma, no âmbito de atuação do ECAD, os critérios para a cobrança dos direitos autorais são definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em assembleia geral composta pelos representantes das associações que o integram. O referido regulamento contém tabela específica de preços, os quais devem observar "a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras", conforme a nova redação expressa no § 3° do art. 98 da Lei 9.610/1998. Neste contexto, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD e seu critério de arrecadação. Precedentes citados: AgRg nos EDcl no REsp 885.783-SP, Terceira Turma, DJe 22/5/2013; e AgRg no Ag 780.560-PR, Quarta Turma, DJ 26/2/2007. REsp 1.160.483-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/6/2014

INFORMATIVO Nº 0524 PERÍODO: 28 DE AGOSTO DE 2013. DIREITO CIVIL. LEGITIMIDADE DO ECAD PARA A FIXAÇÃO DO VALOR A SER RECEBIDO A TÍTULO DE DIREITOS AUTORAIS. O ECAD tem legitimidade para reduzir o valor a ser recebido, a título de direitos autorais, pelos autores de obras musicais de background (músicas de

fundo), bem como estabelecer, para a remuneração desse tipo de obra, valor diferente do que o recebido pelos compositores das demais composições, de forma a corrigir distorções na remuneração pela execução das diversas obras musicais. Com efeito, o ECAD é uma associação civil constituída pelas associações de direito do autor com a finalidade de defesa e cobrança dos direitos autorais, nos termos do que prevê o art. 99 da Lei 9.610/1998. Vale ressaltar que, com o ato de filiação, as associações atuam como mandatárias de seus filiados na defesa dos seus interesses (art. 98), principalmente junto ao ECAD, que tem a competência para fixar preços, efetuar a cobrança e distribuir os valores referentes aos direitos autorais. Ademais, apesar de a lei de direitos autorais não fazer distinção entre os tipos de obras, outorgando-lhes igual proteção, verifica-se que não há nada que impeça que o critério adotado pelo ECAD para a distribuição dos valores arrecadados entre os autores leve em consideração o fato de as músicas de fundo serem obras de menor evidência do que as composições que, por exemplo, são temas de novelas, de personagens etc. Dessa forma, entende o STJ que, em se tratando de direito de autor, compete a este a fixação do seu valor, o que pode ocorrer diretamente ou por intermédio das associações e do próprio ECAD, que possui métodos próprios para a elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente, já que não há tabela oficial regulamentada por lei ou normas administrativas sobre o assunto. REsp 1.331.103-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/4/2013.

Honorários advocatícios

Quanto aos honorários advocatícios, com fulcro no art. 85, § 2º, arbitro esses em 10% sobre o valor da condenação, observado o baixo tempo exigido na prestação dos serviços advocatícios, haja vista o feito ter sido julgado antecipadamente.

Deste modo, conforme exposto e fundamentado, tenho por bem julgar parcialmente improcedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar o réu ao pagamento dos valores devidos à título de direitos autorais, conforme cálculos apresentados pelo autor, subtraído os valores das parcelas que se encontram prescritas (parcelas de setembro de 2010 à setembro de 2013). Juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo índice IGPM-FGV a contar do vencimento de cada parcela devida.

Consequentemente, condeno o hotel requerido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, esses na forma estipulada no "item III", supra.

Contra essa decisão, ambas as partes se insurgiram.

Em suas razões recursais, o requerido apelante afirma que, nos termos da jurisprudência do STJ, os quartos de hotel não se comparam a casa/residência, pois são locais de frequência coletiva, de forma que a utilização de aparelhos televisores ou radiofônicos nestes torna devida a cobrança de direitos autorais. Entretanto, tal cobrança não é devida quando são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque, em se tratando de TV a cabo, cujo sinal é pago pelo usuário, são as operadoras que distribuem o sinal as responsáveis pelas respectivas contribuições ao ECAD.

Assim entende que por se enquadrar na situação descrita, utilizando-se do serviço de retransmissão de conteúdo televisivo pela empresa NET, não é obrigada ao pagamento dos valores cobrados.

Requer a reforma da decisão para que os pedidos iniciais sejam julgados totalmente improcedentes e, também, a condenação da autora no pagamento da integralidade das custas e honorários advocatícios, devendo estes serem majorados.

A autora/apelante, por outro lado, defende que se aplica ao caso o prazo prescricional de 10 anos, nos termos do artigo 205, do CC, razão pela qual são devidos todos os valores cobrados por ela.

Por ordem de prejudicialidade, analiso primeiramente as alegações trazidas pela autora/apelante, vez que ela se insurge contra o prazo prescricional considerado pelo douto magistrado.

A recorrente afirma que o prazo prescricional previsto pela Lei 5.988/73, de 5 anos para as ações cíveis de cobrança de direitos autorais, foi revogado pela Lei 9.610/98, que não trouxe previsão sobre a matéria, razão pela qual agora deve ser aplicada a regra geral do artigo 205, do CC de 2002, de forma que o prazo seria de 10 anos.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

> *A prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto na lei, aquilo que os romanos chamavam de actio, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Não há, contudo, perda da ação no sentido processual, pois, diante dela, haverá julgamento de mérito, de improcedência do pedido, conforme a sistemática do Código.* (Curso de Direito Processual Civil, 20ª ed., Rio de Janeiro:Forense, v. I, 1997, p. 323)

O Código Civil assim prescreve:

> *Art. 206. Prescreve:*
>
> *(...).§ 3º Em três anos: (...).*
>
> *V - a pretensão de reparação civil (...);*

No presente caso, a apelante pleiteia o recebimento de direitos autorais pela utilização de obras musicais sem a necessária autorização, no período de setembro de 2010 a setembro de 2015, ou seja, atingindo cinco anos antes do ajuizamento da ação.

Evidente, portanto, tratar-se de reparação civil, submetida ao prazo disciplinado pelo dispositivo acima transcrito.

O STJ, por sua vez, já firmou entendimento de que o prazo prescricional aplicável à proteção de direitos autorais é de três anos:

> *CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. PRAZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. CONTAGEM. (...). 4. O CC/02 não prevê um prazo prescricional específico para a violação de direitos do autor, de sorte que, com o seu advento, a matéria passou a ser regulada pelo art. 206, § 3º, V, que fixa um prazo prescricional de 03 anos para a pretensão de reparação civil, dispositivo de caráter amplo, em que se inclui a reparação de danos patrimoniais suportados pelo autor de obra intelectual. (...).* (REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011).

Ainda neste sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD - PRESCRIÇÃO PARCIAL - HOTEL - COBRANÇA DAS MENSALIDADES - CABIMENTO - O prazo prescricional para cobrança de direitos autorais é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do CCB. São devidas as mensalidades a título de direito*

> *autoral pela disponibilização de televisores e/ou rádios em quatros de hotéis, moteis ou pousadas. Recurso provido em parte.* (TJMG - Apelação Cível 1.0647.13.001543-9/001, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva , 10ª Câmara Cível, julgamento em 17/03/2015, publicação da súmula em 31/03/2015)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD - PRESCRIÇÃO PARCIAL - HOTEL - COBRANÇA DAS MENSALIDADES – CABIMENTO. O STJ consolidou o entendimento de que são devidas mensalidades a título de direito autoral pela disponibilização de televisores e/ou rádios em quatros de hotéis, motéis ou pousadas. O prazo prescricional para cobrança de direitos autorais é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do CCB. O artigo 105, da Lei n. 9.610/98, prevê a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a suspensão da transmissão das obras intelectuais que estejam sendo realizadas mediante violação aos direitos autorais. Primeiro apelo, improvido; segundo apelo, provido parcialmente.* (TJMG - Apelação Cível 1.0701.13.001921-2/001, Relator(a): Des.(a) Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, julgamento em 16/10/2014, publicação da súmula em 27/10/2014)

A presente ação foi ajuizada em 19.10.20015, assim, sendo o prazo de três anos, está prescrito o direito do autor cobrar as contraprestações relativas aos meses anteriores a setembro de 2013. Ou seja, encontra-se prescrita a pretensão autoral referente às cobranças de setembro de 2010 a setembro de 2013, tal como decidido na sentença invectivada, não havendo reparos a serem feitos neste ponto.

O requerido apelante afirma que, nos termos da jurisprudência do STJ, os quartos de hotel não se comparam a casa/residência, pois são locais de frequência coletiva, de forma que a utilização de aparelhos televisores ou radiofônicos nestes torna devida a cobrança de direitos autorais. Entretanto, tal cobrança não é devida quando são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque, em se tratando de TV a cabo, cujo sinal é pago pelo usuário, são as operadoras que distribuem o sinal as responsáveis pelas respectivas contribuições ao ECAD.

Assim entende que por se enquadrar na situação descrita, utilizando-se do serviço de retransmissão de conteúdo televisivo pela empresa NET, não é obrigada ao pagamento dos valores cobrados.

A pretensão não merece amparo.

Como cediço, a Lei 9.610/1998 tem por finalidade proteger o autor, pessoa física, criador de obras literárias, artísticas ou científicas, do uso indevido de suas obras.

Para tanto, prevê que sem prévia e expressa autorização do autor ou titular não poderão ser utilizadas composições musicais e imagens nem poderão ser executadas em locais públicos, tais como lojas e os mais diversos estabelecimentos comerciais, mesmo por radiodifusão sonora ou televisiva.

Com efeito, dispõem os artigos 5º, incisos II e V e, 29, inciso VIII, alíneas *"d"* e *"e"* da citada lei:

> *Art. 5º Para os efeitos desta Lei considera-se:*
>
> *(...) II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético; (...) V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares; (...)*

> *Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:*
>
> *(...) VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:*
>
> *(...) d) radiodifusão sonora ou televisiva;*
>
> *e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; (...)*

Assim, de acordo com esses dispositivos, a simples disponibilização da transmissão de ondas radioelétricas, sinais de satélite, fio ou cabo dependem de autorização e, por consequência, tornam exigíveis os direitos autorais.

Diante disso, foi criado o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, como mandatário das associações que, por sua vez, são mandatárias dos autores, o qual tem atuação em juízo, fora dele, e em seu próprio nome, como substituto processual dos titulares dos direitos a ele vinculados.

Logo, o recorrente tem legitimidade não só para atuar em juízo e em nome próprio como também para deliberar em assembleias os valores a serem pagos pela utilização de obras artísticas. Isto é, sua competência não se limita a cobrar, mas alcança também o ato de fixar o preço pela utilização das obras protegidas pelo direito autoral. Essa não é, bem se viu do relatório, a questão debatida, mas colocada à guisa de exame de uma das condições da ação.

É preciso saber, contudo, se o uso da obra dentro de um quarto de hotel configura uso privativo ou coletivo.

A questão encontra-se pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere dos arestos abaixo transcritos.

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. IMPRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. MÉRITO. DIREITO AUTORAL. EXECUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTO DE HOTEL/MOTEL. ECAD. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA EG. SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE MANUTENÇÃO INTEGRAL DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Na instância especial, o requisito do prequestionamento é indispensável mesmo em questões de ordem pública. Precedentes. 2. A Segunda Seção deste Sodalício firmou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas. Precedentes. 3. Não sendo a linha argumentativa apresentada pelos agravantes capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 4. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1442515/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 01/06/2015)

> *DIREITOS AUTORAIS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ECAD. TV E RÁDIO DISPONIBILIZADOS EM QUARTOS DE HOTEL. ARRECADAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito da Segunda Seção do STJ, a disponibilidade de rádios e televisão em quartos de hotel é fato gerador de arrecadação de direitos autorais. Precedentes. 2. Embargos de divergência providos para dar parcial provimento ao recurso especial.* (EREsp 1025554/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08/10/2014, DJe 22/10/2014)

> *DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE MÚSICAS EM SUPERMERCADO. TRANSMISSÃO RADIOFÔNICA. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. POSSIBILIDADE. PROVEITO ECONÔMICO PARA EXIGIBILIDADE. DESNECESSIDADE. BIS IN IDEM. NÃO CARACTERIZADO. MULTA. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. 1. Na vigência da Lei n. 5.988/1973, a existência do lucro se revelava como imprescindível à incidência dos direitos patrimoniais. Com a edição da Lei n. 9.610/1998, houve a subtração, no novo texto, da cláusula "que visem a lucro direto ou indireto" como pressuposto para a cobrança de direitos autorais. 2. A par disso, "são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de musicas em estabelecimentos comerciais" (Súmula 63/SJ). Aliás, ao interpretar o referido enunciado, a Segunda Seção assentou que a disponibilidade de aparelhos de rádio e televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, não escapa à sua incidência (REsp 556340/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 09/06/2004, DJ 11/10/2004, p. 231). A hipótese em julgamento - transmissão radiofônica de músicas em supermercado -, sem autorização dos autores e pagamento da taxa devida ao Ecad, claramente deve receber o mesmo tratamento. 3. A multa prevista no art. 109 da Lei n. 9.610/1998 equivalente a vinte vezes o valor devido não deve ser aplicada ao caso concreto, pois para sua incidência deve ser apurada a existência de má-fé e intenção ilícita de usurpar os direitos autorais, o que não foi feito no acórdão recorrido. 4. Recurso especial provido.* (REsp 1152820/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014)

Frise-se, ainda, que a referida Corte também já sedimentou o entendimento a respeito da inexistência de *bis in idem* também na situação alegada pelo recorrente nesta apelação, qual seja de que os valores já foram pagos pela empresa de TV por assinatura.

Confira-se o teor do julgado que elucida a questão:

> *RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. QUARTO DE HOTEL. APARELHOS TELEVISORES. TV POR ASSINATURA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RADIODIFUSÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL. 1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram. 2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura. 3. 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 o 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. 4. Consoante a jurisprudência consolidada por ambas as Turmas julgadoras da Segunda Seção, em se tratando de pretensão de cobrança relativa a ilícito extracontratual, o prazo prescricional incidente no caso de violação de direitos do autor é de 3 (três) anos, a teor do que disposto pelo art. 206, § 3º, do Código Civil. 5. Por ausência de previsão legal e ante a inexistência de relação contratual, é descabida a cobrança de multa moratória estabelecida unilateralmente em Regulamento de Arrecadação do ECAD. Precedentes. 6. Recurso especial provido.* (REsp 1589598/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

Diante disso, inexistindo dúvida quanto à necessidade de prévia autorização do ECAD (artigo 4º da Lei 9.610/98) e recolhimento dos direitos autorais, o que não foi feito pelo apelante, evidente que é devido o pagamento dos valores cobrados, não havendo que se falar em qualquer alteração da sentença invectivada.

Diante do exposto, conheço do recurso de Escritório Central de Arrecadação e Distribuição -ECAD e lhe nego provimento.

Do mesmo modo, conheço do recurso interposto por Hotel Gaspar LTDA – EPP e lhe nego provimento.

Na forma do § 11 do art. 85 do NCPC, arbitro os honorários recursais em 5 % (cinco por cento) sobre o valor da condenação, a serem pagos por ambas as partes na proporção de 50 % para cada uma.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista do 1º vogal (Des. Odemilson Roberto Castro Fassa), após o relator ter negado provimento aos recursos. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 02/08/2017)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (1º vogal)

Sr. Presidente, pedi vista para analisar com mais cuidado os autos e ressalvado meu entendimento pessoal, acompanho o nobre relator.

Compulsando os autos, verifica-se que o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD pretende a cobrança dos valores relativos aos direitos autorais provenientes da utilização dos equipamentos de TV por assinatura nos quartos do requerido Hotel Gaspar Ltda.

O magistrado *a quo* proferiu sentença de parcial procedência do pedido, para condenar o réu ao pagamento dos valores devidos a título de direitos autorais, conforme cálculos apresentados pelo autor, subtraído os valores das parcelas que se encontram prescritas (parcelas de setembro de 2010 a setembro de 2013).

Em razões recursais, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD defende a aplicação do prazo prescricional de dez anos, previsto no art. 205 do CC, e não o prazo de três anos, previsto no § 3º do art. 206 do CC, e o Hotel Gaspar Ltda defende ser indevida a cobrança quando são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos, sob pena de *bis in idem*.

O nobre relator negou provimento às apelações.

Pois bem.

Relativamente à apelação do ECAD, acompanho o voto do nobre relator, para negar-lhe provimento, pois o STJ já firmou o entendimento de que *"A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil"* (REsp n. 1.474.832/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. P/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJE 3/3/2017).

Quanto ao recurso do Hotel Gaspar Ltda, inicialmente, registro que por ocasião do julgamento do recurso de apelação n. 0832477-7920138120001, de redatoria do e. Des. Amaury da Silva Kuklinski,

em 16.09.2015, já tive oportunidade de me manifestar acerca da matéria debatida no presente recurso, decidindo que, embora existente o fato gerador de arrecadação de direitos autorais pelo ECAD, a cobrança de direitos autorais relativos à exibição nos estabelecimentos mediante TV por assinatura é indevida, por configurar *bis in idem*, em conformidade com precedentes do STJ que ora reproduzo.

Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL Nº 1.347.636 - PR (2012/0209252-3) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO RECORRENTE : HOTÉIS DEVILLE LTDA ADVOGADOS : LIS CAROLINE BEDIN E OUTRO(S) KATHERINE SCHREINER E OUTRO(S) MARILIZA CROCETTI E OUTRO(S) RECORRIDO : ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ADVOGADO : LUDOVICO ALBINO SAVARIS E OUTRO(S) ADVOGADA : KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. HOTÉIS E ESTABELECIMENTOS CONGÊNERES. TV OU RÁDIO POR ASSINATURA. PRECEDENTE. 1. "A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria." (EDcl no REsp 1044345/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 11/02/2010). 2. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. DECISÃO Vistos etc. Trata-se de recurso especial interposto por HOTÉIS DEVILLE LTDA., com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa está assim redigida: APELAÇÃO 1) CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR PARA PROIBIR OS AGRAVADOS À EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA COM AMPARO NO ART. 105 DA LEI AUTORAL (LEI Nº 9.610/98) - ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL Dos JUROS DE MORA PARA A DATA DO EVENTO DANOSO -INTELIGÊNCIA DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL E SÚMULA 54 DO STJ. APELAÇÃO 2) ALEGAÇÃO DE QUE QUARTO DE HOTEL NÃO SE SUBSUME EM FREQUÊNCIA COLETIVA CONSTANTE NA LEI 9.610/98- INADMISSIBILIDADE - POSICIONAMENTO DO STJ A RESPEITO DA MATÉRIA - RAZOABILIDADE NA COBRANÇA - AUSÊNCIA DE DUPLICIDADE DE COBRANÇA VALORES EXIGIDOS DE ACORDO COM A TAXA DE OCUPAÇÃO MÉDIA E NÃO EFETIVA. RECURSO DE APELAÇÃO 1 CONHECIDO E PROVIDO- RECURSO DE APELAÇÃO 2 CONHECIDO E NÃO PROVIDO Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Em suas razões recursais, aduziram-se violados o art. 535, II, do CPC, pois omisso o acórdão no que toca à alegação de duplicidade da cobrança pelo ECAD, pois a recorrente utiliza TV por assinatura e as empresas que prestam o serviço já efetuam o pagamento ao ECAD. Referiu afrontados, ainda, os arts. 68, § § 1º, 4º e 7º da Lei 9.610/98, pois efetua o pagamento mensal de R$ 315,42 ao ECAD relativo à execução pública das obras protegidas pela lei, sendo-lhe imputado, indevidamente, o pagamento de obras nos quartos dos hóspedes. Destacou que a sonorização ambiental realizada nas áreas públicas do hotel, por serem locais de frequência coletiva, justificar-se-iam, mas não nos quartos do estabelecimento. Finalizou dizendo da irrazoabilidade da cobrança e da sua ilegalidade, pois, além de não estar, o recorrido, autorizado a compartimentalizar o estabelecimento, procedendo à cobrança de acordo com a quantidade de quartos, os valores atribuídos à taxa de ocupação média e de audiência de sonorização não condizem com a realidade do hotel. Pediu o provimento do recurso. Houve contrarrazões. O recurso foi admitido na origem. É o relatório. Passo a decidir. Antecipo que estou em dar parcial provimento ao recurso especial na linha da jurisprudência desta Corte. Antes da análise da controvérsia de fundo, afasto a alegação*

de afronta ao art. 535 do CPC, pois a questão que se disse omissa fora pontualmente analisada pela origem em sede de aclaratórios. Ainda, não haveria conhecer do especial no que concerne aos valores objeto de cobrança, pois a invasão na matéria fático probatória seria evidente. No mérito, relembro que essa Corte Superior já assentou a plena possibilidade de cobrança de direitos autorais pelo ECAD em razão da disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores nos quartos de hotéis, o que não atentaria ao art. 68, § 3º, da Lei 9.610/98, ou, mais especificamente, a locução: "locais de frequência coletiva". Nesse sentido: DIREITOS AUTORAIS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ECAD. SONORIZAÇÃO AMBIENTAL DE QUARTOS DE HOTEL. PRECEDENTES. 1. A Segunda Seção do STJ consolidou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1310207/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013) PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. HOTEL. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. - A 2ª Secção deste Superior Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis. - Agravo não provido. (AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1145185/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 19/11/2012) AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. 1.- São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelos meios de hospedagem. 2.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1261136/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012) RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. RECURSO PROVIDO. I - São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelos meios de hospedagem. II - Orientação firmada sob a égide da lei 9.610/98, que constitui a base legal de regência do caso, visto que sobre ela focalizou-se o debate nos autos, como legislação invocada pela inicial, sentença, Acórdão recorrido e pelo Recurso Especial, não sendo o processo, por falta de prequestionamento, apto ao julgamento a respeito do disposto no art. 23 da Lei 11.771/08. Recurso Especial do ECAD provido. (REsp 1117391/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 30/08/2011) No entanto, assiste razão ao recorrente no que concerne ao alegado bis in idem decorrente do já recolhimento pelas empresas de TV por assinatura dos valores relativos às obras audiovisuais que disponibiliza aos contratantes. Sobre o tema, ponderou a Corte de origem: No caso dos autos, ainda que não expressamente, o acórdão dirimiu a questão quanto a cobrança relativa aos direitos autorais nos quartos dos hotéis que possuem TV a cabo. A incidência das taxas do ECAD passou a alcançar os hotéis com a entrada em vigor da Lei no 9610/11998 em 20/06/1998, a partir de então são devidos os direitos autorais pelo uso de rádio, TV, até mesmo a cabo e sonorização ambiente. Esta Corte Superior, em sua manifestação mais recente, pontificou, contrariamente ao que decidido, pela inadmissibilidade do bis in idem: PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO AUTORAL. ECAD. HOTEL. REPRODUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTOS DE HOTEL. 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da

fungibilidade. 2. Se uma das partes teve sua pretensão atendida, sagrado-se vencedora da demanda, embora possa ser sucumbente em um ou mais fundamentos, não se lhe exige aviar recursos tão-somente para que o Tribunal se manifeste sobre todos eles "o processo não visa à discussão de teses acadêmicas, mas ao fim pragmático de assegurar a um dos litigantes determinado bem da vida" (EDcl no REsp n.17.646-RJ). Nessa situação, se aviado recurso especial pela parte verdadeiramente sucumbente e derrubada for a tese do Tribunal a quo, caberá a este Tribunal analisar os demais fundamentos suscitados em sede de contra-razões. 3. A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento. (EDcl no REsp 1044345/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 11/02/2010) Adequando o acórdão à jurisprudência desta Corte, é de se dar provimento ao recurso especial para afastar a cobrança de direitos autorais relativos a exibição nos estabelecimentos mediante TV ou rádio por assinatura. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - Relator.

PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO AUTORAL. ECAD. HOTEL. REPRODUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTOS DE HOTEL. 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade. 2. Se uma das partes teve sua pretensão atendida, sagrado-se vencedora da demanda, embora possa ser sucumbente em um ou mais fundamentos, não se lhe exige aviar recursos tão-somente para que o Tribunal se manifeste sobre todos eles – "o processo não visa à discussão de teses acadêmicas, mas ao fim pragmático de assegurar a um dos litigantes determinado bem da vida" (EDcl no REsp n. 17.646-RJ). Nessa situação, se aviado recurso especial pela parte verdadeiramente sucumbente e derrubada for a tese do Tribunal a quo, caberá a este Tribunal analisar os demais fundamentos suscitados em sede de contra-razões. 3. A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento. (EDcl no REsp 1044345/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 11/02/2010)

Sucede que, recentemente, no julgamento do Recurso Especial n. 1.589.598-MS, em 13.06.2017, os Ministros da Terceira Turma do STJ reformaram o acórdão proferido por esta Colenda 4º Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 0832477-79.2013.8.12.0001, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial (observando-se a prescrição trienal e a inexigibilidade da multa moratória pretendida na inicial), forte no fundamento da exigibilidade de pagamentos relativos a direitos autorais e da inexistência de *bis in idem* pela cobrança de valores referentes a direitos autorais devidos também pela prestadora

do serviço de TV por assinatura, pois o que se discute são os direitos autorais devidos pelo recorrido em virtude não da transmissão ou retransmissão das obras de terceiros, mas, sim, da captação e consequente execução do conteúdo transmitido em local reconhecido como sendo de frequência coletiva (no caso, os quartos de hotel).

Sendo assim, para não insistir em teses que acabarão sendo superadas em última instância, como ocorreu no julgamento do STJ em 13.06.2017, acompanho o nobre relator, ressalvado meu entendimento pessoal, manifestado no julgado n. 0832477-79.2013.8.12.0001.

Posto isso, acompanho o nobre relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 02 de agosto de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800396-28.2014.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA C/C RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – PRELIMINAR – NÃO RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL POR RILDO PEREIRA DE OLIVEIRA – DESERÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO – MÉRITO – FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA A BURLAR A MODALIDADE LICITATÓRIA – IMPROBIDADE CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE VANTAGEM ECONÔMICA INDEVIDA – IRRELEVÂNCIA – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VALORES – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNNCIA DE PROVA SOBRE A OCORRÊNCIA DE DANO ECONÔMICO AO ERÁRIO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Uma vez não comprovado o regular recolhimento do preparo quando a lei assim exigir, o eventual recurso interposto deve ser considerado deserto e, por consequência, a sua inadmissibilidade é medida inexorável, sendo inviável a realização do pagamento do preparo em momento posterior à interposição do recurso.

O injustificado fracionamento de licitações com a finalidade de classificar os certames em outras modalidades de procedimento desatende ao artigo 23, § 5º, da Lei nº 8.666/96, em nítida afronta aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Inexistindo prova inequívoca de prejuízo ao erário, não há como sustentar a condenação com suporte no art. 10, VIII, da Lei de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com parecer, não conhecer do recurso de Rildo Pereira de Oliveira (por ausência de preparo) e negar provimento aos demais apelos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

2M Assessoria e Consultoria Ltda, RCM Informática Ltda, Marcelo Pimentel Duailibi, Joile Vilela de Lemos, Walter Carvalho Gonçalves, "Castro & Cia Ltda EPP" (com a denominação alterada para 2A Transportes e Serviços Ltda – EPP), Jaime de Castro e Silva, Rildo Pereira de Oliveira e Ministério Público Estadual, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível e Criminal da

Comarca de Camapuã nos autos da ação civil pública em defesa do patrimônio público de improbidade administrativa c/c ressarcimento ao erário, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Do recurso de apelação interposto por 2M Assessoria e Consultoria Ltda (f. 1984/1993).

Afirma a recorrente que de todos os fatos descritos na petição inicial, participou de apenas duas licitações, sendo certo que após análises realizadas pelo Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução (DAEX) e Tribunal de Contas do Estado restou apurada a inexistência de quaisquer irregularidades nas suas contratações.

Discorre que *"os serviços licitados não fazem parte de um todo, uma atuação na área de contabilidade pública não abrange os serviços de assessoria em tributação, um não consiste na fração do outro, cada qual guarda sua individualidade, logo, poderão ser contratados separadamente e conforme a necessidade de cada municipalidade, sem que haja incidência na vedação do § 5°, do artigo 23, da Lei de Licitações"*.

Obtempera que é equivocado o entendimento de que há *"fracionamento ilícito"* quando uma empresa possui diversos contratos com a Administração Municipal e a soma ultrapassa a modalidade adotada no processo de licitação, ainda que os objetos sejam assemelhados.

Redargui que mesmo tendo havido falha na escolha da modalidade mais adequada para a contratação dos serviços, o equívoco não pode lhe ser imputado, pois somente participou da licitação por ser convidada, tendo se sagrado vencedora porque detinha a proposta mais vantajosa para a Administração.

Assim, pugna pela retificação da sentença.

Do recurso de apelação interposto por RCM Informática Ltda (f. 1997/2006).

Argumenta a recorrente que após análises realizadas pelo Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução (DAEX) e Tribunal de Contas do Estado restou apurada inexistência de quaisquer irregularidades nas suas contratações.

Ventila que *"basta uma singela leitura do objeto do contrato e o confronto com as especificações dos serviços descritos nos anexos do Edital de Licitação para se perceber que são objetos distintos e que uma empresa, mesmo sendo da área de informática, pode atuar em um ou em todos os objetos licitados"*.

Pondera que tratar todos os objetos contratados como um único serviço, como concluído pelo juízo singular, representa restringir a competitividade, excluindo eventuais empresas que atuem exclusivamente em determinada área da informática ou na locação de sistemas informatizados.

Arrazoa que não teve nenhuma participação na escolha da modalidade de licitação, apenas tendo participado do certame em razão de receber o convite da administração municipal e por ser uma empresa que atua no mercado há vários anos, detentora de capacidade técnica para atender as necessidades do ente político.

Conclui dizendo que não obteve qualquer vantagem indevida, tampouco se enriqueceu ilicitamente, além de não ter recebido nenhum tipo ou forma de benefício ao arrepio da lei ou dos princípios que regem a Administração, circunstância que demonstra a inocorrência de improbidade administrativa.

Requer o provimento do recurso

Do recurso de apelação interposto por Marcelo Pimentel Duailibi, Joile Vilela de Lemos, Walter Carvalho Gonçalves, "Castro & Cia Ltda EPP" (com a denominação alterada para 2A Transportes e Serviços Ltda – EPP) e Jaime de Castro e Silva (f. 2010/2026).

Arguem os recorrentes que todos os procedimentos exigidos pela Lei 8.666/93 foram observados e cumpridos nos contratos firmados, sendo certo que cada contrato teve objeto e natureza distintos, realizados em locais diferentes e, portanto, não fracionados.

Defendem que "*o fato de que uma só empresa foi vencedora dos certames, ainda assim não significa que houve direcionamento ou favorecimento de quaisquer espécies à empresa, ao ordenador de despesas e aos integrantes da Comissão de Licitação*".

Censuram a conclusão adotada pelo magistrado sentenciante, pois não ficou demonstrado nos autos que os apelantes Marcelo Pimentel Duailibi, Joyle Vilela Lemos e Walter Carvalho Gonçalves obtiveram quaisquer vantagens/enriquecimentos, com a consequente lesão ao patrimônio público, o que é curial, pois todos os procedimentos foram adotados para a legalidade dos atos licitatórios.

Arrazoam que os serviços contratados foram efetivamente prestados e não causaram qualquer prejuízo ao erário público, o que descaracteriza o ato de improbidade administrativa, que só se justifica se o servidor público auferir vantagens econômicas, o que não foi o caso.

Pedem a reforma do *decisum*.

Do recurso de apelação interposto por Rildo Pereira de Oliveira (f. 2052/2059).

Assevera o apelante que *"os serviços contratados e realizados pelas empresas eram distintos, não havendo nenhuma possibilidade de fracionamento de serviços de mesma natureza, além do que não foram realizados no mesmo local. Cada um tem natureza e localização distinta"*.

Assegura que a configuração da improbidade administrativa reclama que o agente público tenha auferido vantagens econômico-financeiras e/ou patrimoniais ilícitas em detrimento da administração pública, circunstância não presente na hipótese dos autos.

Afiança que "*os serviços contratados foram efetivamente prestados e não causaram qualquer prejuízo ao erário público, o que descaracteriza o ato de improbidade administrativa, que só se justifica se o servidor público auferir vantagens econômicas, o que não foi o caso, fato esse considerado pelo MM. Juiz prolator da sentença objurgada ao não acolher o pedido de ressarcimento dos valores empregados nos contratos, uma vez que os serviços foram efetivamente feitos*".

Postula, nesse contexto, a reforma da sentença.

Do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (f. 2061/2071).

Declina o apelante que não obstante o magistrado tenha reconhecido o prejuízo material ao erário, afastou a responsabilidade de reparação integral dos danos, argumentando a impossibilidade de quantificar o dano perpetrado. Entretanto, na sua ótica, "*malgrado não se possa quantificar na sentença o valor do dano causado, consoante o Código de Processo Civil, mais precisamente o artigo 475-A preceitua que, quando a sentença não determinar o valor devido, preceder-se à sua liquidação, o que por sua vez poderá ser aferido em sede de liquidação da sentença por arbitramento, na qual será nomeado um perito para a elaboração do laudo (art. 475-D do CPC)*".

Pugna pela retificação do capítulo da sentença objurgado.

Contrarrazões (f. 2073/2081 e 2096/2109).

Em parecer, a Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (f. 2114/2126).

Oportunizada às partes a manifestação sobre o não recolhimento do preparo recursal pelo recorrente Rildo Pereira de Oliveira (f. 2128/2129), os litigantes o fizeram às f. 2133, 2134/2136 e 2145.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

2M Assessoria e Consultoria Ltda, RCM Informática Ltda, Marcelo Pimentel Duailibi, Joile Vilela de Lemos, Walter Carvalho Gonçalves, "Castro & Cia Ltda EPP" (com a denominação alterada para 2A Transportes e Serviços Ltda – EPP), Jaime de Castro e Silva, Rildo Pereira de Oliveira e Ministério Público Estadual, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Camapuã, nos autos da ação civil pública, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

De início, por ordem de prejudicialidade, convém registrar que ao tempo em que foi proferida a sentença (f. 1955/1973), era vigente o Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual ambos os recursos devem ser examinados com base no códex revogado.

Nesse cenário, considerando que as teses recursais desenvolvidas pelos litigantes guardam relação de conexidade entre si, os apelos serão examinados conjuntamente, observando-se, evidentemente, a ordem de prejudicialidade.

Assim, de início, merece registro que a insurgência veiculada pelo recorrente Rildo Pereira de Oliveira (f. 2052/2059) não pode ser conhecida, pois não preenche um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade, qual seja: o recolhimento do preparo.

Com efeito, segundo dispunha o art. 511 do CPC/73:

> *Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.*

Em comentários ao referido dispositivo legal, o professor Costa Machado esclarece que:

> *Preparo é o pagamento prévio da taxa devida ao Estado pelo processamento dos recursos (...). Trata-se, como se sabe, de requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos (...) Da reforma de 1994 para a frente, portanto, a realização do preparo passou a depender exclusivamente da parte que, ao interpor o recurso, juntará à sua petição a guia comprobatória do recolhimento da verba correspondente ao preparo (...).* (MACHADO. Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 10ª ed., Manole: SP, 2011, pags. 696/697).

Veja-se, portanto, que uma vez não comprovado o regular recolhimento do preparo quando a lei assim exigir, o eventual recurso interposto deve ser considerado deserto e, por consequência, a sua inadmissibilidade é medida inexorável.

Deve ser destacado, neste ponto, que sob a vigência do código revogado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual perfilhava este aerópago estadual, há muito havia se pacificado no sentido de ser inviável a realização do pagamento do preparo em momento posterior à interposição do recurso de apelação.

Corroborando:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (...) APELAÇÃO CÍVEL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS NO MOMENTO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO - PREPARO EXTEMPORÂNEO - DESERÇÃO - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO.* (STJ – EDcl no Ag 1126021/MS. Rel.: Min. Massami uyeda. Terceira Turma. Julg.: 25/08/2009)

> *APELAÇÃO CÍVEL (...) PREPARO – JUNTADA APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO – DESERÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO. O preparo do recurso deve ser comprovado quando da interposição do recurso, sob pena de preclusão, nos termos do art. 511 do Código de Processo civil, na redação dada pela Lei n. 8.950/94, impondo-se a deserção do recurso quando houver a juntada posterior da guia de preparo. Recurso não conhecido.* (TJMS – Apelação Cível n.º 2010.019881-8. Rel. João Maria Lós. Primeira Câmara Cível. Julg. 09.11.2011).

Por sua clareza e didática, é pertinente registrar a conclusão exarada pelo ministro Raul Araújo, do Tribunal Cidadão, no julgamento do AgRg no Ag 1.388.904/MG:

> *Segundo o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o recorrente deve comprovar a realização do preparo no ato de interposição do recurso.*
>
> *Ainda na linha de nossa jurisprudência, a comprovação tardia do preparo, mesmo que dentro do prazo recursal, impõe o reconhecimento da deserção.*

In casu, conforme se observa dos autos, o recorrente Rildo Pereira de Oliveira não apresentou no momento de interposição do seu recurso o comprovante de recolhimento do preparo, tampouco demonstrou a ocorrência de eventual situação excepcional, descumprindo, com tal conduta processual, a regra prevista no mencionado art. 511 do CPC/73, impondo o reconhecimento da deserção.

Feito tal anotação, passa-se ao exame dos recursos.

Pois bem.

Nos termos do art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, as obras, serviços e compras a serem contratadas pela administração poderão ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, desde que preserve a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A outra hipótese autorizada pela lei de regência consiste na contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço, como de resto determina o art. 23, § 5º, *in fine*, do diploma legal.

Não se pode perder de vista, contudo, que a mesma Lei nº 8.666/93 levanta a polêmica acerca do procedimento de fracionamento de despesas, ao prever nos arts. 8º, 23, § 5º, e 24, incisos I e II, as hipóteses em que o parcelamento de despesas é vedado.

Em linhas gerais, a vedação se dá naquelas hipóteses em que o administrador público se prende apenas a uma parcela do objeto do contrato, e acaba por definir modalidade menos complexa para o certame ou mesmo opta pela contratação direta, frustrando os objetivos da licitação.

Nesses casos, a averiguação do enquadramento de cada situação de parcelamento às hipóteses legais é uma questão não apenas jurídica, mas, sobretudo, de aplicação ao caso concreto, já que se torna impossível categorizá-la segundo um padrão universal, levando-se em consideração não só a natureza dos objetos das contratações sucessivas, mas, também, o lapso temporal entre as várias contratações de objetos de mesma natureza, no mesmo local, que possam ser realizados, conjunta e concomitantemente, como prevê o art. 23, § 5º da Lei Geral das Licitações.

Na prática, o gestor público, ao invés de considerar o somatório dos valores das contratações dentro de um determinado período e realizar uma ou várias contratações a partir da modalidade de licitação autorizada em lei, muitas vezes opta por fracionar as despesas para que o valor individual de cada parcelamento não supere o limite mínimo estabelecido e, assim, utilizar inadequadamente um processo menos formal.

A vedação ao parcelamento de despesas tem por objetivo preservar condições contratuais mais vantajosas para a Administração Pública a partir da viabilização de uma maior competitividade. Ao gerar um procedimento com intuito de afastar o dever de licitar ou mesmo utilizar modalidade de licitação inferior, o gestor público reduz o universo de licitantes e, por via de consequência, impossibilita a participação equânime de todos aqueles que se interessam em contratar com o Poder Público.

Em última análise, desvia-se da finalidade precípua da licitação que é a obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração Pública, configurando, assim, ato ilícito, que sujeita o infrator às sanções do art. 90 da Lei 8.666/93.

Sobre o assunto, o professor Marçal Justen Filho leciona que:

> *(...) não se vedam contratações isoladas ou fracionadas desde que as contratações fracionadas não sejam consideradas de forma isolada, para fins de determinar o cabimento de licitação ou para escolha da modalidade cabível (...). (*JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed., Dialética, SP: 2005, p. 235).

E continua:

> *(...) o que se proíbe é o fracionamento ser invocado como pretexto para modificação do regime jurídico aplicável à licitação. A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independente de fracionamento (...).* (Idem, p. 225)

A despeito da insuficiência normativa que permita uma interpretação categórica, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem reconhecido que o parcelamento irregular de despesas ocorre quando há comportamento por aquisições frequentes dos mesmos produtos, ou realização sistemática de serviços da mesma natureza em processos distintos, cujo valor global exceda o limite previsto para a modalidade da licitação pertinente.

Na hipótese vertente, como bem delineou o magistrado sentenciante, pela análise das provas carreadas aos autos, constata-se que, efetivamente, a Administração Pública Municipal adotou a modalidade "convite" para licitação da execução de serviços da mesma natureza, que poderiam ter sido realizados conjuntamente, através da modalidade *"tomada de preços"*, implementando, assim, o fracionamento ilegal do objeto da licitação, para o direcionamento de licitação na modalidade convite.

Com efeito, nas palavras do i. julgador, cujas razões ficam integradas à *ratio decidendi*:

> *A demandada RCM Informática Ltda venceu quatro licitações, na modalidade convite, para execução dos seguintes serviços: a) locação de sistema integrado de computação com softwares, que deverão ser em versão Windows, com linguagem Delphi,*

> *que atenda às exigências da lei de Responsabilidade Fiscal, do Tribunal de Contas do Estado e da União e com níveis de senhas individualizados, com serviços de manutenção no sistema, capacitação dos usuários e digitalização dos processos e documentos da administração pública municipal; b) locação de sistema tributário contendo: módulos de cadastro único de contribuintes; cadastro único de contribuintes; permitir consulta unificada de débitos do contribuinte (imobiliário e econômico); módulo de IPTU; cadastro de face de quadra; cadastro de averbação; planta genérica de valores m2 territorial e edificado; simulação de cálculo para o lançamento do IPTU e estatística do lançamento de IPTU; c) digitalização dos processos licitatório se de pagamentos das despesas das secretarias, fornecendo arquivo magnético dos serviços realizados, com fornecimento de dois scanners de alta definição; e d) locação de sistema de módulos ISS/ Alvará e dívida ativa.*

Ora, induvidoso que se tratam de serviços da mesma natureza, licitados na mesma ocasião e executados no mesmo local e no mesmo período. E mais, o valor total dos contratos (R$ 300.300,00) excede, em muito, o limite previsto para licitação na modalidade convite.

Logo, sem dúvida que atenderia melhor aos interesses da administração a realização de uma única licitação, na modalidade adequada segundo a legislação de regência.

Em relação à empresa CASTRO & CIA LTDA EPP (atual 2A Transportes e Serviços Ltda EPP), o juízo singular bem elucidou que a empresa em questão *"venceu dois processos licitatórios, na modalidade convite, para execução de serviços da mesma natureza: o primeiro, consistente em limpeza de calhas fluviais do Ribeirão Barroso, por meio de remoção de resíduos sólidos, limpeza e capinação de suas margens, cujo contrato foi firmado em 24/03/2009; e o segundo, consistente em limpeza de calhas fluviais do Ribeirão Garimpinho e limpeza das calhas pluviais do Córrego da Grota, por meio de remoção de resíduos sólidos, limpeza e capinação de suas margens, cujo instrumento de contrato foi celebrado em 26/03/2009"*.

Veja-se, portanto, que, também nesse ponto, optou-se indevidamente em fazer duas licitações na modalidade convite: uma só para limpeza de calhas fluviais do Ribeiro Barroso e a outra para limpeza das calhas fluviais do Ribeirão Garimpinho e do Córrego da Grota.

Certamente, e isso também foi bem equacionado pela instância singela, seria mais vantajoso ao Município a elaboração de uma única licitação, na modalidade adequada, já que se trata de serviço da mesma natureza, licitados na mesma ocasião e que foram executados no mesmo período e no mesmo local (área urbana de Camapuã).

Prosseguindo, no que se refere à empresa 2M Assessoria e Consultoria Ltda, novamente se mostram pertinentes as conclusões exaradas na sentença combatida:

> *(...) esta venceu 02 (dois) processos licitatórios no Município de Camapuã, ambos na modalidade convite: I - prestação de serviços de consultoria em todos os trâmites administrativos de natureza contábil, abrangendo as áreas orçamentária, financeira e patrimonial, abrangendo as áreas orçamentária, financeira e patrimonial; assessorar e representar o Executivo Municipal em todos os processos pertinentes junto ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado; para acompanhar a Execução Orçamentária do Exercício; elaborar Recursos de Reconsideração e Revisão; emitir pareceres e consultas; atender até o julgamento final de todos os processos abrangidos; e II - prestação de serviços técnicos de assessoramento na modernização da área tributária, com gerenciamento da dívida ativa, organização e implantação de controle de processos administrativos fiscais, visando disciplinar e utilizar metodologia técnica, para a realização e o incremento dasreceitas.Com efeito, é evidente que se trata de serviços da mesma natureza, complementares, licitados na mesma ocasião e que foram executados no mesmo período e no mesmo local (...).*

À toda evidência seria mais proveitoso ao interesse público a realização de uma única licitação, por meio da modalidade apropriada, uma vez que o valor dos dois contratos (R$ 143.000,00) também ultrapassa o limite previsto para a modalidade convite.

Nesse viés, ultrapassado o limite para realização da licitação na modalidade convite, a via adequada apontada pela Lei nº 8.666/93 é a *"tomada de preços"*, em que há maior possibilidade de licitantes, diante da ampla competitividade, bastando o cadastramento dos interessados. Contudo, não há possibilidade de escolha dos participantes pela Administração, como ocorre na espécie convite.

Vê-se, pois, que os recorrentes não se preocuparam em realizar o procedimento licitatório conforme estabelece a lei de regência, visando garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a administração.

Ora, havendo a necessidade de contratação de serviço da mesma natureza, similar, deve ser considerado o valor global para determinar a correta modalidade de licitação.

Merece destaque, sobe esse enfoque, a ponderação feita pelo i. Procurador de Justiça, no sentido de que *"Há que se refutar a tese dos Apelantes de que não podem ser penalizados pela escolha da espécie de licitação, por ser uma tarefa do administrador público, pois cediço que ninguém pode se escusar de cumprir a Lei, sob a alegação de desconhecê-la, nos termos do art. 3º, da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Ora, se uma empresa participa de um processo licitatório, visando contratar com o Poder Público, de bom alvitre que conheça as regras que envolvem esse procedimento, pelo que não há como admitir que ignorasse tal regra"*.

Evidente, pois, a configuração da improbidade administrativa praticada pelos recorrentes, cuja declaração, então, é medida que se impõe.

A propósito, colhe-se da jurisprudência pátria:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA A BURLAR A MODALIDADE LICITATÓRIA. Sentença em exato compasso com os pedidos elencados na petição inicial, que pede, dentre outras, a vedação de determinada prática pela administração municipal para qualquer licitação. O autor da ação insurge-se contra uma conduta da administração e não somente quanto aos contratos apontados na exordial. Obediência ao Princípio da Correlação. Decisão conservada. fracionamento. O injustificado fracionamento de licitações com a finalidade de classificar os certames em outras modalidades de procedimento desatende ao artigo 23, § 5º, da Lei nº 8.666/96, em nítida afronta ao Princípio da Legalidade. Sentença confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, com louvor.* (TJRS – Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 70058121971. Rel.: Laura Louzada Jaccottet. Segunda Câmara Cível. Julg.: 06/08/2014)

Há que ser destacado, outrossim, que os atos de improbidade administrativa podem ser classificados como de três ordens, conforme dispõe a Lei n.º 8.249/92: i) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); ii) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e, iii) os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Da mera leitura da lei é possível concluir que não há necessidade de caracterização do dano, tampouco de enriquecimento ilícito.

Se dano houvesse, ocasionado pela conduta do agente público, estar-se-ia diante do tipo de improbidade por caracterização do dano. Por mais forte razão, não há necessidade de configuração de enriquecimento ilícito, pois, na mesma linha de raciocínio, se enriquecimento ilícito houvesse por parte do agente público, aplicar-se-ia o tipo do art. 9º.

De ver-se que a norma é absolutamente clara, mas o legislador não parou por aí. Talvez prevendo o surgimento de teses a esvaziarem a improbidade por violação a princípios, houve por bem estabelecer em artigo próprio que não há necessidade de dano para configuração da improbidade, tampouco a aprovação ou rejeição das contas pelo órgão competente, conforme previsto no art. 21, que assim dispõe *in litteris*:

> *Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:*
>
> *I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;*
>
> *II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.*

Nesse caminhar, não merece guarida as alegações dos recorrentes no sentido de que a inexistência de recebimento de vantagem ilícita teria o condão de afastar a configuração da improbidade, pois, como visto, no caso dos autos houve patente violação aos princípios da administração pública, notadamente a moralidade, legalidade e impessoalidade.

Corroborando:

> *RECURSOS DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE. 1. Aquisição de materiais hidráulicos de forma fracionada pelo Poder Público, o que impossibilitou a oportunidade de escolher a melhor proposta. Utilização do dinheiro público de forma irregular. 2. Desnecessidade de comprovação de dano efetivo. Atos que ofenderam os princípios da Administração Pública. 3. Agente público que fraciona a licitação para ensejar dispensa. Configuração de ato de improbidade, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, independentemente de dano ao erário. (...) (*TJSP – Apelação Cível n.º 0005681-65.2009.8.26.0638. Rel.: Marcelo Berthe. Quinta Câmara de Direito Público. Julg.: 04/08/2015)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO PARA SERVIÇOS E MÃO DE OBRA EM ATIVIDADES SIMILARES OU IGUAIS. IMPOSSIBILIDADE SEM ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO EXIGIDO EM LEI. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADOS. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES DIRETAS INDEVIDOS. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES. AÇÃO LIVRE E CONSCIENTE DOS ENVOLVIDOS. DOLO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE DANO MATERIAL. O fracionamento indevido de contratação de serviços, visando o limite mínimo de valores para a dispensa da licitação ou adoção de outra modalidade menos rígida, afronta aos princípios que regem a Administração Pública (moralidade, legalidade, impessoalidade). Multa civil aos agentes públicos e proibição de contratar com o poder público aos empresários. Apelos parcialmente provido.* (TJPR – Apelação Cível n.º 0621932-9. Rel.: Abraham Lincoln Calixto. Quarta Câmara Cível. Julg.: 20 de Abril de 2010).

Por fim, em relação à insurgência ministerial, é suficiente para a sua rejeição a ponderação feita pela Procuradoria de Justiça em seu parecer, no sentido de que *"apesar de indiscutível a irregularidade na escolha do procedimento de licitação, nenhuma prova foi trazida para evidenciar a existência de dano ao erário público"*, condição que, por si só, impede a condenação dos recorridos a qualquer pagamento sob essa rubrica.

Nesse sentido:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (...) AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. CONSEQUENTE INSUBSISTÊNCIA DA CONDENAÇÃO DOS RECORRIDOS COM BASE NO ART. 10, VIII, DA LEI Nº 8.429/92. CONFIGURAÇÃO, CONTUDO, DE ATO DE IMPROBIDADE QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA) (...) 3. No caso, inexiste prova inequívoca de prejuízo ao Erário, razão pela qual não há como sustentar a condenação dos recorrentes com suporte no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa (...).* (STJ – REsp 1470675/DF. Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julg.: 25/10/2016)

Ante o exposto, com o parecer, conheço dos recursos interpostos por 2M Assessoria e Consultoria Ltda, RCM Informática Ltda, Marcelo Pimentel Duailibi, Joile Vilela de Lemos, Walter Carvalho Gonçalves, "Castro & Cia Ltda EPP" (com a denominação alterada para 2A Transportes e Serviços Ltda – EPP), Jaime de Castro e Silva e Ministério Público Estadual, entretanto, nego-lhes provimento, mantendo incólume a sentença invectada. Deixo de conhecer do recurso de Rildo Pereira de Oliveira, por ausência de preparo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com parecer, não conheceram do recurso de Rildo Pereira de Oliveira (por ausência de preparo) e negaram provimento aos demais apelos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801535-04.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA –PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES A VEREADORES DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS EM RAZÃO DO COMPARECIMENTO A SESSÕES EXTRAORDINÁRIAS – RECURSO INTERPOSTO POR GILSEMAR JOSÉ FERREIRA – NÃO RECOLHIMENTO DO PREPARO – DESERÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Uma vez não comprovado o regular recolhimento do preparo quando a lei assim exigir, o eventual recurso interposto deve ser considerado deserto, do mesmo modo, é inviável a realização do pagamento do preparo em momento posterior à interposição do recurso.

RECURSO INTERPOSTO POR VALDOMIRO AGUIRRE – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL SEM PEDIDO NESSE SENTIDO – POSSIBILIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – NÃO CONHECIMENTO – MÉRITO – PAGAMENTO DE PARCELA INDENIZATÓRIA A VEREADORES EM RAZÃO DE CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro.

Inexiste previsão legal que autorize o réu de uma ação ser, ao mesmo tempo, autor da mesma demanda. Logo, é impossível o réu defender sua ilegitimidade para figurar no polo ativo.

O plenário do Excelso Pretório concluiu, por unanimidade, no julgamento da ADI 4587/GO, que o art. 57, § 7º, do Texto Constitucional veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em razão de convocação extraordinária, tratando-se de norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, por força do art. 27, § 2º, da Carta Magna, e, de igual modo, pelos municípios, estes em razão do princípio da simetria.

RECURSO INTERPOSTO POR GILMAR GARCIA TOSTA – ACORDO HOMOLOGADO NO CURSO DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Havendo as partes composto a lide mediante termo de transação judicialmente homologado, tudo que terão de fazer, daí em diante, é dar cumprimento ao acordo livre e espontaneamente celebrado, inclusive, em presentes os requisitos legais, mediante execução forçada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, não conhecer

do apelo de Gilsemar José Ferreira, conhecer em parte do recurso de Valdomiro Aguirre e, nesta extensão, negar provimento, conhecer integralmente do recurso de Gilmar Garcia Tosta e dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de julho de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Gilsemar José Ferreira, Valdmorio Aguirre e Gilmar Garcia Tosta, inconformados com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, determinando-lhes a devolução de valores recebidos por terem participado de sessões extraordinárias na Câmara Municipal de Três Lagoas.

Do recurso de apelação interposto por Gilsemar José Ferreira.

Afirma o recorrente que embora não tenha colacionado aos autos os respectivos comprovantes, adimpliu integralmente o acordo formalizado com o Ministério Público no curso da lide, motivo pelo qual não agiu com acerto a magistrada singular ao lhe incluir no decreto condenatório.

Assim, pugna pela retificação da sentença.

Do recurso de apelação interposto por Valdomiro Aguirre.

Suscita preliminar de nulidade da sentença, pois o magistrado *a quo* declarou a inconstitucionalidade de norma municipal, sem que tenha havido pedido nesse sentido.

Ainda em sede preliminar, argumenta que não possui legitimidade para figurar no polo ativo da lide.

No mérito, assevera que os valores recebidos pela participação em sessões extraordinárias na Câmara Municipal de Três Lagoas foram regulares, inclusive tendo sido aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sustenta que o recebimento de tais parcelas indenizatórias encontra respaldo na legislação municipal.

Requer o provimento do recurso.

Do recurso de apelação interposto por Gilmar Garcia Tosta.

Argumenta o recorrente que se equivocou a julgadora ao lhe incluir na condenação, pois no curso da lide formalizou acordo com o Ministério Público Estadual, o qual fora devidamente homologado pela autoridade judiciária. Assim, diante do seu descumprimento, o caso seria de cumprimento de sentença.

Pugna pelo acolhimento da insurgência.

Em contrarrazões, o recorrido manifesta-se pelo desprovimento dos recursos (756/767).

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo não conhecimento do recurso interposto por Gilsemar José Ferreira e pelo desprovimento dos demais recursos (f. 795/803).

A parte apelante foi intimada para manifestar-se acerca da preliminar de não conhecimento do recurso em razão da deserção suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, consoante determina o art. 933 do CPC. (fls. 812/813)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Gilsemar José Ferreira, Valdmorio Aguirre e Gilmar Garcia Tosta, inconformados com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, determinando-lhes a devolução de valores recebidos por terem participado de sessões extraordinárias na Câmara Municipal de Três Lagoas.

Segundo a inicial, o Ministério Público Estadual, por meio das investigações realizadas no Inquérito Civil n. 046/2011, apurou que os vereadores da Comarca de Três Lagoas na legislatura de 2005/2008 receberam verbas indenizatórias pelas participações em sessões extraordinárias da Câmara Municipal de Três Lagoas, ocorridas no período compreendido entre 03 de junho de 2006 e o final do ano de 2008.

Alegou que tais recebimentos contrariaram a Constituição Federal e, por tal razão, ingressou com a presente ação visando o ressarcimento de dano ao erário.

Instruído o feito, sobreveio a sentença de procedência. (fls. 575/586)

Irresignados, os requeridos recorrem a esta Corte.

Do recurso de apelação interposto por Gilsemar José Ferreira.

Afirma o recorrente que embora não tenha colacionado aos autos os respectivos comprovantes, adimpliu integralmente o acordo formalizado com o Ministério Público no curso da lide, motivo pelo qual não agiu com acerto a magistrada singular ao lhe incluir no decreto condenatório.

Assim, pugna pela retificação da sentença.

Do recurso de apelação interposto por Valdomiro Aguirre.

Suscita preliminar de nulidade da sentença, pois o magistrado *a quo* declarou a inconstitucionalidade de norma municipal, sem que tenha havido pedido nesse sentido.

Ainda em sede preliminar, argumenta que não possui legitimidade para figurar no polo ativo da lide.

No mérito, assevera que os valores recebidos pela participação em sessões extraordinárias na Câmara Municipal de Três Lagoas foram regulares, inclusive tendo sido aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sustenta que o recebimento de tais parcelas indenizatórias encontra respaldo na legislação municipal.

Requer o provimento do recurso.

Do recurso de apelação interposto por Gilmar Garcia Tosta.

Argumenta o recorrente que se equivocou a julgadora ao lhe incluir na condenação, pois no curso da lide formalizou acordo com o Ministério Público Estadual, o qual fora devidamente homologado pela autoridade judiciária. Assim, diante do seu descumprimento, o caso seria de cumprimento de sentença.

Pugna pelo acolhimento da insurgência.

Em contrarrazões, o recorrido manifesta-se pelo desprovimento dos recursos (756/767).

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo não conhecimento do recurso interposto por Gilsemar José Ferreira e pelo desprovimento dos demais recursos (f. 795/803).

A parte apelante foi intimada para manifestar-se acerca da preliminar de não conhecimento do recurso em razão da deserção suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, consoante determina o art. 933 do CPC. (fls. 812/813)

De início, por ordem de prejudicialidade, convém registrar que ao tempo em que foi proferida a sentença e decididos os respectivos embargos (f. 575/586, 696/699, 713/715 e 717/719), era vigente o Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual ambos os recursos devem ser examinados com base no códex revogado.

Recurso de apelação interposto por Gilsemar José Ferreira (f. 650/652).

A insurgência veiculada pelo recorrente Gilsemar José Ferreira, como bem observou o i. Procurador de Justiça em seu parecer, não pode ser conhecida, pois não preenche um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade, qual seja: o recolhimento do preparo.

Com efeito, segundo dispunha o art. 511 do CPC/73:

> *Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.*

Em comentários ao referido dispositivo legal, o professor Costa Machado esclarece que:

> *Preparo é o pagamento prévio da taxa devida ao Estado pelo processamento dos recursos (...). Trata-se, como se sabe, de requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos (...) Da reforma de 1994 para a frente, portanto, a realização do preparo passou a depender exclusivamente da parte que, ao interpor o recurso, juntará à sua petição a guia comprobatória do recolhimento da verba correspondente ao preparo (...).* (MACHADO. Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10ª ed., Manole: SP, 2011, pags. 696/697).

Veja-se, portanto, que uma vez não comprovado o regular recolhimento do preparo quando a lei assim exigir, o eventual recurso interposto deve ser considerado deserto e, por consequência, a sua inadmissibilidade é medida que se impõe.

Deve ser destacado, neste ponto, que sob a vigência do código revogado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual filiava esta Corte Estadual, há muito havia se pacificado no sentido de ser inviável a realização do pagamento do preparo em momento posterior à interposição do recurso de apelação.

Corroborando:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (...) APELAÇÃO CÍVEL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS NO MOMENTO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO - PREPARO EXTEMPORÂNEO - DESERÇÃO - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO.* (STJ – EDcl no Ag 1126021/MS. Rel.: Min. Massami Uyeda. Terceira Turma. Julg.: 25/08/2009)
>
> *Recurso especial. Apelação. Deserção. Comprovante do preparo. Juntada posterior ao protocolo do recurso.*
>
> *1. Na linha jurisprudencial firmada pela Terceira Turma, "a comprovação do pagamento do preparo relativo à apelação deve ser feita no ato da interposição do recurso, não se admitindo juntada posterior do comprovante, sem qualquer justificativa da parte" (REsp nº 241.614/RS, Relator o Ministro Castro Filho, DJ de 20/5/02). 2. Recurso especial conhecido, mas desprovido.* (STJ – REsp 573.654/PR. Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julg.: 16/12/2003)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL (...) PREPARO – JUNTADA APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO – DESERÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO. O preparo do recurso deve ser comprovado quando da interposição do recurso, sob pena de preclusão, nos termos do art. 511 do Código de Processo civil, na redação dada pela Lei n. 8.950/94, impondo-se a deserção do recurso quando houver a juntada posterior da guia de preparo. Recurso não conhecido.* (TJMS – Apelação Cível n.º 2010.019881-8. Rel. João Maria Lós. Primeira Câmara Cível. Julg. 09.11.2011).

Por sua clareza e didática, é pertinente registrar a conclusão exarada pelo ministro Raul Araújo, do Tribunal Cidadão, no julgamento do AgRg no Ag 1.388.904/MG:

> *Segundo o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o recorrente deve comprovar a realização do preparo no ato de interposição do recurso.*
>
> *Ainda na linha de nossa jurisprudência, a comprovação tardia do preparo, mesmo que dentro do prazo recursal, impõe o reconhecimento da deserção.*

In casu, conforme se observa dos autos, o recorrente Gilsemar José Ferreira não apresentou no momento de interposição do seu recurso o comprovante de recolhimento do preparo, tampouco demonstrou a ocorrência da situação excepcional prevista no art. 184, § 1º, II, do CPC/73 – conforme alardeado nas razões recursais – descumprindo, com tal conduta processual, a regra prevista no mencionado art. 511 do CPC/73, impondo o reconhecimento da deserção.

Recurso de apelação interposto por Valdomiro Aguirre (f. 658/672).

Nulidade da sentença.

Segundo argumenta o recorrente, a sentença padece de nulidade, pois declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de norma municipal sem que tenha havido qualquer pretensão nesse sentido, em evidente ofensa ao postulado da congruência.

Contudo, não lhe assiste razão.

A questão discutida nesse capítulo recursal já está consolidada perante os tribunais superiores, onde, há muito, sedimentou-se o entendimento de que a possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro.

A propósito:

> *PROCESSUAL CIVIL (...) DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE OFÍCIO - PRESSUPOSTO DA APRECIAÇÃO DO PEDIDO (...) 2. A possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro (...)* (STJ – REsp 1234025/MT. Rel.: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julg.: 04/06/2013)

Nesse mesmo sentido tem se manifestado esta C. Turma Julgadora, conforme se infere do seguinte aresto, de minha relatoria, transcrito na parte que interessa para o caso:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO (EXTRAPETITA). E DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. AFASTADAS (...) Segundo o Superior Tribunal de Justiça: "a possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro". Assim, a declaração da inconstitucionalidade, de ofício pelo julgador, não configura decisão extra petita. Não há falar em usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando o controle difuso de constitucionalidade da norma é feito de forma incidental, como fundamento e não como objeto principal da demanda (...).* (TJMS – Agravo de Instrumento n.º 1410057-63.2015.8.12.0000. Rel.: Eduardo Machado Rocha. Terceira Câmara Cível. Julg.: 19/11/2015)

Assim, levando-se em consideração que a declaração da inconstitucionalidade de ofício pelo julgador não configura decisão *"extra"* ou *"ultra petita"*, fica refutada a preliminar em questão.

Ilegitimidade ativa.

Sob esse enfoque, sustenta o apelante que não possui legitimidade para figurar no polo ativo da lide.

Tal prefacial causa estranheza, pois a simples leitura dos autos revela, sem maiores dificuldades, que o recorrente figura no polo passivo da lide, sendo incompatível sua pretensão com a angularidade processual que ocupa.

Poder-se-ia dizer que houve mero erro material quanto à redação da preliminar. Entretanto, analisando os fundamentos apresentados na peça recursal, verifica-se que o recorrente é expresso em dizer que se trata de ilegitimidade ativa e não passiva, inclusive questionando a postura da magistrada que analisou a matéria como ilegitimidade passiva.

Dessa forma, diante da manifesta intenção externada pelo apelante, a insurgência não merece ser conhecida, pois, nesse ponto, o pedido do recorrente é juridicamente impossível, na medida em que não existe previsão legal que autorize o réu de uma ação ser, ao mesmo tempo, autor da mesma demanda. Logo, é impossível o réu defender sua ilegitimidade para figurar no polo ativo.

Assim, pretendendo o réu seja reconhecida a sua ilegitimidade ativa, não merece ser conhecida a preliminar sob enfoque.

Mérito recursal.

A questão devolvida à apreciação desse Órgão Colegiado não é nova na jurisprudência pátria, inclusive já estando consolidada perante o Supremo Tribunal Federal, onde o tema foi analisado em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Como efeito, ao examinar a ADI 4587/GO, o plenário do excelso pretório concluiu, por unanimidade, que o art. 57, § 7º, do Texto Constitucional veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em razão de convocação extraordinária, tratando-se de norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, por força do art. 27, § 2º, da Carta Magna.

Eis, a propósito, a ementa do julgado:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 147, § 5º, DO REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO AOS PARLAMENTARES EM RAZÃO DA CONVOCAÇÃO DE SESSÃO EXTRAORDINÁRIA. AFRONTA AOS ARTS. 39, § 4º, E 57, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE VEDAM O PAGAMENTO DE PARCELA INDENIZATÓRIA EM VIRTUDE DESSA CONVOCAÇÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I – O art. 57, § 7º, do Texto Constitucional veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em razão de convocação extraordinária. Essa norma é de reprodução obrigatória pelos Estados-membros por força do art. 27, § 2º, da Carta Magna. II – A Constituição é expressa, no art. 39, § 4º, ao vedar o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória ao subsídio percebido pelos parlamentares. III – Ação direta julgada procedente.* (STF – ADI 4587. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julg.: 22/05/2014)

Embora o julgamento em questão tenha se referido à norma constitucional de reprodução obrigatória pelos estados, o entendimento também é aplicado aos municípios, conforme bem esclarece o professor Pedro Lenza, *verbis*:

> *A vedação contida no art. 57, § 7º, deve ser entendida como de reprodução obrigatória para os parlamentares dos Estados-Membros (art. 27ª, § 2º, da CF/88) e do DF (art. 32, § 3º, da CF/88) e, em nosso entender, também de observância compulsória para os parlamentares municipais, tendo em vista o princípio da moralidade da legislação e, acima de tudo, da simetria.* (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 571-572).

Nesse mesmo sentido foi a orientação adotada pela Corte Especial deste aerópago estadual no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1601955-05.2014.8.12.0000, onde restou assim decidido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA – ART. 5º DA LEI MUNICIPAL N.º 2.262/08 – SESSÃO EXTRAORDINÁRIA – PREVISÃO DE VERBA INDENIZATÓRIA PARA VEREADORES – INCONSTITUCIONALIDADE – AFRONTA AOS ARTS. 57, § 7º, 39, § 4º E 37, CAPUT, DA CF – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE – ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE – EFEITOS EX TUNC.*
>
> *Realizando o cotejamento entre a Lei Municipal n.º 2.262/2008 do Município de Brasilândia e o art. 37, § 7º da CF, constata-se que esta prevê a possibilidade de sessão legislativa extraordinária, contudo veda o pagamento de parcela indenizatória em razão da convocação. Enquanto isso, a lei municipal impugnada prevê o pagamento por sessão extraordinária, limitando apenas seu valor.*
>
> *O Poder Legislativo também está jungido ao art. 37 da Constituição Federal, incluindo, aí, os princípios norteadores da Administração Pública, dentre os quais se encontram os princípios da legalidade e da moralidade, que foram diretamente afrontados pela norma municipal impugnada, tendo em vista confrontar norma constitucional para*

majorar indevidamente os valores percebidos pelo edis a título de remuneração. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente. (TJMS – Argüição de Inconstitucionalidade n.º 1601955-05.2014.8.12.0000. Rel.: Tânia Garcia de Freitas Borges. Órgão Especial. Julg.: 16/12/2015)

Veja-se, portanto, que em relação ao comparecimento dos vereadores às sessões extraordinárias, o artigo 57 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 50, de 14 de fevereiro de 2006, aplicado ao município pelo princípio da simetria, permite a convocação para sessões extraordinárias, mas *"vedado o pagamento de parcela indenizatória"*.

Nesse cenário, a existência de norma legal municipal que disponha sobre o pagamento de indenização pela participação de vereadores em sessões extraordinárias não pode se sobrepor à norma constitucional que veda tal possibilidade, mormente pela evidente sobreposição da norma hierarquicamente superior.

Por esse motivo, sem maiores delongas, é mister reconhecer que, no caso dos autos, as Resoluções n.º 03, de 01 de agosto de 2005, e n.º 09, de 14 de outubro de 2008, editadas pela Câmara Municipal de Três Lagoas, não podem servir de fundamento para o recebimento de indenizações pelos vereadores que compareceram às sessões extraordinárias, pois, como visto, possuem conteúdo contrário à norma máxima, sendo irrelevante o fato de ter o Tribunal de Contas considerado válidos os recebimentos.

Como decorrência natural de tal ilação, os valores percebidos pelos agentes políticos (dentre eles, o recorrente) devem ser restituídos ao erário, pois o seu recebimento, reitere-se, se deu em razão de norma que ofende frontalmente ao texto constitucional.

Apenas merece registro, por fim, que embora tenha se entendido pela invalidade das propaladas resoluções por ofenderem a Constituição Federal, o caso dos autos não reclama a observância da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88 e Enunciado de Súmula Vinculante n.º 10.

Isso porque, nos termos da jurisprudência do Excelso Pretório, reafirmada em sede de repercussão geral, é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL. MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS. 1. ***A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC****. 2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do § 1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais.* (STF – ARE 914045 RG. Rel.: Min. Edson Fachin. Julg.: 15/10/2015)

Na hipótese vertente, conforme delineado acima, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o art. 57, § 7º, do Texto Constitucional veda o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares (aí incluídos os vereadores) em razão de convocação extraordinária.

Evidente, pois, a desnecessidade de observância da cláusula de reserva de plenário.

Recurso de apelação interposto por Gilmar Garcia Tosta (f. 732/737).

Na visão do recorrente, equivocou-se a julgadora ao lhe incluir na condenação, pois no curso da lide formalizou acordo com o Ministério Público Estadual, o qual fora devidamente homologado pela autoridade judiciária. Assim, diante do seu descumprimento, o caso seria de cumprimento de sentença.

Razão lhe assiste.

A transação entre as partes homologada judicialmente põe fim à demanda e extingue o processo, com resolução do mérito, já que soluciona de forma definitiva a lide.

Nesta hipótese, a extinção do processo, embora proferida pelo juiz, decorre da vontade das partes, gerando efeitos de coisa julgada, não podendo, assim, ser alterada, salvo as hipóteses do artigo 463 do CPC/73 ou, em sendo o caso, por meio de ação anulatória.

Portanto, havendo as partes composto a lide mediante termo de transação judicialmente homologado, tudo que terão de fazer, daí em diante, é dar cumprimento ao acordo livre e espontaneamente celebrado, inclusive, em presentes os requisitos legais, mediante execução forçada.

Nesse sentido:

> *RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO SEMI-NOVO CONTENDO VÍCIOS REDIBITÓRIOS - TRANSAÇÃO JUDICIAL ENTRE AS PARTES (...) 1) Havendo as partes composto a lide mediante termo de transação judicialmente homologado, tudo que terão de fazer, dai em diante, é dar cumprimento ao acordo livre e espontaneamente celebrado (...)* (TJAP – Apelação Cível n.º 0000449-41.2016.8.03.0000. Rel.: Agostino Silvério. Câmara Única. 23/08/2016)

In casu, compulsando o caderno processual, observa-se que após o manejo da presente ação, ajuizada em face de vários réus, o recorrente formalizou acordo com o Ministério Público Estadual, o qual fora devidamente homologado pelo juízo *a quo,* em 17.10.2013, nos seguintes termos (f. 504):

> *(...) 10. Considerando a concordância do Ministério Público Estadual, homologo os acordos firmados por Antônio Luiz Teixeira Empke Junior, Antonio Rialino Medeiros de Araújo, Gilmar Garcia Tosta, Jorge Aparecido Queiroz, Gilsemar José Ferreira e Vera Helena Arsioli Pinho, devendo juntar aos autos os respectivos comprovantes de pagamento mensal. Após a quitação integral, tornem conclusos para extinção (...).*

Veja-se, portanto, que durante o trâmite processual, a lide instaurada entre o *Parquet* e o recorrente fora resolvida por transação judicial devidamente homologada pelo juízo, motivo pelo qual eventual descumprimento do acordo deve ser objeto de cumprimento de sentença, não se mostrando adequada a postura adotada pela julgadora, que desconsiderou o acordo outrora homologado e proferiu sentença contra o apelante.

Antes o exposto, em parte com o parecer: a) não conheço do recurso interposto por Gilsemar José Ferreira; b) conheço parcialmente do recurso interposto por Valdomiro Aguirre e nego-lhe provimento; e, c) conheço do recurso interposto por Gilmar Garcia Tosta e dou-lhe provimento, determinando a exclusão do recorrente do decreto condenatório, cabendo ao Ministério Público, em sendo o caso, promover o cumprimento de sentença para exigir o pagamento dos valores convencionados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, não conheceram do apelo de Gilsemar José Ferreira, conheceram em parte do recurso de Valdomiro Aguirre e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, conheceram integralmente do recurso de Gilmar Garcia Tosta e deram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 04 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0803948-91.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ANALISADA COM O MÉRITO – CARTÃO ALIMENTAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 46/2011 – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – CONCESSÃO DEVIDA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE FATO IMPEDITIVO AO DIREITO PLEITEADO – RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O município requerido, por meio da Lei Complementar Municipal n. 46/2011, editou a lei que criou o cartão alimentação a ser entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos e comissionados no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, com a finalidade de auxiliar nas despesas com alimentação.

Verificado que a autora é servidora pública do Município de Paranaíba, enquadrando-se no rol de beneficiados do artigo 44 da LCM 46/2011 e, comprovado que referido benefício não foi a ela pago, não tendo o requerido demonstrado qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, impõe-se a manutenção da sentença.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente os honorários advocatícios contratuais eventualmente pagos ao advogado para a adoção de providências extrajudiciais podem ser objeto de ressarcimento (REsp 1274629/AP).

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório.

Município de Paranaíba, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança que lhe move Aparecida Souza dos Santos, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido, para o fim de:

> *1- condenar o réu ao pagamento de R$ 2.345,20 (dois mil e trezentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos) à parte autora, devidamente corrigido na forma do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a observância do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4425 e 4357, desde a citação.*
>
> *Condenar o réu ao pagamento de quantia equivalente a 30% (trinta por cento) do valor apurado nos moldes indicados no item 1 retro, a título de indenização por danos materiais. (f. 132/133)*

Suscita preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, com relação à matéria atinente ao pagamento dos honorários contratuais.

No mérito, alega que o cartão alimentação foi instituído com o advento da Lei Complementar Municipal nº 046/2011, sancionada na administração anterior e não pago um único mês sequer até o mês de abril de 2013, data que antigo gestor foi afastado do cargo por determinação da Justiça Eleitoral.

Afirma que o gestor público anterior executou a proposta orçamentária elaborada e aprovada na gestão anterior, sem que tenha sido consignado a dotação para pagamento da referida vantagem. Logo, a pretensão da autora encontra óbice na Constituição Federal de 1988, em seu art. 169, § 1º, inciso I.

Relata que a concessão do mencionado cartão de alimentação trata-se de vantagem adicional aos servidores públicos. Por outro lado, não existe, ainda, qualquer regulamentação quanto à concessão do mencionado cartão e principalmente deve ser levado em consideração a inexistência de prévia dotação orçamentária.

Sustenta que o art. 44 da Lei Complementar Municipal nº 046/2011 ainda não possui eficácia no mundo jurídico, devido à ausência da edição de decreto regulamentador.

Defende ser incabível o pagamento dos honorários contratuais. E ainda, o contrato de honorários foi juntado em momento inoportuno.

Por fim, prequestiona as matérias.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Município de Paranaíba, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança que lhe move Aparecida Souza dos Santos, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido, para o fim de:

> *1- condenar o réu ao pagamento de R$ 2.345,20 (dois mil e trezentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos) à parte autora, devidamente corrigido na forma do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a observância do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4425 e 4357, desde a citação.*
>
> *2 - condenar o réu ao pagamento de quantia equivalente a 30% (trinta por cento) do valor apurado nos moldes indicados no item 1 retro, a título de indenização por danos materiais. (f. 132/133)*

A apelada ingressou com a presente demanda objetivando a condenação do requerido ao pagamento da quantia mensal de R$ 50,00 (cinquenta reais), a título de cartão alimentação, conforme previsto na Lei Complementar Municipal n. 46/2011.

Alegou ser servidora pública municipal e que em 06/04/2011 entrou em vigor o referido diploma legal que prevê, em seu artigo 44 e parágrafos, a concessão de um cartão alimentação no valor de R$ 50,00, mensalmente, a todos os servidores públicos municipais efetivos ou comissionados, porém, a municipalidade não implantou o benefício.

Requereu a procedência do pedido.

Em sede de contestação, a parte ré pugnou pela improcedência do pedido. (f. 95/100)

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, para o fim de:

> *1- condenar o réu ao pagamento de R$ 2.345,20 (dois mil e trezentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos) à parte autora, devidamente corrigido na forma do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a observância do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4425 e 4357, desde a citação.*
>
> *2 - condenar o réu ao pagamento de quantia equivalente a 30% (trinta por cento) do valor apurado nos moldes indicados no item 1 retro, a título de indenização por danos materiais. (f. 132/133)*

Irresignado, recorre o município.

Suscita preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, com relação à matéria atinente ao pagamento dos honorários contratuais.

No mérito, alega que o cartão alimentação foi instituído com o advento da Lei Complementar Municipal nº 046/2011, sancionada na administração anterior e não pago um único mês sequer até o mês de abril de 2013, data que antigo gestor foi afastado do cargo por determinação da Justiça Eleitoral.

Afirma que o gestor público anterior executou a proposta orçamentária elaborada e aprovada na gestão anterior, sem que tenha sido consignado a dotação para pagamento da referida vantagem. Logo, a pretensão da autora encontra óbice na Constituição Federal de 1988, em seu art. 169, § 1º, inciso I.

Relata que a concessão do mencionado cartão de alimentação trata-se de vantagem adicional aos servidores públicos. Por outro lado, não existe, ainda, qualquer regulamentação quanto à concessão do mencionado cartão e principalmente deve ser levado em consideração a inexistência de prévia dotação orçamentária.

Sustenta que o art. 44 da Lei Complementar Municipal nº 046/2011 ainda não possui eficácia no mundo jurídico, devido à ausência da edição de decreto regulamentador.

Defende ser incabível o pagamento dos honorários contratuais. E ainda, o contrato de honorários foi juntado em momento inoportuno.

Por fim, prequestiona as matérias.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Como a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação se refere ao pagamento dos honorários contratuais, e como referida matéria também foi objeto de recurso por parte do município, analisarei tal questão juntamente com o mérito recursal.

O objeto do recurso cinge-se em saber se a autora faz jus ao recebimento da quantia mensal de R$ 50,00 (cinquenta reais), a título de cartão alimentação, instituído pela Lei Complementar Municipal n. 46/2011.

Dispõe referida legislação:

> *Artigo 44 - Fica criado o Cartão Alimentação que será entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos e comissionados no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais.*
>
> *§ 1º - O cartão criado no caput deste artigo tem a finalidade de auxiliar nas despesas com alimentação dos servidores públicos municipais.*
>
> *§ 2º - O servidor que por qualquer motivo vier a ter falta, justificada ou não, não terá direito ao cartão alimentação no mês subsequente a falta.*

Conforme se denota, o município requerido editou a lei que criou o cartão alimentação que seria entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos e comissionados no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, com a finalidade de auxiliar nas despesas com alimentação.

Compulsando os autos, depreende-se que a autora, ora apelada, é servidora pública do Município de Paranaíba, enquadrando-se no rol de beneficiados do artigo 44.

Analisando os *holerites* juntados (f. 13/17), observa-se que o vale alimentação realmente não foi pago, não tendo o Município, conforme considerou o magistrado, logrado êxito em demonstrar qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor nessa matéria, segundo o artigo 373, II, do CPC.

Por sua vez, o apelante defende que o atual gestor executou a proposta orçamentária elaborada na gestão anterior sem a dotação para pagamento do referido adicional, invocando as limitações previstas no art. 169, § 1º, inciso I, da Constituição Federal que dispõe:

> *Art. 169 - A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.*
>
> *§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:*
>
> *I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;*

> *II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.*

Em que pesem as suas alegações, não comprovou o requerido que a época da criação da lei não havia previsão orçamentária para instituição do vale alimentação ou a inexistência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. E ainda, o cartão alimentação não se trata de vantagem ou aumento da remuneração dos servidores, mas, sim, parcela de caráter indenizatório que auxilia os custos da refeição dos servidores, não podendo ser compreendida como *"despesas com pessoal"*.

Sobre o assunto já decidiu esta Corte:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA - BENEFÍCIO CARTÃO ALIMENTAÇÃO - DIREITO AO RECEBIMENTO - LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 46/2011 - APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR EM FUTURA LIQUIDAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO EM VALOR FIXO - NOVO ARBITRAMENTO EM SEDE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO CPC/1973 - RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO ADESIVO PROVIDO.*
>
> *Deve ser mantida a condenação do Município ao pagamento do benefício do Cartão Alimentação previsto no artigo 44 da LCM nº 46/2011, notadamente em razão da inexistência de prova a infirmar a pretensão da autora, entretanto, o quantum debeatur deverá ser apurado em futura liquidação, diante da ausência de cálculo aritmético apto a demonstrar a regularidade do valor indicado na exordial...* (TJMS. Apelação n. 0803735-22.2015.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 26/07/2016, p: 01/08/2016)

Logo, a sentença merece ser mantida nesta parte.

Com relação a condenação do município ao pagamento dos honorários contratuais, o recurso merece provimento nesta parte.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1134725/MG, adotou entendimento no sentido de que os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais devem ser restituído por aquele que deu causa ao processo. Confira-se:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL.1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 2. Recurso especial a que se nega provimento.* (REsp 1134725/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011)

No entanto, a Ministra Nancy Andrighi, revendo a sua posição, passou a entender que somente os honorários advocatícios contratuais eventualmente pagos ao advogado para a adoção de providências extrajudiciais são capazes de ressarcimento.

Eis a ementa:

> *DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA QUE PREVÊ RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECIPROCIDADE. LIMITES. ABUSIVIDADE.*

> *NÃO OCORRÊNCIA. 1. Os honorários contratuais decorrentes de contratação de serviços advocatícios extrajudiciais são passíveis de ressarcimento, nos termos do art. 395 do CC/02 (...) 4. O exercício regular do direito de ressarcimento aos honorários advocatícios, portanto, depende da demonstração de sua imprescindibilidade para solução extrajudicial de impasse entre as partes contratantes ou para adoção de medidas preparatórias ao processo judicial, bem como da prestação efetiva de serviços privativos de advogado e da razoabilidade do valor dos honorários convencionados.5. Recurso especial provido.* (REsp 1274629/AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 20/06/2013)

Na sobredita decisão, a e. Ministra afirma ter revisto o seu entendimento, quando do voto-vista proferido no julgamento do EREsp 1.155.527/MG, entendendo que*:*

> *a expressão "honorários de advogado" utilizada nos referidos artigos deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo. Essa conclusão está em perfeita concordância com os demais precedentes jurisprudenciais do STJ, em que se tem exigido a demonstração de prática de ato ilícito, contratual ou geral, para o reconhecimento do direito ao ressarcimento de despesas decorrentes da contratação de advogado. Nesse sentido: REsp 1.027.897/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 10/11/2008; REsp 915.882/MG, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP), 4ª Turma, DJe 12/04/2010; EREsp 1.155.527/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 28/06/2012; e REsp 1.027.797/MG, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe 23/02/2011.*

No mesmo diapasão:

> *PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. AÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO REGULARMENTE RESISTIDA. RESSARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. LICITUDE. 1. Debate-se na demanda a responsabilidade civil do INSS em ressarcir a parte que lhe moveu ação judicial para o pagamento de benefício previdenciário pelas despesas referentes aos honorários advocatícios contratuais, a título de perdas e danos. 2. A mera resistência à pretensão deduzida em juízo não é suficiente para caracterizar a conduta do réu como ato ilícito, ressalvadas, obviamente, situações excepcionais em que efetivamente constatado o abuso no exercício do direito. 3. Dessa feita, não se cogita de perdas e danos, nem de condenação da parte contrária ao ressarcimento dos honorários contratuais, pois a sucumbência sofrida no âmbito processual, via de regra, encontra-se regulada nos arts. 20 a 35 do CPC, não compreendendo, portanto, o ressarcimento das despesas com honorários contratuais. Precedentes: AgRg no AREsp 477.296/RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 2/2/15. AgRg no AREsp 516.277/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 4/9/14. AgRg no REsp 1.229.482/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23/11/12. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 1480225/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)*

Como se observa, os honorários contratuais firmados entre o autor e seu patrono, a fim de exercer seu direito subjetivo de ação, não integram o direito de indenização por perdas e danos eventualmente sofridos, mas apenas os extrajudiciais necessários ao ajuizamento da demanda, situação esta não apresentada nos autos.

Logo, comporta reparos a sentença recorrida, neste ponto.

No que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

> *EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO - MORA NÃO AFASTADA - MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS. A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza.* (Embargos de Declaração - Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL DISPOSITIVOS LEGAIS - DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS - SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER - EMBARGOS REJEITADOS.* (Embargos de Declaração - Nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013).

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Pelo exposto, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento tão somente para excluir a condenação do requerido ao pagamento dos danos materiais, consistentes no ressarcimento dos honorários contratuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0600383-70.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – AGRAVOS RETIDOS – CONEXÃO DAS CAUSAS – LEGITIMIDADE ATIVA – INVERSÃO ÔNUS DA PROVA – NEGADOS – VAZAMENTO DE ESGOTO NA REDE URBANA – ALOJAMENTO DE FUNCIONÁRIOS ACIMA DO LIMITE SUPORTADO PELA REDE COLETORA – INÉRCIA DA EMPRESA DE SANEAMENTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORADO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA DENUNCIAÇÃO À LIDE – DEVIDOS – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA ELDORADO CELULOSE E PAPEL S/A – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA SANESUL – RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO.

Por ser a Sanesul a concessionária de serviço público responsável pelo fornecimento de rede de esgoto na cidade, mostra-se cabível sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Cabível a inversão do ônus probatório como meio facilitador da defesa do consumidor em juízo (art. 6º, inciso VIII) já que as provas colacionadas indicam a verossimilhança de suas alegações e claramente os requerentes são hipossuficientes quanto à capacidade probatória.

Não restam dúvidas acerca da responsabilidade da empresa Eldorado pelo extravasamento do esgoto relatado na inicial, já que promoveu a ocupação do alojamento acima do limite máximo suportado pela rede coletora.

A denunciação da lide é uma demanda secundária de natureza condenatória, e havendo resistência da litisdenunciada, deverá ser condenada a suportar o pagamento de honorários advocatícios, que são devidos ao denunciante.

Provado o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a ação ou omissão do agente público, nasce o dever de reparação independentemente de prova de qualquer culpa, mostrando-se plenamente possível vincular uma omissão do Poder Público, quando deveria ter agido anteriormente e previsto os riscos envolvidos, ao acontecimento no qual o particular restou prejudicado, comprovando-se desta forma a culpa da Administração Pública e, consequentemente, a concessionária de serviço público, pela falta de cautela necessária.

É evidente a ofensa moral sofrida pelos autores, consubstanciada pela perturbação do sossego e pela situação extremamente desagradável de ter que conviver diariamente com dejetos de esgoto em frente às residências, fazendo jus ao pleito indenizatório a título de danos morais.

Deve ser majorado o valor da indenização relativa aos autores menores, para que seja equiparado ao fixado em favor dos adultos, isto é, R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, vencido o 2º Vogal, negar provimento aos agravos retidos e aos apelos de Eldorado Brasil Celulose S/A e de Sanesul e dar parcial provimento ao recurso de Valdete Aparecida Guimarães e outros, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de apelação cível interpostos pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A.-SANESUL e Eldorado Brasil Celulose S.A. e de recurso adesivo interposto por Valdete Aparecida Guimarães e outros contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação ambiental indenizatória c/c obrigação de fazer proposta por Valdete Aparecida Guimarães e outros, julgou os pedidos parcialmente procedentes.

Eldorado Brasil Celulose S.A. (f. 1.098-1.114) alega preliminarmente a ilegitimidade ativa *ad causam*, por se tratar de direito transindividual e a ilegitimidade passiva *ad causam* por não possuir relação jurídica com os autores nem com a Sanesul. No mérito, aduz em síntese a inexistência de dano ambiental, pois os efluentes na linha do esgoto estavam dentro dos limites permitidos, sendo que foram tomadas todas as medidas para evitar seu transbordamento; não demonstração de nexo de causalidade entre qualquer conduta ilícita da empresa e os eventuais danos ocorridos; os valores indenizatórios foram arbitrados em quantia totalmente absurda, pois ausentes os requisitos do ilícito apontado, devendo ser repelida a intenção de lucro fácil e ganho irreal; os honorários advocatícios são devidos apenas em casos de sucumbência e que a sua fixação em favor dos patronos das empresas Sanesul e Meta foi indevida, porquanto estas também foram sucumbentes na lide.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso para reformar a r. sentença, absolvendo a recorrente da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e quanto ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A.-SANESUL (f 1.117-1.158) reiterou preliminarmente o conhecimento e provimento dos agravos retidos de f. 777-783 e f. 821-826, para que seja acolhida a preliminar de sua ilegitimidade passiva e rechaçada a decisão que inverteu o ônus da prova. No mérito recursal alega:

Trata-se de ato omissivo do poder público, em que deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva, devendo ser aferida a existência de culpa por parte da concessionária de serviço público, o que não teria ocorrido eis que inexiste ato ilícito pela Sanesul, não havendo o preenchimento de requisito essencial para o reconhecimento de sua responsabilidade civil;

A responsabilidade é exclusiva da empresa Eldorado, que dobrou o número de moradores em seu alojamento, demonstrando a impossibilidade da recorrente em resolver o problema em poucos dias devido a entraves burocráticos administrativos;

A Sanesul não se manteve inerte frente aos problemas causados pela empresa Eldorado, nem no sentido de dotar o Município de Três Lagoas do serviço de coleta e tratamento de esgoto, eis que agiu observando o princípio da reserva do possível;

Inexistiu dano específico e anormal que ultrapasse o inconveniente normal da vida em sociedade e;

Ainda que mantida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, há a necessidade de redução do valor fixado, pois se mostrou desproporcional e desarrazoado.

Requer, por fim, o provimento do recurso para que seja reconhecida a sua ilegitimidade passiva em agravo retido, e no mérito que seja anulada a sentença para novo julgamento nos termos do art. 333 do CPC, ou não sendo este o entendimento, que seja afastada a condenação de indenização por danos morais ou reduzido o *quantum* arbitrado, bem como à condenação da empresa Eldorado ao pagamento da integralidade de todos valores eventualmente pagos aos autores.

Em recurso adesivo (f. 1.201-1.214), os autores ponderam, em síntese:

A indenização para crianças e adolescentes menores de 18 anos deve ser de igual valor à dos adultos, pois o ECA prevê em seu artigo 3º a igualdade de direitos fundamentais aos menores, e o inciso VI, do artigo 6º, do CDC, garante aos consumidores reparação por erro ou falha na prestação de serviços pelos seus fornecedores, não havendo distinção que diga respeito à qualificação dos autores nem mesmo à sua idade e;

O valor fixado para os danos morais deve ser majorado para o patamar mínimo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Pugnam pelo provimento do recurso para majorar o *quantum* indenizatório, determinar que a condenação dos menores seja igual ao dos maiores e que os valores das condenações dos menores deverão ser descontados os honorários contratuais na modalidade *ad exitum* até o importe máximo de 30%.

Houve contrarrazões pelo desprovimento dos recursos das partes contrárias.

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1.278-1.299) opinou, em seu parecer, pelo parcial conhecimento e na parte conhecida pelo não provimento do primeiro agravo retido interposto pela Sanesul, rechaçando-se a tese de ilegitimidade passiva; pelo conhecimento e não provimento do segundo agravo retido interposto pela Sanesul, mantendo-se a inversão do ônus da prova determinada pelo juízo *a quo*; pelo parcial conhecimento e, na parte conhecida, pelo não provimento do recurso de apelação interposto pela empresa Eldorado Brasil Celulose S.A.; pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação interposto pela Sanesul; e, por fim, pelo conhecimento e parcial provimento da apelação de Valdete Aparecida Guimarães e outros, reformando-se a sentença a fim de que o valor da indenização relativa aos menores integrantes do polo ativo da ação seja equiparado ao fixado em favor dos adultos R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um.

VOTO (EM 06/06/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (relator)

Trata-se de procedimentos recursais de apelação cível interpostos pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A.-SANESUL e Eldorado Brasil Celulose S.A. e de recurso adesivo interposto por Valdete Aparecida Guimarães e outros contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação ambiental indenizatória c/c obrigação de fazer proposta por Valdete Aparecida Guimarães e outros, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

A demanda se refere à ação de indenização com obrigação de fazer movida por Valdete Aparecida Guimarães e outros contra Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A.-SANESUL, em razão dos serviços de esgoto prestados de forma ineficiente, vez que apresentaram problemas de vazamento de água

e dejetos humanos por uma tampa de aço localizada na rua Antonio Estevam Leal (próximo à casa dos requerentes), Jardim das Paineiras, no Município de Três Lagoas, onde o esgoto escorria como enxurrada pela rua Cassimiro de Abreu e acabava por atingir todas as três lagoas da cidade, contaminando-as com grande quantidade de coliformes fecais, perdurando tal cenário por mais de 18 meses, o que causou mau cheiro, acúmulo de resíduos orgânicos e o aumento de insetos, além do risco à segurança aos moradores e autores. Pediram pela condenação da requerida ao pagamento de dano moral ambiental bem como pela apresentação de solução definitiva para o problema, além da condenação em honorários advocatícios.

A Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A.-SANESUL, em contestação, postulou a ilegitimidade ativa dos requerentes, sua ilegitimidade passiva frente a inexistência de ação ou omissão no caso, sendo a empresa Eldorado Celulose e Papel S/A a única responsável pelo ocorrido. Defendeu que não praticou ato ilícito indenizável e que após a instalação de *"tanques pulmão"* pela empresa Eldorado para armazenar o esgoto do alojamento, todos os problemas acabaram, afirmando ainda que inexistiu dano ambiental pois os vazamentos foram esporádicos, pugnando ao fim pela improcedência da demanda.

Deferida a denunciação à lide, a empresa Eldorado Celulose e Papel S.A denunciou as empresas Meta Central de Serviços Ltda e Hidroplan Hidrossemeadura e Construção Ltda à lide, defendendo ainda a ilegitimidade ativa dos requerentes, a sua ilegitimidade passiva e aduziu que não concorreu para o ato elencado na inicial, além de afirmar que inexistiu dano moral a ser indenizado.

Deferiu-se também a denunciação da empresa Meta Central de Serviços Ltda, que alegou a ilegitimidade ativa dos requerentes para a proteção do ambiente, e que ao instalar os *"tanques pulmão"* a pretensão perdeu seu objeto, sendo que o vazamento do esgoto foi gerado pela empresa que construiu a Escola Técnica Federal. Aduziu também que a responsabilidade pelo número de alojados ser superior ao ideal é da empresa Eldorado, e que inexistiu dano moral possível de indenização.

Na decisão de f. 755-763 foi acolhida a ilegitimidade ativa dos requerentes para postular obrigação de fazer ambiental e indeferido o pedido de nova denunciação apresentada pela empresa Meta, tendo sido excluída do feito a denunciada Hidroplan.

Foi realizada a perícia judicial (f. 944-982), sobre a qual se manifestaram as partes (f. 985, 990-993, 994-995, 997-998).

O magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, como se nota do dispositivo da sentença, *in verbis*:

> *Ante o exposto e tudo o que mais dos autos consta, julgo parcialmente procedente os pedidos contidos na inicial, para condenar, solidariamente, as Empresas Sanesul (Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A) e Eldorado Brasil Celulose S/A, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 a cada um dos Requerentes Valdete Aparecida Guimarães, Vanessa Marile de Souza Gregório, Jorge Faustino Barroso Júnior, Pedro Aparecido Ferreira Guimarães, Jone Rodrigues Teixeira, Conceição Aparecida Ferreira, Lariane Franciele de Paula Ferreira e, de R$ 3.000,00 aos Requerentes menores Mirely Fernanda de Paula Ferreira, Leonardo de Paula Rodrigues, Mario Antonio de Paula Rodrigues, Maria Eduarda de Paula dos Santos. Os valores acima serão atualizados desde a data do arbitramento até a data do efetivo pagamento, com aplicação do IGPM/FGV, e juros de mora de 1% ao mês, igualmente aplicados desde o arbitramento.*
>
> *Os valores pertencentes aos menores ficarão depositados na subconta vinculada a estes autos até que alcancem a maioridade.*

Diante da sucumbência mínima da parte Requerente (sucumbiu apenas no que pertine ao pedido de obrigação de fazer ambiental, fls. 755-763), condeno ainda, solidariamente, as Requeridas Sanesul e Eldorado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios (da lide principal), sendo que estes fixo no valor correspondente a 20% sobre o valor da condenação atualizada.

Nas lides secundárias:

Lide entre Sanesul e Eldorado

Diante da condenação solidária das Requeridas Sanesul e Eldorado, foi individualizada a condenação na lide secundária em 50% a cada uma delas. Por isto, acolho parcialmente o pedido e, condeno a empresa denunciada Eldorado a reembolsar a Requerida Sanesul no que ultrapassar o limite da condenação desta, ou seja, se a Sanesul vier a pagar mais que 50% do débito integral, este remanescente será restituído pela Eldorado (atualizado pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1%, ambos à partir do pagamento pela Sanesul).

Ressalto que cabe à parte Requerente promover o cumprimento de sentença contra quem ela entender, diante da solidariedade das Requeridas na lide principal.

Diante da sucumbência recíproca entre a denunciante e a denunciada, condeno ambas, em igualdade de condições, ao pagamento das custas, despesas processuais (ambas verbas que tenham origem exclusiva na denunciação). Condeno ainda, cada uma delas (Sanesul e Eldorado) ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa (na lide secundária), que fixo no valor de R$ 4.000,00 (art. 20, § 4º do Código de Processo Civil) e, que não serão compensados já que os honorários pertencem aos patronos.

Lide entre Eldorado e Meta

Julgo improcedente a denunciação da lide realizada pela empresa Eldorado, em face da empresa Meta Central de Serviços LTDA.

Condeno a empresa Eldorado ao pagamento das custas, despesas processuais (ambas verbas que tenham origem exclusiva nesta denunciação). Condeno-a ainda, ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa (Meta) que fixo no valor de R$ 6.000,00 (art. 20, § 4º do Código de Processo Civil).

Como relatado, recorrem as partes a esta Corte da decisão de primeira instância.

De início, é necessário esclarecer qual é a legislação a ser aplicada no julgamento deste recurso, se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) ou se o Código Processual de 2015, tendo em vista a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) no dia 18.03.2016.

No que pertine a sua vigência, o CPC/2015 prevê:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n o 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

> *§ 1º. As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*
>
> *§ 2º. Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*
>
> *§ 3º. Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.*
>
> *§ 4º. As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.*
>
> *§ 5º. A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código.*

Considerando que o CPC/2015 foi publicado em 17.03.2015 e que a *vacatio legis* é de um ano, o novo CPC, como dito, entrou em vigor em 18.03.2016.

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Na hipótese dos autos, a sentença foi publicada em 27.11.2014 (f. 1.097), de modo que se aplicam aos recursos as disposições do CPC/1973.

Analiso primeiramente os agravos retidos da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A - SANESUL

Os agravos retidos foram postulados às f. 777-783 e 821-826 e reiterados preliminarmente no apelo.

No primeiro (f. 777-783), alega a empresa que foram ajuizadas outras três ações na comarca de Três Lagoas com idêntico objeto desta, alterando-se apenas as partes, justificando a conexão das causas, além de postular sobre sua ilegitimidade passiva.

A respeito do instituto da conexão, disciplina o Código de Processo Civil/1973:

> *Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.*
>
> *Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.*
>
> *Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.*
>
> *Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.*

Ensina Fredie Didier:

> *A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque ele atende muito bem às funções da conexão.* (Curso de Direito Processual Civil, 12ª edição, volume 1, JusPodium, 2010, página 156).

No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Para existir conexão, basta que a causa de pedir em apenas uma de suas manifestações seja igual nas duas ou mais ações. (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 13ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, pág. 438).

Todavia, o STJ já decidiu que *"a conceituação legal admite certo grau de maleabilidade no exame dos casos concretos pelo juiz, à luz do critério da utilidade da reunião dos processos como forma de evitar a coexistência de decisões judiciais inconciliáveis sob o ponto de vista prático."* (REsp 594748/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavaski, Primeira Turma, DJ 17/08/2006).

Saliento ainda que a reunião dos processos decorrente da conexão das demandas está inserida no âmbito de faculdade do magistrado, como se apreende da leitura do artigo 105 do CPC/1973, que assim preceitua: *"Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente"*.

Na hipótese, assim entendeu o magistrado singular ao julgar o pedido:

> *(...) embora os vizinhos tenham promovido 3 ações idênticas, formam um universo de 31 autores e, ao que parece, a reunião dos feitos somente trará tumulto ao presente feito.*
>
> *Ademais a conexão não é obrigatória, pois não vejo possibilidade de julgamentos diversos, ainda mais porque todos os processos tramitam perante esta vara e, a qualquer momento, sendo verificada a necessidade de reunião deles, isto poderá ser feito.*

Assim, por ausente o risco de decisões conflitantes já que os processos tramitam perante a mesma vara, entendo não merecer reforma a decisão de primeira instância quanto ao tema.

Analiso então a alegada ilegitimidade passiva da Sanesul.

É cediço que a empresa é a responsável pelo esgotamento sanitário do Estado de Mato Grosso do Sul, competindo-lhe realizar as obras necessárias para a devida prestação do serviço à população, como dispõe o artigo 1º da Lei Estadual n. 2.581/02:

> *Art. 1º Fica a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A - SANESUL, autorizada a explorar serviços públicos e sistemas privados de abastecimento de água, coleta, remoção e destinação final de efluentes e resíduos sólidos domésticos e industriais e seus subprodutos, de drenagem urbana, serviços relacionados à proteção do meio ambiente e aos recursos hídricos, outros serviços relativos à saúde da população, prestação de consultoria, assistência técnica e certificação nestas áreas de atuação e outros serviços de interesse para a Empresa e para o Estado de Mato Grosso do Sul, dentro e fora de seus limites territoriais, ficando autorizada, também a constituir subsidiárias integrais, inclusive na forma de Sociedade de Propósito Específico - SPE, ou participar, majoritária ou minoritariamente, de sociedades ou consórcios com empresas privadas.*

No presente caso, a Sanesul é a concessionária de serviço público responsável pelo fornecimento de rede de esgoto na cidade, mostrando-se cabível sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda,

tendo em vista que a denunciação à lide de suposto terceiro que a empresa entende como responsável pelos acontecimentos não afasta sua legitimidade para o feito, pois a responsabilidade em si será decidida no mérito.

Deste modo, correta a decisão singular, razão pela qual nego provimento ao agravo retido de f. 777-783.

Com relação ao segundo agravo retido (f. 821-826) no que tange à inversão do ônus da prova, questiona o agravante que a decisão do magistrado não apresentou fundamentação compatível com a medida deferida, qual seja, onde estaria a hipossuficiência técnica ou a verossimilhança das alegações dos autores no caso.

O juiz de primeiro grau assim decidiu quanto à inversão (f. 809-810):

> *Quanto ao ônus da prova, como já havia alertado nas fls. 206-216, especialmente a partir das fls. 209-210, que o caso deve receber a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, já que os requerentes, no mínimo, devem ser considerados consumidores por equiparação (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor).*
>
> *Diante deste quadro, deve ser invertido o ônus probatório quanto aos pontos controvertidos acima expostos, como meio facilitador da defesa do consumidor em juízo (art. 6º, inciso VIII) já que as fotografias e matérias jornalísticas juntadas aos autos (fls. 69-99) indicam a verossimilhança de suas alegações e claramente os requerentes são hipossuficientes quanto à capacidade probatória.*
>
> *Por isto, inverto o ônus probatório, para atribuí-lo à parte requerida.*

Não vejo como modificar a decisão combatida porque, ainda que minimamente, está fundamentada em expresso artigo de lei, sendo que os documentos juntados aos autos são suficientes para que seja mantida.

Os requerentes, como consumidores, representam a parte mais fraca da relação processual e cabe ao agravante fazer prova daquilo que contra si foi alegado. Em outras palavras, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Comparecendo o réu e alegando fatos novos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor, atrairá para si o ônus da prova em relação a tais fatos, até porque a produção de provas deve ser realizada por aquele que tenha melhores condições de produzi-las, no caso, o agravante.

Assim, nego provimento ao agravo retido de f. 821-826, mantendo a decisão que determinou a inversão do ônus da prova.

Passo então à análise das matérias de mérito devolvidas.

Da apelação de Eldorado Brasil Celulose S.A.

No que tange à preliminar de ilegitimidade ativa dos autores na lide, informo que não há interesse recursal pois tal pedido foi analisado em primeira instância, na decisão interlocutória, conforme se depreende das f. 755-763:

> *As pessoas físicas dos requerentes não possuem legitimidade para a defesa do meio ambiente em geral, postulando via individual a realização de projetos ou soluções ambientais, ainda que suposto dano esteja atingindo as lagoas locais como patrimônio ambiental local.*

> *(...) Porém, não se pode confundir a correção do dano ambiental e a obrigação de fazer inicialmente postulada pelos requerentes, com o dano ambiental em si, pois este atinge cada residente deste município, e como tal, em alguns casos pode ser individualizado e, reparado também desta forma. Razão pela qual, não há ilegitimidade, nem impossibilidade jurídica do pedido quanto ao pedido de danos morais, já que não há violação de regra de direito material ou processual que impeça a postulação em juízo.*
>
> *(...) ante o exposto, acolho a ilegitimidade ativa dos requerentes para postular obrigação de fazer ambiental. Afasto a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.*

Dessa forma, se a pretensão já foi acolhida anteriormente, não há utilidade no manejo do recurso nesse ponto específico.

A respeito da ilegitimidade passiva, assim restou decidido em primeiro grau (f. 755-763):

> *Quanto a Eldorado, entendo que é parte legítima para o presente feito. Veja que ela afirma que contratou a empresa Meta para administrar os serviços e também a administração dos alojamentos e, inclusive juntou referido contrato (fls. 275 – com a Meta).*
>
> *Pois bem, se contratou a empresa Meta para fiscalizar os alojamentos, é responsável por sua adequação às normas sanitárias e ao bom convívio com a segurança e limpeza do local. Não pode simplesmente atribuir a responsabilidade totalmente à empresa fiscalizadora.*
>
> *Neste caso, se contratou, demonstra a Eldorado que possui ligação com a manutenção do prédio (e também peça forma que os dejetos são encaminhados à rede pública), tanto que é a responsável financeira pela manutenção do local. Então, possui legitimidade para o feito.*
>
> *A exclusão de responsabilização prevista no contrato (entre a Eldorado e a empresa Meta) não pode ser oposta ao terceiro prejudicado. Ademais, este tema poderá ser objeto de análise, se necessário, no mérito.*
>
> *Diante disso, rejeito a preliminar de ilegitimidade da empresa Eldorado.*

Como bem explanado, a empresa Eldorado estava ligada à manutenção do prédio que incluía os alojamentos e de onde saíram os dejetos causadores do extravasamento na rede pública, razão pela qual se mostra correta a decisão singular, não merecendo amparo recursal neste ponto.

Na sequência, alega a apelante a inexistência de dano ambiental, pois os efluentes na linha do esgoto estavam dentro dos limites permitidos, sendo que foram tomadas todas as medidas para evitar seu transbordamento, não restando demonstrado o nexo de causalidade entre qualquer conduta ilícita da empresa e os eventuais danos ocorridos.

Todavia, sem razão.

Constata-se que a estação de tratamento primário do alojamento ocupado pelos funcionários da empresa Eldorado Brasil Celulose S.A era compatível com a ocupação no limite de 1.000 alojados, que é o quanto a rede estava dimensionada para suportar de vazão.

O alojamento era utilizado anteriormente pela empresa VCP, onde eram mantidos cerca de 1.000 habitantes, não havendo qualquer relato nos autos de vazamento de esgoto à época, afirmando o perito em seu laudo às f. 952 que a capacidade de esgoto naquele local satisfazia a demanda para o volume dos bairros contribuintes e mais o volume de efluentes do alojamento.

Ocorre que a empresa Eldorado aumentou o número de funcionários para 1.920 (um mil novecentos e vinte), como se nota do documento às f. 967, implicando no aumento da vazão de esgoto e seu consequente transbordamento nas regiões adjacentes, constando do laudo pericial que os vazamentos decorreram do excesso de lançamento de esgoto na rede, que apesar da estação comportar as dimensões para as quais foi construída, não suportou a quantidade lançada que se mostrava.

Às. f. 953 constata-se a informação do *expert*:

> *3) A estrutura montada funciona dentro de sua capacidade normal de funcionamento? Ou as necessidades da região ultrapassam a capacidade da rede montada?*
>
> *R. Os alojamentos implantados para a construção da VCP (atual Fíbria), quando desocupados, foram entregues ao poder municipal que usou-os cedendo para todas as fábricas que aqui se instalaram. Este alojamento (Fazendinha ou Alojamento I), foi cedido para a Eldorado Brasil Celulose S/A no início de 2011.*
>
> *No início de 2011, a Eldorado ampliou a capacidade do alojamento (quase que dobrou) de 1.000 para 1.920 alojados.*
>
> *Em junho de 2011, conforme relatórios de monitoramento da ETE (Estação de Tratamento de Esgotos do alojamento), cedido pela Eldorado, a pedido meu (anexos 2,3 e 4), as vazões médias diárias foram: dia 1/6 = 3,88 l/s; dia 2/6 = 4,03 l/s e dia 3/6 = 6,72 l/s, para 930 alojados. Considerando a média destas vazões, dá uma produção de esgotos de 4,87 l/s, o que dá 452,43 l/hab dia de produção de esgotos. Note que ou estava havendo desperdício de água tratada ou havia vazamento ou número errôneo de alojados.*
>
> *(...)*
>
> *O sistema de escoamento implantado pela Sanesul tinha uma vazão de cálculo para até 1,73 l/s; portanto, os transbordamentos de efluentes nos pv's aconteceram devido o sistema ter sido dimensionado levando-se em consideração um certo número de alojados (1.000) com uma produção de esgoto per capta estipulada (até 150 l/hab dia). Qualquer destas 2 condicionantes que sofresse acréscimo, fatalmente o sistema (rede + destinação) entraria em colapso.*

Disso tem-se que com a utilização do alojamento pela empresa Eldorado na quantidade de 1.920 habitantes, iniciou-se o lançamento excessivo de esgoto na estação coletora causando os vazamentos na rede urbana relatados.

Como bem salientou o magistrado *a quo* às f. 1.076:

> *Os cálculos acima deixam claro que além de ser a responsável pelo vazamento do esgoto, a Empresa Eldorado buscou maquiar suas informações, passando a ser questionável sua contribuição, durante a instrução do feito e da perícia.*
>
> *Perceba que a rede (que nunca tinha apresentado vazamentos conhecidos antes) tinha uma vazão de apenas 1,73 l/s e, a empresa Eldorado, estava lançando uma média de 4,87 l/s. Quando a rede foi dimensionada, foi planejada conforme o consumo médio de esgoto por cada alojado, ou seja, de 150 l/hab/dia (fls. 953 - mas relata o perito nas fls. 957, quesito 7, que a bibliografia relata a média diária de apenas 80 litros de esgoto por pessoa). Como não crer que a Eldorado age com má-fé se os seus alojados estariam lançando uma média de 452,43 l/hab/dia? É que na verdade, havia um número muito maior de alojados do que fora informado por ela (não seria a primeira vez que a Requerida Eldorado omitiria informações importantes, como alegou a testemunha Júlio Seba Bobadilha, funcionário da Sanesul).*

> *Nas fls. 965 a Sanesul chega a afirmar que nos horários de pico aquela vazão estava chegando a 12 l/s, ou seja, quase 7 vezes mais que sua capacidade.*
>
> *Mas este número pode ser ainda maior nos horários de pico, pois nas fls. 967 a Eldorado informa que para a população de 1.920 habitantes o volume produzido nos horários de pico era de aproximadamente 75 m^3/h. Se convertemos 75m^3 em litros teremos 75.000 litros e, se convertermos isto em segundos (cada hora possui 3.600 segundos), podemos concluir que a vazão era de 20,83 l/s.*
>
> *Diante da instrução processual, não resta qualquer dúvida de que a empresa Eldorado é a causadora dos vazamentos do esgoto.*

Semelhante o entendimento da i. Procuradora de Justiça Irma Vieira de Santana e Anzoategui:

> *Em resposta ao quesito n. 01 da Sanesul, o perito atesta que os extravasamentos de esgoto iniciaram a partir da ocupação do alojamento pela Eldorado, a data precisa não consegui saber, mas pode-se dizer que foi no início de 2011.*
>
> *Note-se que o perito afirmou que ou estava havendo desperdício de água tratada ou havia vazamentos ou número errôneo de alojados (fl. 953). Tanto a Eldorado sabia que a sua conduta estava errada que, após a notificação da Sanesul para por término aos vazamentos, instalou tanques pulmões tentando solucionar os problemas, objetivando armazenar o efluente e posteriormente desaguá-lo, controlando a vazão.*
>
> *Ademais, conforme os anexos trazidos no laudo pericial (fls. 961-982), em vários horários foi ultrapassado o limite de escoamento que a Sanesul havia estipulado e acordado junto à empresa Eldorado, tendo os transbordamentos continuado, principalmente em horários de pico.*
>
> *(...)*
>
> *Logo, resta demonstrada a responsabilidade da empresa Eldorado no caso concreto, que em razão do aumento do número de funcionários residindo no alojamento, sem ter feito o devido redimensionamento da rede de esgoto, acabou por gerar aumento da vazão e consequente transbordamento dos efluentes nas regiões adjacentes.*

Assim, não restam dúvidas acerca da responsabilidade da empresa Eldorado pelo extravasamento do esgoto relatado na inicial, descabendo acolhida a irresignação nesse sentido, merecendo manutenção da sentença conforme prolatada.

Em relação à insurgência da apelante contra o arbitramento de honorários em favor dos patronos da Sanesul e da empresa Meta Central de Serviços Ltda, tenho que igualmente não comporta amparo.

A denunciação da lide é uma demanda secundária de natureza condenatória. Assim, havendo resistência da litisdenunciada, deverá ser condenada a suportar o pagamento de honorários advocatícios, que são devidos ao denunciante.

Observe-se que a apelante litisdenunciada não aderiu simplesmente ao postulado pela Sanesul, mas apresentou resistência quanto à sua responsabilidade, conforme se vê às f. 233-247.

Já no que tange à denunciação à lide pela empresa Eldorado à empresa Meta, tenho que esta foi julgada improcedente, restando, via de consequência, prejudicada a lide secundária, cabendo ao denunciante a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios do denunciado, já que se configurou a inexistência do direito postulado pelo denunciante perante o denunciado.

Confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre as questões:

> *PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DENUNCIAÇAO DA LIDE. À vista da natureza condicional da denunciação da lide, a respectiva procedência só induz a condenação em honorários de advogado, quando for objeto de resistência; se aderiu, simplesmente, à defesa que o denunciante opôs ao autor da demanda, sem negar sua responsabilidade acaso procedente a ação, o denunciado não está sujeito ao pagamento de honorários de advogado. Recurso especial conhecido e provido.* (STJ - REsp 285723 / RS - Terceira Turma - RELª. Ministra Nancy Andrighi - DJ 08.04.2002).

> *CIVIL E PROCESSUAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DENUNCIAÇÃO DA SEGURADORA À LIDE. SUCUMBÊNCIA DEVIDA PELO SEGURADO DENUNCIANTE. CPC, ARTS. 70, 20 E 23. Não se tratando de hipótese de denunciação obrigatória à lide para assegurar direito de regresso, ao fazê-la o réu segurado em relação à empresa seguradora do seu veículo, ele estabelece, espontaneamente, um vínculo jurídico entre a demanda principal e a acessória, inaugurando, quanto à segunda, uma relação litigiosa com a litisdenunciada. Destarte, se julgada improcedente a ação indenizatória, favorecendo o litisdenunciante, inexistente, em consequência, o direito por ele postulado perante a seguradora, nascendo, daí, a sua obrigação de, respectivamente, pagar-lhe as custas e os honorários advocatícios resultantes da sua sucumbência na lide secundária. Precedentes do STJ.* (STJ, REsp 36.135-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 15/04/2002).

Logo, não havendo fundamentos suficientes para a reforma da sentença, impõe-se a sua manutenção neste ponto.

Da apelação da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL

Dos autos, verifica-se que a requerida Sanesul foi notificada pelos moradores sobre os vazamentos que estavam ocorrendo desde o mês de março/2011, tendo a empresa realizado apenas manobras paliativas e que não surgiram efeito para o problema apresentado.

O perito relata às f. 953 que *"conforme relato do gerente da Sanesul, houve atendimento para desobstrução da rede, conforme pesquisa no sistema, nos meses de março, maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 2011. Em outubro de 2011 (anexo 5), a Sanesul notifica a Eldorado sobre vazamentos de esgoto na r. Antônio Estevão Leal x R. Casemiro de Abreu, devido aumento de alojados"*.

Verifica-se que as medidas tomadas pela Sanesul se iniciaram mais 07 (sete) meses após os episódios de transbordamentos da rede, que perduraram até o ano de 2012, sendo que a empresa Eldorado foi notificada apenas em outubro/2011 (f. 959)

Foram então instalados tanques pulmão pela empresa Eldorado na tentativa de minimizar o problema, porém as medidas não surtiram o efeito esperado, pois conforme informação de f. 954, segundo parágrafo, o perito colheu relato do gerente regional da Sanesul de que os procedimentos adotados de nada adiantaram, afirmando que os "*transbordamentos continuaram nos horários de "pico" (das 6:00 às 8:00 hs e das 18:00 às 22:00 hs em dias úteis) que não controlava a vazão de escoamento ou mesmo porque o sistema de tratamento não suportava tal volume produzido de esgoto pelo número excessivo de alojados."*

O juiz de primeira instância salientou a conduta passiva da Sanesul em solucionar o problema:

> *Não há nos autos qualquer relato de conduta ativa e efetiva da Sanesul para resolver o problema. Limitou-se a enviar ofícios e cobrar medidas da poluidora Eldorado. A Sanesul também retirava o esgoto com caminhões, o que era inútil diante do cheiro e dos novos vazamentos, que ocorriam de 3 a 4 vezes por semana e, em até 3 vezes por dia (informações da testemunha Gilson Belchior da Silva - terceirizado da empresa Sanesul).*

> *A solução técnica, segundo o perito judicial (fls. 955, quesito 8 e, fls. 957, quesito 9), seria a troca das bombas da estação elevatória Jatobá (pela Sanesul) para outras com potência maior e, consequentemente, maior volume de recalque em menor tempo.*
>
> *Devo ressaltar aqui, que a empresa Sanesul já tinha conhecimento da necessidade de ampliar o sistema de captação de esgoto conforme se vê no documento de fls. 156 (relatório de empresa terceirizada sua), a um custo de R$ 55.375,07 (fls. 159-160) e, o que ela fez? Convidou a Eldorado para participar de suas reuniões (fls. 161), nada mais.*
>
> *Sua conduta, passiva, certamente colaborou para a permanência, por quase um ano, do estado caótico a que foram submetidos os Requerentes como moradores da região atingida pelo fedor do esgoto vazado. Veja a foto do jornal de 25.11.2011 (fls. 163 - foi juntado pela Requerida Sanesul) e, perceba o tamanho do descaso. Observe que o vazamento começara há quase 11 meses.* (grifei)

Apesar da empresa ter se utilizado de caminhões para sucção do esgoto vazado, fica evidente que tal procedimento consistiu em medida inútil, e segundo o magistrado: *"Consiste em conhecimento primário de que a sucção de esgoto (líquido) em rua de terra não retiraria todo o esgoto do local, tampouco exterminaria o cheiro ali deixado"*.

O perito judicial se manifesta a respeito da medida adotada pela Sanesul, às f. 956:

> *Após o transbordamento de esgoto, havia limpeza por sucção com caminhões tanques próprios para este serviço, contratados pela Sanesul ou Eldorado / Meta (que aqui não importa), que realizavam limpeza parcial do esgoto vazado. Como as ruas não tinham pavimentação (ruas de terra), em vários pontos, não havia como sugar todo o esgoto. Nestes pontos, o esgoto ficava ali, por dias até infiltrar no solo ou até ocorrer outro transbordamento da rede. Obviamente, o esgoto, rico em matéria orgânica, como o agravante de não ser somente o esgoto parcialmente tratado vindo do alojamento; neste ponto do transbordamento, já havia esgoto bruto da rede urbana, criava ambiente propício para proliferação de moscas, pernilongos, especialmente o mosquito da palha, transmissor da leishmaniose, além de grande possibilidade de transmissão de doenças: entre as principais: ancilostomose, ascaridíase, amebíase, cólera, diarréia infecciosa, disenteria bacilar, esquistossomose, estrongiloidíase, febre tifóide, febre paratifóide, salmonelose, teníase e cisticercose.*(grifei)

Da análise das fotografias juntadas às f. 84-98, percebe-se que as medidas de sucção do esgoto por caminhões não solucionaram o problema, sequer minimamente, já que se constata a presença de grande quantidade de esgoto e dejetos orgânicos pelas ruas e também em frente às residências.

Elenco a conclusão da i. Procuradora de Justiça a respeito:

> *Da leitura dos autos, verifica-se que a Sanesul adotou medidas paliativas para tentar resolver a situação, iniciando com a notificação da empresa Eldorado acerca dos acontecimentos (fl. 965), sem, contudo, adentrar no cerne do problema e efetivamente solucionar a questão. Foram mais de 07 (sete) meses, inclusive, para que notificasse a Eldorado, tendo em vista que os transbordamentos iniciaram em março de 2011 e a notificação se deu em outubro de 2011 (fl. 959).*
>
> *Ao que se percebe, hoje, o problema se encontra resolvido, porquanto o alojamento foi desocupado e a Sanesul construiu uma estação elevatória com rede e destinação dimensionada para atendimento do IFMS e, caso necessário, do alojamento, conforme resposta do perito ao quesito n. 06 do juízo; entretanto, não se pode negar aos requerentes o direito à indenização pelos danos que experimentaram.*

Segundo o art. 37, § 6º, da Constituição da República, verificamos:

> *Art. 37. (...)*
>
> *§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

O escólio de Arnaldo Rizzardo elucida o tema:

> *Desde que as pessoas jurídicas privadas, e mesmo o próprio indivíduo como pessoa física, prestem serviços de caráter público, acarretam a responsabilidade do Estado pelos danos que causarem, sujeitando-se a ser chamado para o devido ressarcimento. Especialmente depois da Constituição de 1988, tornou-se comum a extensão da responsabilidade em relação àqueles aos quais se deu uma incumbência, ou se delegou funções de natureza pública. Tanto pelos danos decorrentes da culpa, como pelos que a própria atividade em si causar, respondem o Estado e a pessoa jurídica, sendo que esta na hipótese de vir acionada pela vítima. Os danos que os agentes dessas pessoas jurídicas privadas provocarem a terceiros ficam amparados com a reparação pelo próprio Estado e pelos causadores diretos, caso tenham agido com culpa.*
>
> *O art. 37, § 6º, é claro a respeito, não ensejando dúvidas, ao atribuir a responsabilidade por conta daqueles que procederam imprudentemente, ou sem os devidos cuidados, incluindo no dever de indenizar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nem mais se questiona a respeito da obrigação de reparar por aquelas pessoas que provocaram os danos.* (Responsabilidade Civil - editora Forense - 6ª edição - p. 368)

Nota-se que em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes independentemente de culpa, atenuando ou excluindo o dever indenizatório somente nos casos de caso fortuito, força maior, culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Colaciono a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> *[...] a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agente, não deu causa a esse dano, se inexiste relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. [...] Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.* (Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., Editora Atlas, p. 287 e 292)

E consoante Rui Stoco:

> *Também as pessoas jurídicas de direito privado mas prestadoras de serviços públicos (concessionárias, permissionárias, etc.) submetem-se à teoria do risco administrativo por força de previsão expressa no 'cânon' constuticional referido.* (Stoco, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência – 4ª ed. Rev. São Paulo: Ed. RT, 1999).

Assim se estabelece que, provado o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a ação ou omissão do agente público, nasce o dever de reparação independentemente de prova de qualquer culpa, mostrando-se plenamente possível vincular uma omissão do poder público, quando deveria ter agido anteriormente e previsto os riscos envolvidos, ao acontecimento no qual o particular restou prejudicado, comprovando-se desta forma a culpa da Administração Pública pela falta de cautela necessária.

Ou seja, o fundamento para a adoção da responsabilidade objetiva reside no fato de que a atividade desenvolvida pelos entes de Direito Público não pode ser realizada em detrimento da incolumidade dos administrados e no caso dos autos é incontroverso que a concessionária ré colaborou com os transtornos sofridos pelos requerentes, já que foi absolutamente ineficaz em suas medidas, limitando-se a utilizar caminhões *"limpa fossa"* para drenar o líquido extravasado pela rede de coleta de dejetos.

Assim, cabível a responsabilização da Sanesul pelo evento danoso, que deverá, em conjunto com a empresa Eldorado Brasil Celulose S.A, reparar os danos sofridos pelos requerentes pelo vazamento de esgoto urbano exposto nos autos, como exatamente delineou o juiz na sentença, já que contribuiu diretamente para que a situação se perdurasse por mais de um ano.

Do dano moral indenizável

O dever de reparar, imposto a quem causa um dano a outrem, constitui princípio geral de direito, no qual se aporta toda a teoria da responsabilidade civil, presente no ordenamento jurídico pátrio, no art. 186 do Código Civil e no caso específico dos autos, no art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> *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. 22 – CDC. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*
>
> *Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.*

A teoria da responsabilidade civil baseia-se, pois, na aferição da antijuridicidade da conduta do agente, no dano à pessoa ou coisa da vítima e na relação de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva e o dano.

Ensina com propriedade José de Aguiar Dias:

> *A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.* (Da Responsabilidade Civil, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1954, p. 138).

Conforme já elencado alhures, a empresa Eldorado foi a causadora do vazamento do esgoto devido à ocupação do alojamento em capacidade significativamente superior à suportada pela rede, e à empresa Sanesul imputa-se a responsabilidade objetiva por ter permanecido inerte onde lhe cabia agir a fim de resolver a situação que se mostrava.

Assim, por restar configurada a ação da empresa Eldorado e a omissão da Sanesul no evento danoso, exsurge o dever de ambas em indenizar os autores da ação, devendo ser mantida a sentença neste ponto.

Sabe-se que o dano moral constitui em sofrimento interior que não se demonstra ou se apura materialmente, sendo que em certas situações, suficiente se mostra a explicitação dos fatos danosos bastando, pelo fato narrado, imaginarmos que nos encontremos em situação semelhante, como bem elucidado por Yussef Said Cahali:

> *Ademais, ninguém pode sentir as dores de outrem, mas ninguém ignora que as sofreria, em condições idênticas.* (Cahali, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 245).

As fotografias acostadas às f. 84-98, bem como as notícias divulgadas pela imprensa às f. 68-81 demonstram a gravidade da situação enfrentada pelos requerentes, fato inclusive não negado pelas empresas requeridas.

Há ainda informação nos autos de que os vazamentos ocorriam de 3 a 4 vezes por semanas, e em alguns casos, até 3 vezes por dia, causando a exposição dos moradores a inúmeras enfermidades, sem falar do constante mau cheiro, da acumulação de insetos nas casas e da impossibilidade de transitar adequadamente pelas vias urbanas devido às poças formadas.

É evidente a ofensa moral sofrida pelos autores, consubstanciada pela perturbação do sossego e pela situação extremamente desagradável de ter que conviver diariamente com dejetos de esgoto em frente às residências, não cabendo, portanto, reforma da sentença quanto ao pleito indenizatório a título de danos morais.

Passo então, à análise da adequação do valor arbitrado.

Sobre o *quantum* compensatório, gizo que este deve ser fixado pelo juiz de forma a observar critérios peculiares de cada situação, analisando as questões sócio-econômicas das partes, o grau de intensidade do dolo ou culpa, as repercussões dos fatos, observando a razoabilidade necessária para tanto, a fim de que possa servir, por um lado, de alívio para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar, no entanto, em enriquecimento ilícito.

De igual forma, para a parte ofensora, deve ter por fim a reprimenda, a fim de evitar a prática de novos atos antijurídicos.

Conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> *A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.* (Responsabilidade Civil, nº 49, pág. 60, 4ª edição, 1993).

Na hipótese, o magistrado de primeiro grau fixou a indenização a este título em R$ 10.000,00 (dez mil reais) aos requerentes maiores de idade, e R$ 3.000,00 (três mil reais) aos menores de idade, justificando para tal a "*a ausência de similaridade na percepção da gravidade dos fatos, seus riscos ou tenham sofrido incômodo maior do que o proporcional ao valor fixado*."

Todavia, tenho que a desproporcionalidade entre o valor arbitrado entre os requerentes adultos e os menores de idade merece reparos.

Ressalto que a dignidade da pessoa humana é preconizada como um dos fundamentos da Carta Magna, nos termos do seu art. 1º, III, preceituando ainda o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que tanto a criança quanto o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, *verbis*:

> *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.*

Justamente pelo fato dos requerentes menores terem a percepção da gravidade da situação divergente da dos adultos, tal motivo mostram que eles são mais suscetíveis aos problemas decorrentes da poluição em frente às suas residências, uma vez que não levam em consideração os riscos que o esgoto a céu aberto podem lhe causar, como a transmissão de doenças das mais diversas naturezas.

Como bem pontuado no parecer ministerial:

> *No caso, como se trata de uma região carente, com ruas sem asfalto e com baixo fluxo de carros, supomos que é comum crianças constantemente brincando nas ruas, passando mais tempo em contato direto com o esgoto que se encontrava ali depositado, até porque elas possuem mais tempo livre, enquanto que os pais precisam trabalhar para sustentar a família, muitas vezes não possuindo meios para supervisionar as crianças.*
>
> *O que se quer dizer com essa elucubração é que, dessa forma, os riscos e o incômodo sofrido pelos menores podem ser até maiores do que os dos adultos, mesmo que aqueles tenham uma percepção do evento diferente destes, não se justificando que tenham fixada a indenização em valor inferior.*

Trago à baila o seguinte julgado do STJ:

> *DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.*
>
> *- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes.*
>
> *- As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.*

> *- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.*
>
> *- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.*
>
> *- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida à elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido.* (REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010) (grifei)

Desta forma, tenho que merece reformada a sentença no que diz respeito ao valor inferior fixado para as vítimas menores, devendo este ser estabelecido de forma equitativa entre adultos e crianças.

E sob esta ótica, a quantia arbitrada na origem de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos demandantes se mostra consoante com os danos sofridos, obedecendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando as condições econômicas das partes e atendendo às demais circunstâncias evidenciadas nos autos, sobretudo aquelas relativas à equivalência do ilícito e aos transtornos suportado pelas vítimas.

Em conclusão, merece parcial provimento o recurso adesivo dos autores apenas para que seja equiparada a indenização a título de danos morais relativa aos menores de idade, a fim de que seja igual ao valor fixado em favor dos adultos, no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um.

Já no que diz respeito ao pedido dos requerentes de que a quantia da condenação em favor dos menores seja descontado do valor dos honorários contratuais, tenho que não merece amparo, pois não foi juntado aos autos o contrato de honorários entabulado entre as partes, a teor do disposto no art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que assim disciplina:

> *Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.*

Destarte, não fazem jus os autores à reserva do percentual dos honorários supostamente avençados, pois ausente cópia do contrato de prestação de serviços advocatícios.

Ex positis, conheço e nego provimento aos agravos retidos da Sanesul; conheço e nego provimento ao recurso de apelação da empresa Eldorado Brasil Celulose S.A.; conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Sanesul; e conheço e dou parcial provimento ao recurso adesivo dos requerentes para reformar a sentença no que diz respeito ao valor da indenização relativa aos autores menores de idade, para que seja equiparado ao fixado em favor dos adultos, isto é, R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Nélio), após o relator negar provimento ao apelo de Eldorado Brasil Celulose S/A e de SANESUL e dar parcial provimento ao recurso de Valdete Aparecida Guimarães e outros. O 1º vogal negava provimento aos agravos retidos, rejeitava a preliminar e negava provimento ao recurso de SANESUL, conhecia em parte do apelo de Eldorado, rejeitava a preliminar e negava-lhe provimento, quanto ao apelo de Valdete, dava-lhe parcial provimento para majorar a indenização para R$ 10.000,00.

VOTO (EM 11/07/2017)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal)

Peço vênia ao eminente relator para dissentir de seu Voto, apenas quanto aos recursos dos autores e da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – SANESUL.

Entendo que deve ser dado provimento ao recurso de apelação interposto pela SANESUL. É que, pela redação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, evidentemente não é caso de responsabilidade objetiva, por se tratar de suposto ato omissivo do poder público.

Nessa hipótese, impõe-se perquirir a existência ou não de culpa estatal, que não pode ser presumida. Pela análise dos autos, depreende-se que não houve ato ilícito omissivo da apelante que pudesse ensejar o dano ambiental alegado.

Pela perícia acostada, observo que a responsabilidade pelo transbordamento do esgoto foi unicamente da empresa Eldorado, que praticamente dobrou o número máximo de moradores do alojamento, em razão do que duplicou o volume de dejetos, não tendo sido possível que a tubulação resistisse.

A SANESUL mostrou-se ativa na resolução do problema, embora não tenha sido por ela ocasionado, na medida em que notificou a empresa Eldorado, que por sua vez obrigou-se a tomar medidas para solucioná-lo, como a implantação de *"tanques pulmão"*.

Não vislumbro, portanto, como atribuir-se responsabilidade solidária às requeridas quanto à questão posta, porque inexistiu ato ilícito da empresa pública e verificou-se a culpa exclusiva da empresa Eldorado.

Quanto ao recurso dos autores, entendo que não merece provimento visto que, se dano moral houve, o *quantum* fixado é mais do que suficiente para indenizá-lo.

De qualquer forma, entendo que a indenização seria cabível por família envolvida, e não *per capita*, de modo que a pretensão de equivalência de valores entre maiores e menores de idade não merece mesmo prosperar.

Ante o exposto, acompanho o relator quanto ao desprovimento do recurso de Eldorado Brasil Celulose S.A. e dele divirjo com relação aos demais, para o fim de dar provimento ao Recurso interposto por Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL e julgar improcedente a ação em relação a ela, e negar provimento ao Recurso de Apelação interposto pelos Autores.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Eduardo), convocado nos termos do artigo 942 § 1º do CPC, após o relator negar provimento ao apelo de Eldorado Brasil Celulose S/A e de SANESUL e dar parcial provimento ao recurso de Valdete Aparecida Guimarães e outros. O 1º vogal negava provimento aos agravos retidos, rejeitava a preliminar e negava provimento ao recurso de SANESUL, conhecia em parte do apelo de Eldorado, rejeitava a preliminar e negava-lhe provimento, quanto ao apelo de Valdete, dava-lhe parcial provimento para majorar a indenização para R$ 10.000,00. O 2º vogal dava provimento ao recurso de SANESUL e negava ao dos autores.

VOTO (EM 25/07/2017)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (3º vogal)

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL e por Eldorado Brasil Celulose S/A e de recurso adesivo manejado por Valdete Aparecida Guimarães e Outros contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação ambiental indenizatória c/c obrigação de fazer ajuizada pelos últimos apelantes em desfavor das duas primeiras.

O e. Desembargador relator Fernando Mauro Moreira Marinho, negou provimento aos recursos manejados pela Sanesul e pela Eldorado, mas deu parcial provimento ao apelo adesivo dos autores para reformar a sentença no que diz respeito ao valor da indenização devida aos menores de idade, majorando-a para R$ 10.000,00.

Por sua vez, o 1º vogal, Desembargador Marco André Nogueira Hanson acompanhou o relator.

Finalmente, o 2º vogal, Desembargador Nélio Stábile, divergindo do relator, deu provimento ao recurso de Sanesul e negou provimento ao apelo dos autores.

Pedi vista dos autos para melhor análise.

No curso do processo foram interpostos dois agravos retidos pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. – SANESUL, sendo que no primeiro discute-se a existência de conexão e a ilegitimidade passiva e no segundo a inversão do ônus da prova.

No que diz respeito à conexão, não vislumbro hipótese de julgamentos contraditórios, notadamente porque as outras ações idênticas tramitaram na mesma vara em que foi julgado este processo. Ademais, evidencia-se a legitimidade passiva da Sanesul, porquanto é ela a concessionária de serviço público responsável pelo fornecimento da rede de esgoto devendo zelar pela boa prestação do serviço.

Também não é caso de reformar a decisão que inverteu o ônus da prova, uma vez que os autores, na condição de consumidores, têm a garantia de facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, conforme dispõe o artigo 6.º, inciso VIII, do CDC.

Portanto, voto no sentido de negar provimento aos agravos retidos de f. 777-783 e f. 821-826.

No recurso da Eldorado Brasil Celulose S.A. discutiu-se a ilegitimidade ativa, a qual não deve ser analisada em razão de ter sido objeto de decisão interlocutória (f. 755-763) sem a interposição do recurso cabível. Já a ilegitimidade passiva deve ser rechaçada uma vez que a empresa teve participação direta nos danos narrados na petição inicial. Note-se que a Eldorado tinha obrigação de manter o prédio onde seus funcionários estavam alojados e de onde saíram os dejetos causadores do derramamento na rede pública.

Quanto ao mérito, a Eldorado defendeu a ausência de dano ambiental. Porém, sem razão a recorrente. O conjunto probatório colacionado aos autos demonstra que a estação de tratamento do alojamento ocupado pelos funcionários da empresa era compatível com a ocupação máxima de 1.000 pessoas, conforme a rede estava dimensionada para suportar. Entretanto, houve o aumento do número de funcionários, sendo alojados 1.920 pessoas, o que provocou o aumento da vazão de esgoto e consequente transbordamento, situação esta que foi confirmada pelo laudo pericial produzido nos autos. A toda evidência, a exposição de moradores ao esgoto, situação esta que perdurou por meses, provoca dano moral passível de ser indenizado, causando a perda da tranquilidade e da segurança da população atingida com escoamento do esgoto.

Sendo assim, o apelo da Eldorado Brasil Celulose S.A. deve ser parcialmente conhecido (ilegitimidade ativa não conhecida) e, nesta extensão, desprovido.

No recurso da Sanesul, debateu-se a responsabilidade exclusiva da empresa Eldorado, inexistindo ato ilícito praticado pela Sanesul. Pediu, ainda, que caso seja mantido o dever de indenizar, haja a redução do valor indenizatório.

Porém, o comportamento desidioso da Sanesul restou suficientemente demonstrado nos autos, não havendo que se falar em responsabilidade exclusiva da Eldorado. Consta dos autos que após tomar conhecimento dos vazamentos que tiveram início em março/2011, a Sanesul apenas adotou medidas paliativas, mas que solucionaram o problema. Inclusive, as primeiras medidas somente foram adotadas cerca de 07 meses após o início dos transbordamentos.

As fotografias colacionadas à f. 84-98 demonstram a presença de grande quantidade de esgoto e dejetos orgânicos pelas ruas e em frente às residências, causando transtornos como a exposição dos moradores às doenças, convívio com o mau cheiro e acumulação de insetos. Portanto, presentes os requisitos da responsabilidade civil do estado, deve ser mantida a condenação imposta na sentença.

Também não é o caso de redução do valor indenizatório, arbitrado em R$ 10.000,00 para os adultos e em R$ 3.000,00 para os menores, sob pena de não serem atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Logo, é o caso de desprovimento do apelo da Sanesul.

Finalmente, no recurso adesivo manejado pelos autores, objetivou-se a majoração do valor fixado a título de indenização.

Analisando a situação concreta que deu ensejo à pretensão indenizatória, evidencia-se não haver razoabilidade na fixação de valores diferentes para indenizar os danos morais causados aos adultos e aos menores.

Conforme bem destacou o ilustre relator *"justamente pelo fato dos requerentes menores terem a percepção da gravidade da situação divergente da dos adultos, tal motivo mostram que eles são mais suscetíveis aos problemas decorrentes da poluição em frente às suas residências, uma vez que não levam em consideração os riscos que o esgoto a céu aberto podem lhe causar, como a transmissão de doenças das mais diversas naturezas"*.

Sendo assim, acompanho o relator para o fim de igualar a indenização no valor de R$ 10.000,00 para todos os autores (adultos e menores).

Ante o exposto, acompanho o e. relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, vencido o 2º vogal, negaram provimento aos agravos retidos e aos apelos de Eldorado Brasil Celulose S/A e de SANESUL e deram parcial provimento ao recurso de Valdete Aparecida Guimarães e outros, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Nélio Stábile e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801120-28.2016.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – LOTE DE TERRENO – ENCARGO DE CONSTRUÇÃO DE RESIDÊNCIA DESCUMPRIDO NO PRAZO ESTIPULADO – DIREITO À MORADIA – CONTRAPARTIDA DO DONATÁRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Constatada a ausência de edificação no imóvel, encargo estabelecido para a doação do imóvel sob pena de revogação, a reversão do bem ao patrimônio do Município é direito a ser declarado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de junho de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Ronaldo Honório dos Santos e Valdeli Jesus dos Santos contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina, nos autos da ação de revogação de doação de imóvel movida por Município de Nova Andradina, que julgou procedente o pedido inicial e declarou revogada a doação concretizada através da Escritura Pública de Doação lavrada em 12/05/2014, no livro 124, fls. 111/113, referente ao imóvel matriculado sob o nº 23.490, do SRI local, devendo o terreno objeto do negócio jurídico revogado retornar ao patrimônio do Município de Nova Andradina-MS, condenado os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono do requerente, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), ficando suspensa a exigibilidade de tal verba ante a concessão da gratuidade da justiça, com fulcro no artigo 98, § 3º, do CPC.

Alegam em síntese (f. 164-175) que: jamais abandonaram o local, logo não há que se falar em desvio de finalidade; os apelantes passaram por dificuldades financeiras e não lograram êxito em iniciar a construção e como já comprovado nos autos, o financiamento demandaria o pagamento de parcela mensal em torno de R$ 902,34, com valor total financiado de R$ 84.000,00, sendo que não teriam condições financeiras de arcar com tal quantia; não agiram de má-fé, sendo que motivos de força maior e imprevisíveis quando da firmação do contrato ensejaram o descumprimento; cumpre ao Município atender a função social da propriedade, o que não se coaduna com a sua conduta de se pleitear eventual revogação da doação que ainda atenda aos objetivos da lei que instituiu a concessão de direito real de uso; mostra-se desarrazoado que a Administração Pública objetive a revogação da doação no caso em que não se terá qualquer vantagem com a medida e; prequestionam as matérias ventiladas no recurso.

Decorreu o prazo *in albis* sem contrarrazões (f. 180).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f. 188-191).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Ronaldo Honório dos Santos e Valdeli Jesus dos Santos contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina, nos autos da ação de revogação de doação de imóvel movida por Município de Nova Andradina, que julgou procedente o pedido inicial e declarou revogada a doação concretizada através da Escritura Pública de Doação lavrada em 12/05/2014, no livro 124, fls. 111/113, referente ao imóvel matriculado sob o nº 23.490, do SRI local, devendo o terreno objeto do negócio jurídico revogado retornar ao patrimônio do Município de Nova Andradina-MS, condenado os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono do requerente, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), ficando suspensa a exigibilidade de tal verba ante a concessão da gratuidade da justiça, com fulcro no artigo 98, § 3º, do CPC.

O Município de Nova Andradina ajuizou a presente ação de revogação de doação em face de Ronaldo Honório dos Santos e Valdeli Jesus dos Santos alegando que os requeridos foram beneficiados em programa municipal de habitação (Lei Municipal nº 936/2010) com a doação de um terreno denominado lote 21, quadra 06, matriculado sob o nº 23.490, do 1º SRI da referida cidade, com 220,00 m² e localizado na Rua *"B"*, Conjunto Habitacional Universitário I. Todavia, eles não cumpriram com o encargo que lhes competia, qual seja, de construir uma residência para habitação familiar no prazo de 12 meses, contados da concessão do direito real de uso. Após várias prorrogações concedidas, o prazo para cumprimento da determinação findou-se em 24/08/2015, permanecendo o terreno baldio, requerendo o autor assim a procedência do pedido para o fim de ser revogada a doação, revertendo-se o imóvel ao patrimônio do Município.

Em sua defesa, os requeridos aduziram que não construíram a residência no terreno doado pois não obtiveram financiamento junto à Caixa Econômica Federal e não tiveram recursos próprios para cumprir dita obrigação. Explicaram que não conseguiram concluir o processo de financiamento com a CEF a tempo por dois motivos: 1º) devido à falta da escritura pública de doação, exigida para aprovação do financiamento, a qual só receberam do Município em 12/05/2014 e; 2º) após o recebimento da escritura, a CEF exigiu a implantação de asfalto, água e esgoto para aprovação do financiamento, o que demorou mais de 7 (sete) meses. Pediram por fim a improcedência da presente ação e a concessão da gratuidade da justiça.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial nos seguintes termos:

> *Posto isso, JULGO PROCEDENTE a presente Ação de Revogação de Doação de Imóvel para o fim acolher o pedido do Município de Nova Andradina-MS e declarar revogada a doação concretizada através da Escritura Pública de Doação lavrada em 12/05/2014, no livro 124, fls. 111/113, firmada pelo Município de Nova Andradina-MS em favor de Ronaldo Honório dos Santos e Valdeli Jesus dos Santos, referente ao imóvel matriculado sob o nº 23.490, do SRI local, devendo o terreno objeto do negócio jurídico ora revogado retornar ao patrimônio do Município de Nova Andradina-MS.*
>
> *Defiro aos requeridos a gratuidade da justiça.*
>
> *Atento ao princípio da sucumbência, condeno os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono do requerente, os quais fixo em*

> *R$ 500,00 (quinhentos reais), em razão da pouca complexidade da causa, ficando suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais, ante a concessão da gratuidade da justiça, com fulcro no artigo 98, § 3º, do CPC.*
>
> *Fica extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*

Da sentença, os requeridos apelam alegando em síntese que: jamais abandonaram o local, logo não há que se falar em desvio de finalidade; os apelantes passaram por dificuldades financeiras e não lograram êxito em iniciar a construção, e como já comprovado nos autos, o financiamento demandaria o pagamento de parcela mensal em torno de R$ 902,34, com valor total financiado de R$ 84.000,00, sendo que não teriam condições financeiras de arcar com o referido valor; não agiram de má-fé, sendo que motivos de força maior e imprevisíveis quando da firmação do contrato ensejaram o descumprimento; cumpre ao Município atender a função social da propriedade, o que não se coaduna com a sua conduta de se pleitear eventual revogação da doação que ainda atenda aos objetivos da Lei que instituiu a concessão de direito real de uso; mostra-se desarrazoado que a Administração Pública objetive a revogação da doação no caso em que não se terá qualquer vantagem com a medida e; prequestionam as matérias ventiladas no recurso.

Decorreu o prazo *in albis* sem contrarrazões (f. 180).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f. 188-191).

Pois bem.

Da análise dos autos, tenho que o Município de Nova Andradina, embasado pela Lei Municipal nº 936/2010 e Decreto Municipal nº 1.053/2011, efetuou a doação aos requeridos do bem público objeto da lide - através de Título Provisório de Concessão de Direito Real de Uso (f. 20-21) -, com área total de 220,00 m² e localizado na Rua *"B"*, Conjunto Habitacional Universitário I, com o encargo de que no prazo de 12 meses, contados da assinatura do instrumento de concessão, construírem uma residência com no mínimo 32 m², sob pena de ser revogada a doação.

A construção poderia se dar mediante recursos próprios ou com outro tipo de financiamento federal ou estadual, através de programas sociais e apesar do termo final para a edificação ter se dado em 13/12/2013, já que o termo de concessão foi assinado em 13/12/2012, o Município prorrogou-o por diversas vezes (f. 58-63 e 78-79), com intuito de possibilitar o cumprimento do encargo pelos beneficiários, encerrando-se por definitivo no dia 24/08/2015.

A Lei Municipal n. 936, de 15 de dezembro de 2010, prevê expressamente os encargos assumidos pelo donatário em seus artigos 3º e 6º, como se nota:

> *Art. 3º. Caso os beneficiários, num prazo de 12 (doze) meses, não obtenham financiamento para as respectivas construções, não o faça com recursos próprios, ou, não sejam contemplados com outro tipo de recurso federal ou estadual através de programas sociais, o terreno retornará ao domínio público.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 6º. Aos imóveis doados não poderá ser dada destinação diferente de habitação familiar dos beneficiários, por um período de 05 (cinco) anos, contados do HABITE-SE.*

Conforme o laudo de constatação e avaliação do imóvel realizado em 31/09/2016 por Oficial de Justiça, foi certificado que inexiste qualquer benfeitoria no terreno e que ele se encontra baldio (f. 143), informação está confirmada pelo depoimento pessoal e oitiva da testemunha colhidos à f. 149.

Saliento que os apelantes reconhecem que desde maio/2014 detêm a escritura pública de doação do terreno (f. 111-113), e que desde o início do ano de 2015 o bairro já estava provido de asfalto e saneamento básico, requisitos necessários à obtenção de financiamento imobiliário junto à Caixa Econômica Federal, que conforme as alegações recursais, apenas não foi efetivado devido a dificuldades financeiras enfrentadas pelos beneficiários.

É cediço que o direito à moradia é uma garantia constitucional, e a ação do ente federado de efetivar a doação aos apelantes também decorreu da função social pretendida àquele bem.

Todavia, os requeridos não observaram a contraprestação que lhes competia, e mesmo após transcorrido o prazo de mais de 03 anos a contar da doação do terreno, ainda não buscaram o financiamento ou construíram residência no local, limitando-se a afirmar que sofreram infortúnios que impossibilitaram a edificação.

Ou seja, não fizeram prova de suas alegações, tampouco apresentaram qualquer indício de que efetivamente promoveriam a construção dentro em breve, até porque ausentes os atos preparatórios para a obra, tais como limpeza do terreno e compras de materiais necessários.

Assim, verifica-se que os apelantes não se incumbiram de dar finalidade ao imóvel, o que acarreta a reversão da doação, até para que outras pessoas, também com necessidade de moradia, possam dele se aproveitar, sendo que o terreno foi doado para ali se construir a residência, e tal finalidade não foi cumprida.

Este sodalício em inúmeros casos já se pronunciou sobre a revogação da doação pelo desvio de finalidade apregoado no ato de concessão, como se extrai das seguintes ementas:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE LOTE – ENCARGO DE CONSTRUÇÃO DE RESIDÊNCIA DESCUMPRIDO – DIREITO À MORADIA – TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Constatada a ausência de edificação no imóvel, encargo para a doação do imóvel, a reversão do bem ao patrimônio do Município é direito a ser declarado. Sentença mantida. Recurso desprovido.* (TJMS - Apelação – Nº 0804847-63.2014.8.12.0017-- Nova Andradina, Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, DJ 21 de março de 2017)
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO AUTOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DA DOAÇÃO – LOTE DOADO PELO MUNICÍPIO ATRAVÉS DE TERMO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO – DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA NA LEI Nº 906/2010 – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – APLICAÇÃO DA LEI N. 1.239/2014 – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em prestígio ao princípio da razoabilidade, revela-se plausível a aplicação Lei n.º 1.239, de 09/12/2014, aos casos de descumprimento do encargo da doação, em lotes de terrenos já edificados. Verificado que o donatário não cumpriu com a obrigação legal assumida quando foi beneficiado com a doação de terreno, o Município faz jus à indenização de seu valor venal por desvio de finalidade da doação.* (TJMS - Apelação - Nº 0804372-73.2015.8.12.0017 - Nova Andradina, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, DJ 23 de maio de 2017)
>
> *EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DA DOAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – DESVIO DE FINALIDADE – ÔNUS DA PROVA (ART. 333, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973) – DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO COMPROVADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Se o pleito indenizatório está embasado na alegação de que a doação foi feita com encargo (habitação familiar do*

> *beneficiário) e que o seu descumprimento geraria o pagamento de indenização ou à reversão do bem ao patrimônio do Município, comprovado o desvio de finalidade, surge para o beneficiário o dever reparatório do erário.* (AC 0801535-45.2015.8.12.0017; Relatoria Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; 4.ª Câmara Cível; julgamento em 09/11/2016).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – LOTE DE TERRENO – ENCARGO DE CONSTRUÇÃO DE RESIDÊNCIA DESCUMPRIDO EM DETERMINADO PRAZO – DECURSO DE 5 ANOS SEM EDIFICAÇÃO – DIREITO À MORADIA – CONTRAPARTIDA DO DONATÁRIO - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Constatada a ausência de edificação no imóvel, encargo estabelecido para a doação do imóvel sob pena de revogação, a reversão do bem ao patrimônio do Município é direito a ser declarado.* (TJMS - Apelação - Nº 0804860-62.2014.8.12.0017 - Nova Andradina, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, DJ 24 de maio de 2017)

Desta forma, não merece reforma a sentença combatida.

No que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Confira-se:

> *EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO - MORA - NÃO AFASTADA - MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS. A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza.* (Embargos de Declaração – Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)

Por fim, considerando que o presente recurso foi interposto já sob a égide do CPC/2015 e está sendo improvido, aplicável ao caso o disposto no art. 85, § 11, que exige a majoração dos honorários em sede recursal.

Assim, fixo honorários recursais no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), a serem somados à verba honorária estabelecida na sentença, ficando, contudo, sobrestada a condenação por serem os requeridos beneficiários da justiça gratuita.

Ex positis, nego provimento ao recurso interposto.

Com fulcro no § 11 do art. 85, do CPC majoro os honorários advocatícios de sucumbência em R$ 200,00 (duzentos reais), a serem somados à verba honorária estabelecida em primeiro grau, ficando suspensa a exigibilidade ante a concessão da gratuidade da justiça aos requeridos, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 27 de junho de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade n. 2000002-67.2016.8.12.0000
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – ALEGAÇÃO DE VÍCIO MATERIAL DO CONTEÚDO DA NORMA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – LEI DE LICITAÇÃO – ARTIGO 17 DA LEI DE LICITAÇÃO – CRITÉRIO A SER OBEDECIDO NO TOCANTE AO LOTEAMENTO E INDIVIDUALIZAÇÃO DOS IMÓVEIS A SEREM DOADOS COM AVALIAÇÃO PRÉVIA – AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO NA NORMA – DEMAIS QUESTÕES DE VIOLAÇÃO AO PRECEITO CONSTITUCIONAL ESTADUAL DO ART. 25 A SEREM DEBATIDAS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM TRÂMITE NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU DA COMARCA – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Nessa ação declaratória de inconstitucionalidade resta demonstrada a ocorrência de vício material no conteúdo da norma por violação ao princípio da legalidade contido no artigo 25 da Constituição Estadual, confirmando a tese alegada pelo autor de ter havido, com a edição da Lei Municipal, franqueamento de doação de imóveis de forma genérica, sem observar as exigências de individualização dos imóveis com especificação do loteamento e prévia avaliação exigida na Lei de Licitação. Portanto, a lei impugnada ao dispor no art. 1º: *"doar imóveis de sua propriedade, dentro dos limites deste Município, devidamente registrados em órgão competente, e mediante Projeto de Loteamento de Interesse Social, com a finalidade específica de proporcionar acesso a moradia aos beneficiários selecionados em programas habitacionais do município de Anaurilândia"* afronta o princípio da legalidade, bem como não obedece à Lei de Licitação nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no art. 17, que se exige a individualização do imóvel a ser doado e sua avaliação prévia, inexistindo ainda menção sobre os critérios definidos quando à especificação do loteamento devidamente registrado.

Os fatos alegados de suposta promoção de políticas eleitoreiras constam de questões debatidas na Ação Civil Pública (autos nº 0800031-52.2016.8.12.0000) em trâmite no Juízo de 1º Grau, cuja finalidade é de discutir se os efeitos da norma foram concretizados em ano de eleição municipal, onde o MM. Juiz de Direito da Comarca de Anaurilândia concedeu a tutela antecipada para que o Município se abstenha de realizar a doação de imóveis com base na norma impugnada.

Considerando que a execução da norma debatida se encontra suspensa não há como avaliar se supostos prejuízos ao erário público e comprometimento a lisura do pleito eleitoral foram praticados, e tampouco se a secretária de assistência social teria poder de manipulação na escolha dos habilitados-beneficiados por ocasião da averiguação dos critérios e requisitos estabelecidos no artigo, fatos estes que devem ser debatidos em procedimento próprio de averiguação de eventuais prejuízos e de supostas irregularidades.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, julgar procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul com fundamento na Constituição da República (artigos 125, § 2º e 129, inciso IV) na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul (artigo 123, inciso III), na Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (artigo 29, inciso I), e na Lei Complementar Estadual nº 72, de 18 de janeiro de 1994 (artigos 26, inciso I e 30, inciso II) em face da Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, do Município de Anaurilândia, requerendo que se reconheça a inconstitucionalidade da norma impugnada que dispõe sobre doação de imóveis de propriedade do referido Município.

Alega, em síntese, que: que a lei supracitada afronta os princípios da moralidade administrativa, da legalidade, da impessoalidade e da igualdade, não podendo ser usada como fundamento para distribuição arbitrária de bens públicos aos munícipes; estabelece que no artigo 1º a autorização ao *"Poder Executivo Municipal a doar imóveis de sua propriedade, dentro dos limites deste Município, devidamente registrados em órgão competente, e mediante Projeto de Loteamento de Interesse Social, com a finalidade específica de proporcionar acesso a moradia aos beneficiários selecionados em programas habitacionais do Município de Anaurilândia-MS"*; a lei foi promulgada em 26 de novembro de 2015, entrando em vigor, na data de sua publicação, ou seja, no final do exercício de 2015, postergando seus efeitos concretos ao exercício de 2016 (artigo 12), sendo que o projeto de lei foi enviado à Câmara Municipal em outubro de 2015, ou seja, depois de quase três anos do mandato do chefe do Poder Executivo Municipal e dos vereadores, sendo solicitado regime de urgência para sua aprovação sob o argumento simplório da presença de *"interesse social"*; implica em reconhecer que somente no final da gestão municipal e às vésperas de ano eleitoral, o Poder Executivo, com o pleno auxílio dos membros do Poder Legislativo, chegou à conclusão da necessidade de se proceder à doação de bens públicos para fins de fomento à moradia popular; essa eventual urgência foi falsamente declarada com o propósito de se furtar à restrição imposta pela legislação eleitoral, mais especificamente à proibição de doação de bens públicos prevista no artigo 73, § 10 da Lei nº 9.504/97, ferindo assim, o princípio da moralidade administrativa por endossar a promoção de políticas eleitoreiras e populistas a fim de amealhar votos tanto para o gestor municipal como para os vereadores, que aprovaram o ato por unanimidade, em grave detrimento ao interesse público; o ato impugnado permite ao gestor municipal, na pessoa da Secretária de Assistência Social atualmente sua cônjuge, a distribuição de terrenos públicos, à vista de critérios inconstitucionais em pleno ano eleitoral; o interesse pessoal do Chefe do Poder Executivo na manutenção deste diploma legal reside justamente no fato de obter aprovação popular face à possibilidade de reeleição prevista no § 5º do artigo 14 da Constituição Federal, já que, conforme informação obtida no website da Prefeitura Municipal de Anaurilândia (www.anaurilandia.ms.gov.br) o Prefeito Vagner Alves Guirado cumpre seu primeiro mandato, estando apto a concorrer à reeleição no pleito que se aproxima, visto que o diploma legal aprovado às vésperas de ano eleitoral, cujo foco é a doação gratuita de terrenos públicos, ofende a moralidade e a ética no trato da coisa pública e mais, permitirá a compra "oficial" de votos mediante a contrapartida de bens públicos; tem-se inegável que as doações de lotes, ou a expectativa destas, ocorrerão em pleno ano de eleições municipais ferindo, também, o princípio constitucional da legalidade, elencado no artigo 25, *caput*, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, por estar em desacordo com o artigo 73, § 10º, da Lei n. 9504/97; a afirmação da discricionariedade do ato se dá pelo fato de que, face ao elevado número de pessoas que atendem aos requisitos para habilitação, não haverá terrenos suficientes para todos, restando, ao Poder Executivo, na pessoa da secretária de Assistência

Social, a escolha dos beneficiados, garantindo assim ao chefe do executivo forte poder de manipulação dos resultados. Pede a concessão de liminar, sem audiência dos órgãos ou autoridades das quais emanou a Lei, para suspender os efeitos da Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, de Anaurilândia.

O processo foi recebido e determinada a intimação do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal de Anaurilândia na pessoa de seu Presidente, para se pronunciarem nos autos sobre o pedido cautelar, bem como do Procurador-Geral do Município (f. 126/128).

Sobre o pedido liminar foram prestadas as informações pelo Município de Anaurilândia afirmando que na ação civil pública distribuída perante o Juiz de 1º Instância (nº 0800031-52.2016.8.12.000) o Magistrado determinou a suspensão da lei atacada no corrente ano eleitoral, motivo pelo qual inexiste interesse processual no pedido liminar da presente ação direta de inconstitucionalidade, não estando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar (f. 136/142) e Câmara Municipal também informou sobre a decisão monocrática na ação civil pública, devendo o pedido liminar ser indeferido (f. 146/152).

A Procuradoria Geral de Justiça concordou que inexiste interesse processual na concessão do provimento cautelar requerido nos presentes autos. (f. 161).

Incluída em pauta para julgamento da medida cautelar (f. 163/166) que nos termos do acórdão de f. 170/179, os membros dessa Corte, por unanimidade, indeferiram o pedido cautelar por não restar evidenciado o perigo da demora em razão do alcance da prestação jurisdicional em outra demanda.

Foi determinada a intimação do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal de Anaurilândia para prestarem informações sobre a questão de mérito da ação (f. 190).

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta pela procedência da ação. (f. 221/229).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul com fundamento na Constituição da República (artigos 125, § 2º e 129, inciso IV) na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul (artigo 123, inciso III), na Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (artigo 29, inciso I), e na Lei Complementar Estadual nº 72, de 18 de janeiro de 1994 (artigos 26, inciso I e 30, inciso II) em face da Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, do Município de Anaurilândia, requerendo que se reconheça a inconstitucionalidade da norma impugnada que dispõe sobre doação de imóveis de propriedade do referido Município.

Alega, em síntese, que: que a lei supracitada afronta os princípios da moralidade administrativa, da legalidade, da impessoalidade e da igualdade, não podendo ser usada como fundamento para distribuição arbitrária de bens públicos aos munícipes; estabelece no artigo 1º a autorização ao *"Poder Executivo Municipal a doar imóveis de sua propriedade, dentro dos limites deste Município, devidamente registrados em órgão competente, e mediante Projeto de Loteamento de Interesse Social, com a finalidade específica de proporcionar acesso a moradia aos beneficiários selecionados em programas habitacionais do Município de Anaurilândia-MS"*; a lei foi promulgada em 26 de novembro de 2015, entrando em vigor, na data de sua publicação, ou seja, no final do exercício de 2015, postergando seus efeitos concretos ao exercício de 2016 (artigo 12), sendo que o projeto de lei foi enviado à Câmara Municipal em outubro de 2015, ou seja, depois de quase três anos do mandato do Chefe do Poder Executivo Municipal e dos Vereadores, sendo solicitado

regime de urgência para sua aprovação sob o argumento simplório da presença de *"interesse social"*; implica em reconhecer que somente no final da gestão municipal e às vésperas de ano eleitoral, o Poder Executivo, com o pleno auxílio dos membros do Poder Legislativo, chegou à conclusão da necessidade de se proceder à doação de bens públicos para fins de fomento à moradia popular; essa eventual urgência foi falsamente declarada com o propósito de se furtar à restrição imposta pela legislação eleitoral, mais especificamente à proibição de doação de bens públicos prevista no artigo 73, § 10 da Lei nº 9.504/97, ferindo assim, o princípio da moralidade administrativa por endossar a promoção de políticas eleitoreiras e populistas a fim de amealhar votos tanto para o gestor municipal como para os vereadores, que aprovaram o ato por unanimidade, em grave detrimento ao interesse público; o ato impugnado permite ao gestor municipal, na pessoa da Secretária de Assistência Social atualmente sua cônjuge, a distribuição de terrenos públicos, à vista de critérios inconstitucionais em pleno ano eleitoral; o interesse pessoal do Chefe do Poder Executivo na manutenção deste diploma legal reside justamente no fato de obter aprovação popular face à possibilidade de reeleição prevista no § 5º do artigo 14 da Constituição Federal, já que, conforme informação obtida no website da Prefeitura Municipal de Anaurilândia (www.anaurilandia.ms.gov.br) o Prefeito Vagner Alves Guirado cumpre seu primeiro mandato, estando apto a concorrer à reeleição no pleito que se aproxima, visto que o diploma legal aprovado às vésperas de ano eleitoral, cujo foco é a doação gratuita de terrenos públicos, ofende a moralidade e a ética no trato da coisa pública e mais, permitirá a compra *"oficial"* de votos mediante a contrapartida de bens públicos; tem-se inegável que as doações de lotes, ou a expectativa destas, ocorrerão em pleno ano de eleições municipais ferindo, também, o princípio constitucional da legalidade, elencado no artigo 25, *caput*, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, por estar em desacordo com o artigo 73, § 10º, da Lei n. 9504/97; a afirmação da discricionariedade do ato se dá pelo fato de que, face ao elevado número de pessoas que atendem aos requisitos para habilitação, não haverá terrenos suficientes para todos, restando, ao Poder Executivo, na pessoa da secretária de Assistência Social, a escolha dos beneficiados, garantindo assim ao Chefe do Executivo forte poder de manipulação dos resultados. Pede a concessão de liminar, sem audiência dos órgãos ou autoridades das quais emanou a Lei, para suspender os efeitos da Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, de Anaurilândia.

No mérito, pede a procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, do Município de Anaurilândia, em razão da violação ao artigo 25 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

O processo foi recebido e determinada a intimação do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal de Anaurilândia na pessoa de seu Presidente, para se pronunciarem nos autos sobre o pedido cautelar, bem como do Procurador-Geral do Município (f. 126/128).

Sobre o pedido liminar foram prestadas as informações pelo Município de Anaurilândia afirmando que na ação civil pública distribuída perante o Juiz de 1º Instância (nº 0800031-52.2016.8.12.000) o Magistrado determinou a suspensão da lei atacada no corrente ano eleitoral, motivo pelo qual inexiste interesse processual no pedido liminar da presente ação direta de inconstitucionalidade, não estando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar (f. 136/142) e Câmara Municipal também informou sobre a decisão monocrática na ação civil pública, devendo o pedido liminar ser indeferido (f. 146/152).

A Procuradoria Geral de Justiça concordou que inexiste interesse processual na concessão do provimento cautelar requerido nos presentes autos. (f. 161).

Incluída em pauta para julgamento da medida cautelar (f. 163/166) que nos termos do acórdão de f. 170/179, os membros dessa Corte, por unanimidade, indeferiram o pedido cautelar por não restar evidenciado o perigo da demora em razão do alcance da prestação jurisdicional em outra demanda.

Foi determinada a intimação do Prefeito Municipal e da Câmara Municipal de Anaurilândia para prestarem informações sobre a questão de mérito da ação (f. 190).

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta pela procedência da ação. (f. 221/229).

Eis o breve retrospecto dos fatos.

Como é cediço, a Administração Pública direta é regida pelos três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e nas esferas administrativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em que os órgãos estatais em sentido amplo são o conjunto de entidades incumbidas de realizar a atividade administrativa com o fim de satisfazer as necessidades coletivas, seguindo os fins pretendidos pelo Estado caracterizadores do regime jurídico administrativo.

Nesse contexto, extrai-se que os princípios constitucionais são preceitos primários superiores que expressam os valores da sociedade, normatizam o texto constitucional, dando ênfase e importância na elaboração, interpretação e aplicação das normas do ordenamento jurídico.

O objetivo da presente ação é de obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n° 617/2015, de 26 de novembro de 2015, que dispõe sobre doação de imóveis de propriedade do Município de Anaurilândia-MS, alegando o autor haver violação ao artigo 25 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul por estar em desacordo com o art. 73, § 10, da Lei n° 9.504/97, cuja execução da norma debatida se daria em pleno ano eleitoral.

Desse modo, a tese defendida pelo autor é que a citada lei municipal não pode ser usada como fundamento para distribuição arbitrária de bens públicos aos munícipes, o que afronta os princípios da moralidade administrativa, impessoalidade, igualdade e legalidade por conter vício material na motivação da edição da lei, sob o argumento de que somente após três anos de mandado do Prefeito Municipal o projeto de lei foi enviado à Câmara, com a solicitação de regime de urgência por haver *"interesse social"*, ocorrendo, assim, a aprovação no final da gestão municipal e às vésperas de ano eleitoral, onde se conclui que a eventual urgência foi falsamente declarada com o propósito de se furtar à restrição imposta pela legislação eleitoral, mais especificamente à proibição de doação de bens públicos prevista no artigo 73, § 10 da Lei nº 9.504/97.

Em resumo, o autor alega os vícios que tornam clara a inconstitucionalidade material da norma impugnada, citando: a) Aprovação do ato por unanimidade, permitindo a doação em ano eleitoral, contrariando o art. 73, § 10, da Lei n. 9.504/97; b) Reserva de 10% das áreas doadas aos servidores públicos efetivos, da Prefeitura Municipal e da Câmara Municipal de Anaurilândia; c) Cadastramento perante a Secretaria de Assistência Social, cuja pasta é de titularidade da esposa do Prefeito Municipal, e, sendo indeferido o pleito perante a Secretaria, o recurso é direcionado ao próprio Prefeito, cuja deliberação é irrecorrível; d) Franqueamento de doação de imóveis de forma genérica, sem observar as exigências de avaliação e autorização legal específica; e) Requisitos para habilitação dos interessados englobam boa parte dos eleitores do município de Anaurilândia, sendo que, ao final, a decisão de quem vai ser contemplado com o terreno será discricionária do Executivo Municipal, pois, logicamente, não haverá terreno suficiente para todos que preencherem os requisitos exigidos pela referida lei.

Diante dessas afirmações, há necessidade de analisar o conteúdo do ato normativo, ou seja, se tal ato afronta qualquer preceito ou princípio da Constituição Estadual, averiguando acerca da existência ou não de ocorrência de vício formal e/ou material.

Como assevera Pedro Lenza:

> *Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à "matéria", ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade. Nas palavras de Barroso, "a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional — e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) — ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5.º, caput, e 3.º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas".[46] A inconstitucionalidade material é também conhecida como nomoestática.[47] Observamos que uma lei pode padecer somente de vício formal, somente de vício material, ou ser duplamente inconstitucional por apresentar tanto o vício formal como o material.*[1]

Colaciono a lei impugnada:

> *VAGNER ALVES GUIRADO, Prefeito do Município de Anaurilândia Estado de Mato Grosso do Sul, usando das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 30, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, FAZ SABER que a Câmara Municipal APROVOU e eu SANCIONO a seguinte LEI:*
>
> *Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a doar imóveis de sua propriedade, dento dos limites deste Município, devidamente registrados em órgão competente, e mediante Projeto de Loteamento de Interesse Social, com a finalidade específica de proporcionar acesso a moradia aos beneficiários selecionados em programas habitacionais do Município de Anaurilândia-MS:*
>
> *I Padrão A: de 30,03 m² (trinta vírgula zero três metros quadrados), conforme projeto arquitetônico realizado pela Prefeitura Municipal de Anaurilância MS (anexo a este projeto de lei), ressalvado a execução que deverá ser feita por profissional habilitado e a custa do donatário;*
>
> *II Padrão B: de 46,91 m² (quarenta e seis vírgula noventa e um metros quadrados), conforme projeto arquitetônico realizado pela Prefeitura Municipal de Anaurilândia MS (anexo a este projeto de lei), ressalvado a execução que deverá ser feita por profissional habilitado e a custa do donatário;*
>
> *III Padrão C: de 60,00 m² (sessenta metros quadrados) conforme projeto arquitetônico realizado pela Prefeitura Municipal de Anaurilândia MS (anexo a este projeto de lei), ressalvado a execução que deverá ser feita por profissional habilitado e a custa do donatário;*
>
> *IV Padrão D: acima de 60,01 (sessenta vírgula zero um metros quadrados) cujo projeto arquitetônico ficará de livre escolha e a custa do donatário, bem como a execução que devera ser feita por profissional habilitado e também à custa do donatário.*

1 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16º ed. Ed. Saraiva, 2012, p. 307, EPUB

Parágrafo Único. 1º Os lotes deverão seguir a medida mínima de 200,00 m² (duzentos metros quadrados).

Art. 2º. Serão destinados 60% (sessenta por cento) de cada loteamento às pessoas ou entidades familiares com renda familiar inferior a 2 (dois) salários mínimos; 30 (trinta por cento) às pessoas ou entidades familiares com renda familiar entre (dois) e 4 (quatro) salários mínimos e 10% (dez por cento) aos servidores públicos pertencentes ao quadro permanente da Prefeitura Municipal e Câmara Municipal do município de Anaurilândia/MS.

Parágrafo Único. Os servidores públicos porventura não contemplados na cota específica destinadas a estes na forma do caput deste artigo, concorrerão em igualdade de condições com os demais inscritos, de acordo com sua renda familiar

Art. 3º. As obras de construção, previstas nesta Lei, deverão ser finalizadas no prazo máximo de 02 (dois) anos, contado da data de assinatura do instrumento de promessa de doação ou de documento equivalente.

Art. 4º. Qualquer encargo civil, administrativo, trabalhista e ou tributário que incidir sobre o imóvel doado pela municipalidade ficará a cargo do donatário.

Art. 5º. O descumprimento de qualquer dispositivo desta Lei ou desvio da finalidade da doação a que se propõe, ou ainda, se houver alienação, a qualquer título, oneroso ou gratuito do imóvel a outrem pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos fará reverter este, independentemente de notificação extra ou judicial, com todas as benfeitorias e instalações nele introduzidas ao Município e não terá o donatário direito a nenhuma indenização ou compensação.

§ 1º Em caso de falecimento do donatário antes de iniciada a construção, e mediante a impossibilidade de fazê-la por seus sucessores, o imóvel reverterá ao Município sem nenhum direito de indenização ou compensação aos sucessores.

§ 2º Em caso de falecimento do donatário após o início da construção, e mediante a impossibilidade de continuidade das obras por seus sucessores, o imóvel reverterá ao Município com o pagamento de justa indenização e compensação dos gastos correspondentes aos seus sucessores.

§ 3º Para fins de cumprimento do exposto no parágrafo anterior, o Executivo Municipal poderá nomear através de Decreto uma comissão de avaliação composta de no mínimo três pessoas idôneas e capazes, para avaliarem o imóvel.

§ 4º O pagamento da indenização/compensação correrá por conta de dotação orçamentária do Fundo Municipal de Habitação.

§ 5º O dever de fiscalização e providência a que alude este artigo deverá ser realizado pela Secretaria Municipal de Assistência Social em conjunto com a Procuradoria Jurídica do Município, e de profissionais técnicos de Arquitetura e Urbanismo constantes no quadro de servidores do Município de Anaurilândia MS.

Art. 6º. O imóvel revertido ao Município de Anaurilândia MS mediante o pagamento da justa indenização/compensação será prometido por doação a outra pessoa ou entidade familiar inscrita junto a Secretaria Municipal de Assistência Social observada a ordem de classificação.

Art. 7º. Poderão habilitar-se no programa habitacional pessoas e entidades familiares interessadas que preencherem, concomitantemente, os seguintes requisitos:

I - Ser residente e domiciliada no Município de Anaurilândia/MS há pelo menos 1 (um) ano;

II - Ser a pessoa ou representante da entidade familiar maior de idade;

III - Não possuir, em nome próprio ou de integrante do grupo familiar, imóvel residencial e/ou urbano no Município, Estado ou União;

IV - Não ter sido contemplado por outro programa de habitação popular desenvolvido pelo município, Estado ou União;

V - Se tiver filho em idade escolar, deverá estar devidamente matriculado na rede pública ou privada de ensino, com frequência mínima satisfatória, salvo por motivo de força maior;

VI - Comprovar reunir condições financeiras de construir o imóvel residencial em um dos padrões A, B, C ou D que se refere esta Lei, no ato da inscrição para habilitação aos programas habitacionais, apresentando termo de compromisso devidamente assinado de construir no padrão escolhido, conforme artigo 1º, I, II, III e IV, desta Lei, constando: a metragem que pretende construir a casa: documento comprobatório de possibilidade de contratação de financiamento por instituição financeira ou demais documentos que possibilitem a aferição da real condição de construir.

Parágrafo Único: A habilitação, que é única, dar-se-á mediante inscrição feita na Secretaria Municipal de Assistência Social e se efetivará após análise de investigação social realizada por Assistente Social mediante acompanhamento do Conselho Municipal de Habitação de Anaurilândia-MS, exigindo dos interessados, no ato, os seguintes documentos de apresentação obrigatória:

I - Prova de identificação;

II - Prova de rendimentos de todos os componentes da entidade familiar, quando for o caso, inclusive de seus filhos e dependentes;

III - Prova de constituição de entidade familiar (certidão de casamento ou União Estável comprovada);

IV - Prova de residência;

V - Prova de não possuir outro imóvel residencial em seu nome ou de membro da entidade familiar;

VI - Termo de compromisso assinado quanto a destinação do imóvel que eventualmente lhe seja doado para uso exclusivo de habitação, e em aglomerado construído independente da construção residencial, uso comercial de atividade lícita, nos termos da doação que firmar com a Municipalidade de Anaurilândia-MS, desde que não prejudique a função social precípua do imóvel, a saber: direito à moradia.

Art. 8º. A classificação dos habilitados para os loteamentos sociais dar-se-à segundo o grau de necessidade socioeconômica, respeitados os seguintes critérios que serão analisados por equipe da Secretaria Municipal de Assistência Social, considerando-se, para todos eles, a situação declarada no ato inscrição:

I - situação de emprego do candidato ou do grupo familiar;

II - situação de aposentadoria do candidato ou do grupo familiar;

III - renda familiar média;

IV - idade dos filhos ou dependentes;

V - número de filhos e dependentes;

VI - residência e local de trabalho;

VII - idade do candidato

VIII - não ter sido proprietário de imóvel residencial no Município de Anaurilândia no período dos últimos 05 (cinco) anos.

Art. 9º. Os critérios enumerados no artigo anterior deverão fornecer subsídios para classificação nos loteamentos sociais atendendo prioritariamente o habilitado que apresente melhores condições de efetivar a construção no padrão escolhido.

§ 1º - Deverão ser reservadas 3% (três por cento) do número de lotes de cada loteamento habitacional para atendimento aos idoso, conforme disposto no inciso I do art. 38 da Lei n. 10.741/2003, e suas alterações Estatuto do Idoso;

§ 2º - Deverão ser reservadas pelo menos 3% (três por cento) para atendimento a pessoa com deficiência ou cuja família façam parte pessoas com deficiência, que figurará no cadastro de todos candidatos além de cadastro específico.

I - O candidato que ainda não tenha comprovado a condição indicada no § 2º deste artigo, junto à Administração Municipal, responsável pela indicação da demanda, deverá fazê-lo apresentando atestado médico que comprove a deficiência alegada e que contenha a espécie, o grau ou nível da deficiência e a Classificação Internacional de Doenças CID.

§ 3º Para fins de desempate, serão utilizados os seguintes critérios, e na ordem que se segue:

I - portador de necessidades especiais ou entidade familiar cujo membro apresente deficiência em qualquer grau ou natureza;

II - mais idoso, contados por dia, inclusive cônjuge;

III - maior número de filhos

Art. 10. Encerradas as inscrições e realizados os procedimentos seletivos e de classificação, divulgar-se-á por edital publicado na imprensa oficial do Município e afixado na sede da Prefeitura Municipal e da Câmara Municipal de Anaurilândia-MS a relação dos contemplados nos loteamentos sociais do Município.

§ 1º O interessado poderá impugnar a contemplação no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da publicação do edital, por escrito e com as razões de sua manifestação em anexo, junto à Secretaria Municipal de Assistência Social, sob pena de não se conhecida a impugnação.

§ 2º Da decisão da Secretaria Municipal de Assistência Social caberá recurso ao Prefeito Municipal que prolatará decisão irrecorrível.

Art. 11. A distribuição dos imóveis será feita depois de julgados todos os recursos e homologação final da habilitação.

Parágrafo Único: Entre os classificados, os lotes serão distribuídos por sorteio dentro da localização de cada um dos padrões a serem construídos, conforme previstos nos incisos, II, III e IV do Artigo 1º desta Lei.

> *Art. 12. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.*

Assim dispõe a norma constitucional estadual em que o autor alega ter sido violada:

> *Art. 25. A administração pública direta, indireta ou das fundações de qualquer dos Poderes do Estado obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*

Dentre dos atos administrativos permitidos ao ente público se encontra o ato de doação de bens móveis ou imóveis, desde que tal ato tenha motivo consistente nos pressupostos de direito para ensejar a prática, considerando a necessidade de formalidade como a obediência ao interesse público e aos princípios norteadores da administração pública.

Desse modo, a alienação de bens públicos de forma onerosa ou gratuita (doação) está sujeita à obediência de critérios estabelecidos na Constituição e em lei, para o fim de se evitar a alienação indiscriminada e a dilapidação do patrimônio público com fins de satisfação de interesses particulares.

Contudo, tais doações que podem ser com ou sem encargos, desde que permitidas por meio de lei autorizadora a fim de preservar o ente estatal de cautelas e restrições para evitar violações legais e constitucionais. Logo, o ente público pode receber e realizar doação instruída com procedimentos compatíveis, de acordo com as normas legais vigentes, obedecendo a legislação civil, de licitações e administrativas com competência da autoridade para aceitar, fazer a doação e firmar termo no caso de bens móveis e outorga de escritura pública no caso de imóveis.

Sobre o instituto da doação de bens públicos pondera Marçal Justen Filho:

> *Ressalva-se a hipótese de doação de bem público, gravada com encargo. Assim, por exemplo, poderá ser do interesse estatal a construção de um certo edifício em determinada área. Poderá surgir como solução promover uma doação de imóvel com encargo para o donatário promover a edificação. Essa é uma hipótese em que a doação deverá ser antecedida de licitação, sob pena de infringência do princípio da isonomia. Em outras hipóteses, porém, o encargo assumirá relevância de outra natureza. A doação poderá ter em vista a situação do donatário ou sua atividade de interesse social. Nesse caso, não caberá a licitação. Assim, por exemplo, uma entidade assistencial poderá receber doação de bens gravada com determinados encargos. (...) O instrumento de doação deverá definir o encargo, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão para o patrimônio público do bem doado em caso de descumprimento. A regra aplica-se tanto aos casos de dispensa de licitação como aqueles em que a licitação ocorrer.*[2]

O entendimento também de José dos Santos Carvalho Filho:

> *A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidória do patrimônio público. Embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal. Pode ocorrer que a legislação de determinada pessoa de direito público proíba a doação de bens públicos em qualquer hipótese. Se tal ocorrer, deve o administrador observar a vedação instituída para os bens daquela pessoa específica. São requisitos para a doação de bens imóveis públicos: (a) autorização legal; (b) avaliação prévia; e (c) interesse público justificado.*[3]

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Editora Dialética. 9ª Edição. 2002. p. 185.

3 CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28. ed. ver, ampl. E atual. Até 31- 12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p.1239.

A Lei de Licitação nº 8.666/93 no seu art. 17 estabelece a permissão de doações de bens públicos pela administração desde que observada autorização legislativa, prévia avaliação, observância do interesse público, estabelecendo os encargos e as obrigações assumidas, o prazo para seu cumprimento e cláusula de reversão (§ 4º do art. 17):

> *Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*
>
> *§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado;*

Marçal Justen Filho ao comentar o art. 17 da Lei 8.666/1993, conceitua o termo alienação:

> *Alienação é expressão de acepção ampla. O termo é utilizado para abranger todas as modalidades de transferências voluntárias do domínio de um bem ou direito. No direito privado, os instrumentos jurídicos mais utilizados para transferência de domínio são a compra e venda e a doação. As alienações de bens públicos se operam através desses institutos de direito privado. [...] Significa que a alienação onerosa de bens públicos faz-se pela via de uma compra e venda; a gratuita, pela via de uma doação. Mas nenhuma cláusula ou regra peculiar a esses contratos privados será aplicável quando contrariar os princípios de direito público.*[4]

Portanto, como o instituto da doação de bens públicos imóveis é regulada pelo art. 17 da Lei 8666/1993, as formalidades como o interesse público devidamente justificado, avaliação do imóvel, autorização legislativa, licitação na modalidade concorrência e doação modal (com encargos ou obrigações) e condicional resolutiva (com cláusula de reversão) devem ser observadas.

Nesse norte, extrai-se do contexto legal (art. 17 da Lei nº 8.666/93) que a permissão de alienação de bens públicos é precedida de avaliação.

Hely Lopes Meirelles anota com precisão a questão de administração dos bens públicos e sua transferência:

> *O Município administra seus bens segundo as regras do direito público e as normas administrativas que editar, aplicando-se-lhes supletivamente os preceitos do direito privado. Observe-se, desde logo, que a transferência de propriedade dos bens imóveis se opera normalmente segundo as disposições e instrumentos civis (escritura e registros imobiliários comuns), sendo os atos e procedimentos administrativos que a antecederem meras formalidades internas que não afetam a substância negocial do contrato civil realizado entre a Administração e o particular.*[5]

Sobre o tema de doação o citado Mestre continua sua lição doutrinária:

> *(...) Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, o doador, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, o donatário (CC, arts. 538 e ss.). É contrato civil, e não administrativo, fundado em liberalidade do doador, embora possa ser com encargos para o donatário. A doação só se aperfeiçoa com a aceitação do donatário, quer seja ela pura ou com encargo. O município pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente, o faz para incentivar construções e*

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Editora Dialética. 9ª Edição. 2002. p. 167.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, Ed. Malheiros, 17ª Ed., 2.014, p. 318-319

> *atividades particulares de interesse local e convenientes à comunidade. Essas doações podem ser com ou sem encargos, e em qualquer caso, dependem de lei autorizadora que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação (arts. 17, I, "b", e II, "a", da Lei 8.666, de 1.993).*[6]

No caso da lei em estudo verifica-se a irregularidade referente ao não cumprimento do art. 17 da Lei nº 8.666/93 sobre a exigência de ser precedida a avaliação dos bens imóveis, inexistindo ainda o loteamento devidamente registrado, o que tem a conclusão de que as doações expressas na lei municipal estão de forma genérica, sem estabelecer a corporificação do imóvel e omissão quanto à formalização pelos instrumentos com os requisitos da legislação civil (escritura pública e transcrição no registro imobiliário).

Nesse ponto o princípio da legalidade foi violado, por haver omissões quanto ao critério de avaliação do bem fracionado sujeito à doação, loteamentos registrados, individualização do imóvel, tendo em vista que a doação causará redução no patrimônio público, ou seja, a norma impugnada ao dispor no art. 1º: *"doar imóveis de sua propriedade, dentro dos limites deste Município, devidamente registrados em órgão competente, e mediante Projeto de Loteamento de Interesse Social, com a finalidade específica de proporcionar acesso a moradia aos beneficiários selecionados em programas habitacionais do município de Anaurilândia"* afronta o princípio da legalidade estatuída na Lei de Licitação nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no art. 17, que se exige a individualização do imóvel a ser doado e sua avaliação prévia para proceder também a realização das baixas contábeis e patrimoniais dos bens no órgão doador e em contrapartida as incorporações no patrimônio dos donatários, inexistindo na lei objurgada menção sobre a descrição dos bens a serem doados.

Em suma, há vício material da lei por violação ao princípio da legalidade contido no artigo 25 da Constituição Estadual, confirmando assim a tese alegada pelo autor de ter havido, com a edição da Lei Municipal, franqueamento de doação de imóveis de forma genérica, sem observar as exigências de avaliação e autorização legal específica.

Continuando acerca de suposta violação ao princípio da legalidade o autor afirma que a matéria de doação de terrenos de propriedade do município efetivar-se-á em pleno ano eleitoral, por ter sido publicada no final do ano de 2015, restando flagrantemente configurados os interesses eleitoreiros, por estar em desacordo com o art. 73, § 10 da Lei n° 9.504/97 (que estabelece sobre as normas eleitorais), visto que no ano de realização de eleição é proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública.

Assim o contido do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97:

> *Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:*
>
> *(...)*
>
> *§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.*

Conforme se verifica na manifestação da Presidente da Câmara Municipal de Anaurilândia que, embora tenha constado a data do encaminhamento do projeto de lei para aprovação no dia 03 de novembro

6 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, Ed. Malheiros, 17ª Ed., 2.014, pág. 335-336.

de 2015, tendo como solicitação a votação em regime de urgência, a norma foi publicada no dia 26 de novembro de 2015, no final do ano, vésperas do ano eleitoral, o que em tese configura que a efetiva execução da lei se daria no ano de 2016.

Veja-se o teor da manifestação da Presidente da Câmara Municipal:

> *Insta salientar que no dia 03 de novembro de 2015 a Prefeitura de Anaurilândia, através de seu então prefeito Wagner Alves Guirato, encaminhou à Câmara Municipal o projeto de lei 617/2015, que dispõe sobre a doação de imóveis de propriedade do município de Anaurilândia. Referido projeto de autoria do Executivo teve como solicitação a votação em regime de urgência. Todavia a Câmara Municipal de Anaurilândia, no mês de novembro de 2015, em sua legislatura anterior, aprovou por unanimidade referida lei que foi publicada no dia 26 de novembro de 2015. Não obstante a análise para doação seria feita através da Secretaria de Assistência Social, cargo ocupado pela esposa do então prefeito Vagner Alves Guirado. Insta salientar que a lei de autoria do Executivo visando a doação de terrenos foi aprovada muito próximo ao período de ano eleitoral, no qual seus efeitos provavelmente ocorreriam dentro do período eleitoral.*

Por tais razões, o autor afirma que a lei municipal *"afronta à moralidade administrativa na medida em que endossa a promoção de políticas eleitoreiras e populistas a fim de amealhar votos tanto para o gestor municipal como para os vereadores, que aprovaram o ato por unanimidade, em grave detrimento ao interesse público*".

Com base nessa assertiva o autor aponta ainda que o ato impugnado permite ao gestor municipal, na pessoa da Secretaria de Assistência Social, cônjuge do prefeito municipal, a distribuição de terrenos públicos, em pleno ano de eleições municipais.

Contudo, tais fatos alegados de suposta promoção de políticas eleitoreiras, o que afrontaria o princípio da moralidade administrativa, constam de questões debatidas na ação civil pública (autos nº 0800031-52.2016.8.12.0000) em trâmite no Juízo de 1° Grau, cujo objeto é discutir justamente se os efeitos da norma foram concretizados em ano de eleições municipais, havendo a decisão monocrática do Juiz de Direito da Comarca de Anaurilândia que concedeu a tutela antecipada para que o Município se abstenha de realização a doação de imóveis com base nessa norma impugnada (f. 87/88 da ação citada).

Nesse norte, os efeitos da norma encontram-se suspensos, não tendo como avaliar se supostos prejuízos ao erário público e comprometimento a lisura do pleito eleitoral foram praticados, e tampouco se a secretária de assistência social teria poder de manipulação na escolha dos habilitados-beneficiados por ocasião da averiguação dos critérios e requisitos estabelecidos na norma, o que foge do debate da presente ação declaratória de inconstitucionalidade, por haver procedimento próprio de averiguação dos casos concretos e de supostas irregularidades.

No atinente à questão da constatação feita pelos servidores do cartório eleitoral da comarca quanto ao aumento do número de alistamentos, transferências e revisões eleitorais com suposta finalidade eleitoreira da doação dos terrenos, também é matéria a ser tratada na ação civil pública acima citada, em que o processo está na fase de produção de prova oral, como consta do andamento processual disponibilizado no sistema operacional do SAJ de 1º grau.

Logo, conclui-se que nessa ação declaratória de inconstitucionalidade resta demonstrada a ocorrência de vício material no conteúdo da norma referente à ausência de critérios definidos quando à especificação do loteamento devidamente registrado, individualização dos imóveis a serem doados e sua avaliação prévia, requisitos exigidos na Lei de Licitação (art. 17), o que afronta o princípio da legalidade.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido formulado na presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade material da Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, de Anaurilândia, não havendo compatibilidade da norma municipal com o artigo 25 da Constituição Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, des. Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1405097-93.2017.8.12.0000
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CAPITÃO DA POLÍCIA MILITAR AGREGADO – AGUARDANDO TRANSFERÊNCIA *EX OFFICIO* – RESERVA REMUNERADA – SITUAÇÃO CONSIDERADA COMO SERVIÇO ATIVO – AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL EXPRESSO – FIGURAÇÃO EM QUADRO DE ACESSO À PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO – VEDAÇÃO PREVISTA EM DECRETO REGULAMENTAR – PODER REGULAMENTAR EXERCIDO COM EXCESSO – ORDEM CONCEDIDA.

Segundo dispõe o art. 76, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 53/90, o policial militar, quando agregado, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo, de sorte que não há impedimento para a sua figuração em quadro de acesso à promoção por antiguidade e merecimento.

Se a Lei Estadual nº 61/80 prevê, nos artigos 15 e 29, § 3º, que o policial militar não poderá integrar os quadros de acesso da PM/MS, dentre várias hipóteses, por haver sido transferido para a reserva renumerada (situação definitiva), é ilegal a previsão dessa situação no art. 25, § 4º, do Decreto Estadual nº 10.768/2002, que veda a inclusão em quadros de acesso aos policiais que devem ser transferidos para a reserva (situação provisória).

Em nenhum momento há autorização para que o Decreto 10768/2002, ao regulamentar a referida lei, criasse mais uma hipótese e exclusão do Quadro de Acesso, pois a alínea "d", do § 3º, do art. 29, da Lei Estadual nº 61/90, cita apenas a situação do policial que *"passar para a inatividade"* e não a hipótese em que ele *"deva ser transferido ex-officio para a reserva remunerada"*.

Assim, considerando que o Ofício nº 200/DRSP/2017, da Diretoria de Recrutamento, Seleção e Promoção (f. 39/43) declara expressamente que o impetrante possui todos os outros "*requisitos necessários para a inclusão ao Quadro de Acesso para as promoções de major QAOPM, na data de 21 de abril de 2017*", quais sejam, interstício mínimo de 04 (quatro) anos; curso de aperfeiçoamento de oficiais, junta de inspeção de saúde válida e a existência de vaga ao posto de Major da QAOPM, o deferimento da promoção, em ressarcimento de preterição, é medida que se impõe.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do órgão especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Gilberto Luiz dos Santos em face de ato do Estado de Mato Grosso do Sul, Governador do Estado do MS, Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na omissão em promovê-lo ao posto de major QAOPM.

Sustenta, em síntese, que é militar estadual da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, atualmente no grau hierárquico de Capitão QAOPM e tem seu regime jurídico regulado pela Lei Complementar 53, de 30.08.1990, que contempla o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul.

Aduz que foi promovido ao posto de capitão QAOPM através do decreto *"P"* nº1.585, de 17 de abril de 2013, a contar de 21 de abril de 2013, conforme publicação no DOEMS nº8.416, de 19 de abril de 2013, completando o interstício mínimo em 21 de abril de 2017.

Defende que completou o interstício exigido para ascender ao grau hierárquico imediato, por este motivo, faz jus e deveria ter sido promovido ao posto de major QAOPM, como determina o art. 20, da Lei n° 61/80, c/c o art. 6º, III, do Decreto 10.768/2002.

Assevera que foi retirado do quadro de acesso, o que lhe possibilitaria a promoção ora pleiteada, por força do parágrafo 4º do artigo 25 do Decreto nº 10.768/02, conforme deliberação da Comissão de Promoção de Oficiais (CPOPM) na ATA de elaboração do Quadro de Acesso, em virtude de ter sido agregado *ex-officio* por ter completado 30 anos de efetivo serviço - DOE nº 9369, de 15 de março de 2017, contado desde o dia 01 de março de 2017.

Alega que o PM Agregado tem todos os deveres e direitos dos PM da ativa, razão pela qual o impetrante faz jus à promoção, não podendo ser tolhido de seu direito.

Requer, assim, a concessão de liminar, *inaudita altera pars*, dignando-se a determinar que a autoridade impetrada insira o impetrante no Quadro de Acesso, o que possibilitaria a promoção, e posteriormente o promova e ao Posto de Major QAOPM e, ao final, seja concedida a segurança em definitivo, para deferir a promoção do impetrante ao posto de Major QAOPM, em ressarcimento de preterição a contar de 21 de abril de 2017. No mérito, requereu a concessão integral da segurança ratificando o pedido de liminar.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 149/152.

Devidamente notificado, o Estado de Mato Grosso do Sul, em manifestação de fls. 158/171, pugnou pela denegação da segurança, sustentando, em síntese, que, o, impetrante deixou de atender um dos requisitos para inclusão no quadro de acesso, vez que conta com mais de 30 (trinta) anos de efetivo serviço, ultrapassando os limites legais de permanência no serviço ativo e sendo obrigatória sua transferência, *ex officio*, para reserva remunerada.

A d. PGJ, em parecer de fls. 185/193, opinou pela denegação da segurança.

VOTO (EM 12/07/2017)

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Gilberto Luiz dos Santos em face de ato do Estado de Mato Grosso Do Sul, Governador do Estado do MS, Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso Do Sul, consistente na omissão em promove-lo ao posto de Major QAOPM.

Sustenta, em síntese, que é militar estadual da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, atualmente no grau hierárquico de Capitão QAOPM e tem seu regime jurídico regulado pela Lei Complementar 53, de 30.08.1990, que contempla o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul.

Aduz que foi promovido ao posto de capitão QAOPM através do Decreto "P" nº 1.585, de 17 de abril de 2013, a contar de 21 de abril de 2013, conforme publicação no DOEMS nº 8.416, de 19 de abril de 2013, completando o interstício mínimo em 21 de abril de 2017.

Defende que completou o interstício exigido para ascender ao grau hierárquico imediato, por este motivo, faz jus e deveria ter sido promovido ao posto de major QAOPM, como determina o art. 20, da Lei n° 61/80, c/c o art. 6º, III, do Decreto 10.768/2002.

Assevera que foi retirado do quadro de acesso, o que lhe possibilitaria a promoção ora pleiteada, por força do parágrafo 4º do Artigo 25 do Decreto nº 10.768/02, conforme deliberação da Comissão de Promoção de Oficiais (CPOPM) na ATA de elaboração do quadro de acesso, em virtude de ter sido agregado *ex-officio* por ter completado 30 anos de efetivo serviço - DOE nº 9369, de 15 de março de 2017, contado desde o dia 01 de março de 2017.

Alega que o PM agregado tem todos os deveres e direitos dos PM da ativa, razão pela qual o impetrante faz jus à promoção, não podendo ser tolhido de seu direito.

Requer, assim, a concessão de liminar, *inaudita altera pars*, dignando-se a determinar que a autoridade Impetrada insira o impetrante no quadro de acesso, o que possibilitaria a promoção, e posteriormente o promova e ao posto de major QAOPM e, ao final, seja concedida a segurança em definitivo, para deferir a promoção do impetrante ao posto de major QAOPM, em ressarcimento de preterição a contar de 21 de abril de 2017. No mérito, requereu a concessão integral da segurança ratificando o pedido de liminar.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 149/152.

Devidamente notificado, o Estado de Mato Grosso do Sul, em manifestação de fls. 158/171, pugnou pela denegação da segurança, sustentando, em síntese, que, o, impetrante deixou de atender um dos requisitos para inclusão no quadro de acesso, vez que conta com mais de 30 (trinta) anos de efetivo serviço, ultrapassando os limites legais de permanência no serviço ativo e sendo obrigatória sua transferência, *ex officio*, para reserva remunerada.

A d. PGJ, em parecer de fls. 185/193, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório. Passo à análise.

O objeto da presente demanda diz respeito à análise acerca da suposta irregularidade consubstanciada no ato que determinou a exclusão do impetrante do quadro de acesso por merecimento e antiguidade para concorrer à promoção ao posto de major da QAOPM, em razão de ter sido excluído do quadro de acesso ao ter sido agregado *ex officio*, por ter completado trinta anos de efetivo serviço.

Pois bem, a Lei Complementar n. 053/90 (Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências), prevê no § 2º do art. 76 o seguinte:

> ***A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número***.
>
> *§ 1° - O policial-militar deve ser agregado quando: a) for nomeado ou colocado à disposição para exercer cargo policial-militar ou considerado de natureza policial-militar, estabelecido em lei, decreto ou regulamento, não previsto nos quadros de organização da*

> *Polícia Militar; b) aguardar transferência ex-offício para a reserva remunerada por ter sido enquadrado em qualquer dos requisitos que a motivem; (...)*
>
> *§ 2° - **O policial-militar, agregado de conformidade com as alíneas a e b do parágrafo anterior, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo**.* (destaquei)

Com efeito, a agregação é *"o ato de retirar o oficial da escala numérica do corpo ou quadro a que pertente, para efeito de não preencher vaga, embora permanecendo na ativa*" (Dicionário Jurídico. Ed. Forense Universitária, 1990, p. 321). Em outras palavras: agregação é a *"situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número.*" - Antônio Pereira Duarte *in* Direito Administrativo Militar, p.199.

Portanto, mesmo sendo o policial agregado, por aguardar transferência *ex offício* para a reserva remunerada, continua a ser considerado para todos os efeitos em serviço ativo.

O Estado de Mato Grosso do Sul, nas informações prestadas às f. 158/171, esclarece que a exclusão do impetrante dos quadros de acesso que possibilitaria a promoção pleiteada, observou o disposto no art. 25, § 4º, do Decreto n. 10.768, de 09.05.2002, que regulamenta as promoções dos oficiais da ativa da corporação previstas na Lei Estadual n. 61, de 07.05.1980, o qual tem a seguinte redação:

> *Art. 25. Os Quadros de Acesso por Antigüidade (QAA) e Merecimento (QAM) serão organizados separadamente por Quadros e submetidos à aprovação do Comandante-Geral da Corporação. (...)*
>
> *§ 4º Será excluído de qualquer Quadro de Acesso o oficial PM que, de acordo com o disposto no Estatuto dos Policiais Militares, deva ser transferido ex-officio para a reserva.*

Constata-se, portanto, que, pela análise da legislação estadual, que a disposição regulamentar citada pelo apelante revela que o poder regulamentar do Estado de Mato Grosso do Sul foi exercido com evidente excesso, ou seja, o Decreto Estadual nº 10.768/2002, no artigo 25, § 4º, tornou uma situação potencial e transitória, consistente na agregação do policial militar, numa situação definitiva (a transferência em si mesma), quando a legislação que lhe dá suporte não chega a esse ponto.

Confira-se o teor dos artigos 15 e 29, ambos da Lei Estadual nº 61/80:

> *Art. 15. O Oficial PM agregado, quando no desempenho de cargo policial-militar, ou considerado de natureza policial-militar, concorrerá à promoção por qualquer dos critérios, sem prejuízo do número de concorrentes regularmente estipulados.*
>
> *Artigo 29 - O Oficial não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso quando:*
>
> *a) deixar de satisfazer as condições exigidas no inciso I do artigo 14;*
>
> *b) for considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, a juízo da Comissão de Promoção de Oficiais, por presumivelmente, ser incapaz de atender a qualquer dos requisitos estabelecidos nas letras b e c do artigo 14;*
>
> *c) for preso preventivamente, em flagrante delito, enquanto a prisão não for revogada;*
>
> *d) for denunciado em processo crime, enquanto a sentença final não transitar em julgado;*

e) estiver submetido a Conselho de justificação, instaurado ex-officio;

f) for preso, preventivamente, em virtude de Inquérito Policial Militar instaurado;

g) for condenado, enquanto durar o cumprimento da pena, inclusive no caso de suspensão condicional de pena, não se computando o tempo a crescido a pena original para fins de sua suspensão condicional;

h) for licenciado para tratar assunto de interesse particular;

i) for condenado a pena de suspensão do exercício do posto, cargo ou função, prevista no Código Penal Militar, durante o prazo de sua suspensão;

j) for considerado desaparecido;

l) for considerado extraviado;

m) for considerado desertor; e

n) estiver em divida para com a Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul por alcance.

1º - O Oficial que incidir na letra b, deste artigo, será submetido a Conselho de Justificação ex-officio.

2º - Recebido o relatório do Conselho de Justificação, instaurado na forma do parágrafo 1º, o Governador do Estado em sua decisão, sefor o caso, considerará o Oficial não habilitado para o acesso em caráter definitivo na forma do Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Mato Grosso do Sul.

3º - Será excluído de qualquer Quadro de Acesso o Oficial que incidir em uma das circunstancias previstas neste artigo, ou ainda;

a) for nele incluído indevidamente;

b) for promovido;

c) tiver falecido; ou

d) passar a inatividade.

Conforme se verifica pelos dispositivos legais citados, em nenhum momento há autorização para que o Decreto 10.768/2002, ao regulamentar a referida lei, criasse mais uma hipótese e exclusão do quadro de acesso, pois a alínea *"d"*, do § 3º, do art. 29, da Lei Estadual nº 61/90, cita apenas a situação do policial que *"passar para a inatividade"* e não a hipótese em que ele "*deva ser transferido ex-officio para a reserva remunerada*".

Se há regra no sentido de que o policial militar agregado é considerado, para todos os efeitos, no serviço ativo, outra regra não pode dizer o contrário, retirando-lhe os direitos decorrentes de se manter na ativa, enquanto aguarda a transferência para a reserva remunerada.

Ademais, o fato de estar em trâmite procedimento com vistas à aludida transferência para a reserva remunerada não se constitui óbice para a figuração no quadro de acesso por merecimento e antiguidade para concorrer à promoção ao posto de major QAOPM, até porque não se tem data certa para a finalização do processo e até que isso ocorra o impetrante é considerado da ativa.

A propósito, esta Corte já manifestou com relação à questão por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 1400654-70.2015.8.12.0000, da relatoria do Des. Marco André Nogueira Hanson, 2ª Seção Cível, data do julgamento: 13/4/2015:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR AGREGADO – AGUARDANDO TRANSFERÊNCIA, EX OFFICIO, PARA A RESERVA REMUNERADA – SITUAÇÃO CONSIDERADA COMO SERVIÇO ATIVO – AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL EXPRESSO, NESTE INTERREGNO, PARA A FIGURAÇÃO EM QUADRO DE ACESSO À PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE – VEDAÇÃO PREVISTA EM DECRETO REGULAMENTAR – PODER REGULAMENTAR EXERCIDO COM EXCESSO – ORDEM CONCEDIDA. Segundo dispõe o art. 76, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 53/90, o policial militar, quando agregado, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo, de sorte que não há impedimento para a sua figuração em Quadro de Acesso à Promoção por antiguidade. Se a Lei Estadual nº 61/80 prevê, nos artigos 15 e 29, § 3º, que o policial militar não poderá integrar os quadros de acesso da PM/MS, dentre várias hipóteses, por haver sido transferido para a reserva renumerada (situação definitiva), é ilegal a previsão dessa situação no art. 25, § 4º, do Decreto Estadual nº 10.768/2002, que veda a inclusão em quadros de acesso aos policiais que devem ser transferidos para a reserva (situação provisória).*

E, ainda, os seguintes julgados desta Corte:

> *EMENTA – REEXAME OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CITAÇÃO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – IMPOSSIBILIDADE PROMOÇÃO VIA MANDAMUS – PRELIMINARES REJEITADAS – PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE – AGREGADO – POSSIBILIDADE – CONCORRÊNCIA – LEGISLAÇÃO ESTADUAL – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Deve ser rejeitada a preliminar de ausência de citação dos litisconsórcios passivos necessários, quando comprovado que a pretensão do impetrante é a promoção por antiguidade e os candidatos a que faz menção o impetrado foram promovidos por merecimento. Se a pretensão deduzida pelo impetrante é a sua promoção em ressarcimento de preterição, tendo em vista que, por ato ilegal praticado pela autoridade apontada como coatora, foi excluído do quadro de acesso à promoção de 1º Sargento, por ser agregado, admissível, portanto, a impetração do mandamus para salvaguardar o seu direito líquido e certo. Evidencia-se a ilegalidade do ato praticado pela autoridade apontada como coatora quando a legislação estadual que rege matéria, admite que o policial agregado concorra à promoção. Segundo dispõe o art. 17 do Decreto Estadual n. 10.769/2002: "Art. 17. O graduado agregado, quando no desempenho do cargo militar ou considerado de natureza militar, concorrerá à promoção por quaisquer dos critérios sem prejuízo do número de concorrentes regularmente estipulado.* (Apelação/Remessa Necessária - Nº 0055352-13.2012.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Relator – Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva; J: 31 de janeiro de 2017)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CURSO DE HABILITAÇÃO DE OFICIAIS – POLICIAL MILITAR AGREGADO, PARA AGUARDAR TRANSFERÊNCIA, EX OFFICIO, PARA A RESERVA REMUNERADA – AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL EXPRESSO, NESTE INTERREGNO, PARA A PARTICIPAÇÃO DE CURSO – ORDEM CONCEDIDA – VEDAÇÃO PREVISTA EM DECRETO REGULAMENTAR – PODER REGULAMENTAR EXERCIDO COM EXCESSO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Segundo dispõe o art. 76, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 53/90, o policial militar, quando agregado, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo, de sorte que não há impedimento para a sua inscrição em Curso de Habilitação de Oficiais. Se a Lei Estadual nº 61/80 prevê, nos artigos 15 e 29, § 3º, que o policial militar não*

poderá integrar os quadros de acesso da PM/MS, dentre várias hipóteses, por haver sido transferido para a reserva renumerada (situação definitiva), é ilegal a previsão dessa situação no art. 25, § 4º, do Decreto Estadual nº 10.768/2002, que veda a inclusão em quadros de acesso aos policiais que devem ser transferidos para a reserva (situação provisória). (TJ-MS , Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Data de Julgamento: 28/08/2014, 4ª Câmara Cível)

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR CONCEDIDA – MATRÍCULA EM CURSO DE HABILITAÇÃO DE OFICIAIS PARA PROMOÇÃO – POLICIAL MILITAR EM SITUAÇÃO DE AGREGADO – AGUARDANDO TRANSFERÊNCIA PARA RESERVA – PROCEDIMENTO EM TRÂMITE – SITUAÇÃO CONSIDERADA COMO SERVIÇO ATIVO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Segundo a Lei Complementar n. 53/90, o policial militar deve ser agregado quando aguardar transferência ex-officio para a reserva remunerada. Nesse caso, o policial militar continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo. Diante disso, nada impede que participe de curso para promoção, sendo devida portanto a concessão de liminar para realização da matrícula. (Agravo Regimental - Nº 4011878-87.2013.8.12.0000/50000 - Campo Grande- 4ª Seção Cível - Relator – Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel - 16 de dezembro de 2013).

MANDADO DE SEGURANÇA - PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO - POLICIAL MILITAR DA RESERVA REMUNERADA - PERDA DO OBJETO. PRELIMINAR REJEITADA - QUADRO DE ACESSO - EXCLUSÃO INDEVIDA - AGREGAÇÃO - PASSAGEM SUPERVENIENTE PARA A RESERVA REMUNERADA - SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJ-MS , Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 17/03/2010, Órgão Especial)

E de outros Tribunais:

*Reexame Necessário. Mandado de Segurança. Militar agregado. Dispensa de expediente. Transferência à Inatividade ex officio. Ato de competência privativa do Governador do Estado. Aplicação do art. 74, § 1º, I, e § 2º, c/c o art. 84, parágrafo único, do Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Sergipe. Conservação de direitos. Manutenção da condição de servidor ativo. Sentença mantida.O militar agregado continua a ser considerado como em serviço ativo, caracterizando-se como ilegal o ato do Comandante Geral do Corpo de Bombeiros que, de ofício, transfere-o à inatividade e o impede de concorrer à promoção, antes da expedição de ato privativo do Governador do Estado transferindo-o à reserva remunerada. Aplicação do art. 74, § 1º, I, e § 2º, c/c o art. 84, parágrafo único, do Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Sergipe.Sentença mantida. Decisão unânime. (*TJ-SE - REEX: 2004202756 SE, Relator: Desa. Clara Leite de Rezende, Data de Julgamento: 28/02/2005, 1ª.Câmara Cível)

Da mesma forma, não se justifica no caso, a exclusão do impetrante do quadro de acesso, com base no disposto no art. 38 do Decreto 10769/2002. Senão vejamos:

Art. 38. Não será incluído em Quadro de Acesso o graduado que:

III - tenha atingido a idade limite para permanência no serviço ativo;

Como se vê, o artigo supra transcrito refere-se à idade limite para permanência no serviço ativo, na forma disposta no art. 91 da Lei Complementar nº 053, de 30 de agosto de 1990, *verbis:*

Art. 91 - A transferência, "ex. officio" para a reserva remunerada, verificar-se-á sempre que o policial-militar incidir nos seguintes casos:

I - atingir a idade limite:

1. Oficiais:

QOPM:

Postos:	*Idade*
Coronel PM.....	*59 anos*
Tenente Coronel PM.....	*56 anos*
Major PM.....	*52 anos*
Capitão PM e Oficiais Subalternos PM.....	*48 anos*

QOA e QOE:

Postos:	*Idade*
Capitão PM.....	*56 anos*
1º Tenente PM.....	*54 anos*
2º Tenente PM.....	*52 anos*

QOS

Postos:	*Idade*
Tenente-Coronel PM.....	*56 anos*
Major PM.....	*52 anos*
Capitão PM e Oficiais Subalternos.....	*48 anos*

2. Praças de todos os quadros:

Graduações:	*Idade*
Subtenentes PM.....	*52 anos*
1º Sargento PM.....	*50 anos*
2º Sargento PM.....	*48 anos*
3º Sargento PM.....	*47 anos*
Cabo PM.....	*51 anos*
Soldado PM.....	*51 anos*

Entretanto, o limite de idade não foi a causa de exclusão do impetrante do quadro de acesso à promoção, mas sim, o tempo de efetivo serviço – 30 anos .

Ademais, como se observa, a idade limite para a permanência no serviço ativo, no cargo de Capitão QOAPM é de 56 anos e de acordo com a documentação juntada aos autos (f. 25), o impetrante conta atualmente com 50 anos de idade.

Assim, considerando que o Ofício nº 200/DRSP/2017, da Diretoria de Recrutamento, Seleção e Promoção (f. 39/43) declara expressamente o que impetrante possui todos os outros *"requisitos necessários para a inclusão ao Quadro de Acesso para as promoções de major QAOPM, na data de 21 de abril de 2017"*, quais sejam, interstício mínimo de 04 (quatro) anos; curso de aperfeiçoamento de oficiais, junta de inspeção de saúde válida e a existência de vaga ao posto de major da QAOPM, o deferimento da promoção, em ressarcimento de preterição, é medida que se impõe.

Ante o exposto, contra o parecer, voto pela concessão da segurança, para o fim de deferir a promoção do impetrante Gilberto Luiz dos Santos ao posto de major QAOPM, em ressarcimento de preterição a contar de 21 de abril de 2017.

Sem verba honorária por incabível.

Custas *ex lege*.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (11º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão (26-07-17), em face do pedido de vista do des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator, a desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges e os desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Carlos Eduardo Contar, Dorival Renato Pavan, Vladimir Abreu Da Silva, Fernando Mauro Moreira Marinho, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Dorival Moreira Dos Santos, Claudionor Miguel Abss Duarte e Marco André Nogueira Hanson concederem a segurança.

VOTO (EM 26/07/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (4º vogal)

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Gilberto Luiz dos Santos em face de ato do Estado de Mato Grosso Do Sul, Governador do Estado do MS, Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na omissão em promove-lo ao posto de major QAOPM.

Sustenta, em síntese, que é militar estadual da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, atualmente no grau hierárquico de capitão QAOPM e tem seu regime jurídico regulado pela Lei Complementar 53, de 30.08.1990, que contempla o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul.

Aduz que foi promovido ao posto de capitão QAOPM através do decreto "P"nº1.585, de 17 de abril de 2013, a contar de 21 de abril de 2013, conforme publicação no DOEMS nº8.416, de 19 de abril de 2013, completando o interstício mínimo em 21 de abril de 2017.

Defende que completou o interstício exigido para ascender ao grau hierárquico imediato, por este motivo, faz jus e deveria ter sido promovido ao posto de major QAOPM, como determina o art. 20, da Lei n° 61/80, c/c o art. 6o, III, do Decreto 10.768/2002.

Assevera que foi retirado do quadro de acesso, o que lhe possibilitaria a promoção ora pleiteada, por força do parágrafo 4º do artigo 25 do Decreto nº 10.768/02, conforme deliberação da Comissão de Promoção de Oficiais (CPOPM) na Ata de Elaboração do Quadro de Acesso, em virtude de ter sido agregado *ex-officio* por ter completado 30 anos de efetivo serviço - DOE nº 9369, de 15 de março de 2017, contado desde o dia 01 de março de 2017.

Alega que o PM agregado tem todos os deveres e direitos dos PM da ativa, razão pela qual o impetrante faz jus à promoção, não podendo ser tolhido de seu direito.

Requer, assim, a concessão de liminar, *inaudita altera pars*, dignando-se a determinar que a autoridade impetrada insira o impetrante no quadro de acesso, o que possibilitaria a promoção, e posteriormente o promova e ao posto de major QAOPM e, ao final, seja concedida a segurança em definitivo, para deferir a promoção do impetrante ao posto de major QAOPM, em ressarcimento de preterição a contar de 21 de abril de 2017. No mérito, requereu a concessão integral da segurança ratificando o pedido de liminar.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 149/152.

Devidamente notificado, o Estado de Mato Grosso do Sul, em manifestação de fls. 158/171, pugnou pela denegação da segurança, sustentando, em síntese, que, o, impetrante deixou de atender um dos requisitos para inclusão no quadro de acesso, vez que conta com mais de 30 (trinta) anos de efetivo serviço, ultrapassando os limites legais de permanência no serviço ativo e sendo obrigatória sua transferência, *ex officio*, para reserva remunerada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 185-193, opinou pela denegação da segurança.

O relator do feito, desembargador João Maria Lós, votou pela concessão da segurança pleiteada.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria ora debatida.

Acompanho o relator para conceder a segurança pleiteada.

Com efeito, após acurada análise do tema posto em julgamento, verifico assistir razão ao impetrante.

Infere-se dos autos que o autor foi retirado do quadro de acesso à promoção ao posto de major da Polícia Militar com fundamento no art. 25, § 4º, do Decreto n. 10.768/2002, assim redigido:

> *Art. 25. Os Quadros de Acesso por Antiguidade (QAA) e Merecimento (QAM) serão organizados separadamente por Quadros e submetidos à aprovação do Comandante-Geral da Corporação.*

§ 4º Será excluído de qualquer Quadro de Acesso o oficial PM que, de acordo com o disposto no Estatuto dos Policiais Militares, deva ser transferido ex-officio para a reserva.

Nada obstante a previsão contida no comando normativo supratranscrito, insta salientar que, conforme externado no voto do eminente relator, o art. 29 da Lei Estadual n. 61/80, disciplina as hipóteses em que o oficial da PM não poderá constar do quadro de acesso à promoção, a saber:

*Artigo 29 - **O Oficial não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso quando**:*

a) deixar de satisfazer as condições exigidas no inciso I do artigo 14;

b) for considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, a juízo da Comissão de Promoção de Oficiais, por presumivelmente, ser incapaz de atender a qualquer dos requisitos estabelecidos nas letras b e c do artigo 14;

c) for preso preventivamente, em flagrante delito, enquanto a prisão não for revogada;

d) for denunciado em processo crime, enquanto a sentença final não transitar em julgado;

e) estiver submetido a Conselho de justificação, instaurado ex-officio;

f) for preso, preventivamente, em virtude de Inquérito Policial Militar instaurado;

g) for condenado, enquanto durar o cumprimento da pena, inclusive no caso de suspensão condicional de pena, não se computando o tempo a crescido a pena original para fins de sua suspensão condicional;

h) for licenciado para tratar assunto de interesse particular;

i) for condenado a pena de suspensão do exercício do posto, cargo ou função, prevista no Código Penal Militar, durante o prazo de sua suspensão;

j) for considerado desaparecido;

l) for considerado extraviado;

m) for considerado desertor; e

n) estiver em divida para com a Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul por alcance.

1º - O Oficial que incidir na letra b, deste artigo, será submetido a Conselho de Justificação ex-officio.

2º - Recebido o relatório do Conselho de Justificação, instaurado na forma do parágrafo 1º, o Governador do Estado em sua decisão, sefor o caso, considerará o Oficial não habilitado para o acesso em caráter definitivo na forma do Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Mato Grosso do Sul.

3º - Será excluído de qualquer Quadro de Acesso o Oficial que incidir em uma das circunstancias previstas neste artigo, ou ainda;

a) for nele incluído indevidamente;

b) for promovido;

c) tiver falecido; ou

*d) **passar a inatividade**. (Destaquei)*

Assim, como bem ressaltado pelo relator do feito, *"em nenhum momento há autorização para que o Decreto 10768/2002, ao regulamentar a referida lei, criasse mais uma hipótese e exclusão do Quadro de Acesso, pois a alínea "d", do § 3º, do art. 29, da Lei Estadual nº 61/80, cita apenas a situação do policial que passar para a inatividade e não a hipótese em que ele deva ser transferido ex-officio para a reserva remunerada"*.

Ademais, o art. 15 da supracitada lei dispõe que:

> *Art. 15. O Oficial PM agregado, quando no desempenho de cargo policial-militar, ou considerado de natureza policial-militar, concorrerá à promoção por qualquer dos critérios, sem prejuízo do número de concorrentes regularmente estipulados.*

Ou seja, conclui-se da leitura do aludido comando legal que o oficial da PM agregado é considerado no serviço ativo, porquanto pode concorrer à promoção por qualquer dos critérios.

A propósito, a Lei Complementar n. 53/90 dispõe que:

> *Art. 76. A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número. § 1° O policial-militar deve ser agregado quando: a) for nomeado ou colocado à disposição para exercer cargo policial-militar ou considerado de natureza policial-militar, estabelecido em lei, decreto ou regulamento, não previsto nos quadros de organização da Polícia Militar; b) aguardar transferência "ex-officio" para a reserva remunerada por ter sido enquadrado em qualquer dos requisitos que a motivem; (...)*
>
> *§ 2° O policial-militar, agregado de conformidade com as alíneas "a" e "b" do parágrafo anterior, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo.*

Nesse sentido, já decidiu este Sodalício. Veja-se:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR AGREGADO – AGUARDANDO TRANSFERÊNCIA, EX OFFICIO, PARA A RESERVA REMUNERADA – SITUAÇÃO CONSIDERADA COMO SERVIÇO ATIVO – AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL EXPRESSO, NESTE INTERREGNO, PARA A FIGURAÇÃO EM QUADRO DE ACESSO À PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE – VEDAÇÃO PREVISTA EM DECRETO REGULAMENTAR – PODER REGULAMENTAR EXERCIDO COM EXCESSO – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> ***Segundo dispõe o art. 76, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 53/90, o policial militar, quando agregado, continua a ser considerado, para todos os efeitos, em serviço ativo, de sorte que não há impedimento para a sua figuração em Quadro de Acesso à Promoção por antiguidade.***
>
> *Se a Lei Estadual nº 61/80 prevê, nos artigos 15 e 29, § 3º, que o policial militar não poderá integrar os quadros de acesso da PM/MS, dentre várias hipóteses, por haver sido transferido para a reserva renumerada (situação definitiva), é ilegal a previsão dessa situação no art. 25, § 4º, do Decreto Estadual nº 10.768/2002, que veda a inclusão em quadros de acesso aos policiais que devem ser transferidos para a reserva (situação provisória).*[1] *(Destaquei)*

1 TJMS. Mandado de Segurança - Nº 1400654-70.2015.8.12.0000. Rel. Desembargador Marco André Nogueira Hanson. Julgamento 13.4.2015.

Ante o exposto, como dito, acompanho o relator para, contra o parecer ministerial, conceder a segurança pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível II
Apelação n. 0800076-09.2014.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – POLICIAL MILITAR – DEVER DE ARCAR COM OS PREJUÍZOS CAUSADOS À VIATURA POLICIAL – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DEVE SER REFORMADA – CAPOTAMENTO OCORRIDO EM HORÁRIO NOTURNO, EM QUE NÃO PASSAVA NENHUM SOCORRO, NÃO TENDO SIDO POSSÍVEL O CONTATO COM A PRF – NÃO COMPROVADA IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA NA CONDUÇÃO DO VEÍCULO PELO CONDUTOR, NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – O ESTADO DEVERIA TER SUBSIDIADO-SE DE UM MÍNIMO DE PROVAS – PERÍCIA QUE PODERIA TER SIDO REALIZADA NO DIA IMEDIATAMENTE POSTERIOR – ACIDENTE QUE PERMITE A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PORQUE DEIXA MARCAS NO ASFALTO QUE AINDA PODEM SER DETECTADAS EM DIAS POSTERIORES – RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA – RECURSO PROVIDO.

O dever de arcar com os danos ocasionados em viatura policial pressupõe a prova de culpa do agente.

Quando não é possível averiguar com maior certeza a circunstância em que ocorreu o fato, não se pode responsabilizar o funcionário por ter deixado o local em situação de emergência, em que não havia outra alternativa.

Acidente grave que impedia o agente de permanecer no local até a realização de perícia, uma vez que não foi possível fazer o contato com a Polícia Rodoviária Federal.

O Estado, ao pretender legar a responsabilidade ao agente, deve acautelar-se de promover todas as provas necessárias a demonstrar sua responsabilidade. No caso dos autos, o tipo e a gravidade do acidente, permitiam que uma perícia, ao menos superficial, pudesse ser realizada no dia imediatamente posterior, por se tratar de capotamento, que certamente deixa marcas no asfalto.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação interposta por Osmar dos Santos Ribeiro em face da sentença de f. 119/123 que, nos autos da ação de reparação de danos que lhe promove o Estado de Mato Grosso do Sul, julgou procedente a ação "*para condenar os requeridos ao pagamento de R$ 22.061,00 (vinte e dois mil e sessenta e um reais), corrigidos a partir da data do desembolso pelo Estado dos orçamentos apresentados (f. 84, 85 e 94), e juros de mora desde o evento danoso (súmula 54 do STJ)*." (f. 123).

A ação foi interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul para condenar os demandados ao pagamento de danos materiais no importe de R$ 22.061,00, valor que corresponde aos estragos ocasionados à viatura oficial que estava sendo utilizada por eles, quando ocorreu o acidente em seu uso.

Os demandados não apresentaram defesa, conforme certidão de f. 113.

Sustenta o apelante que a sentença deve ser reforma porque extrapolou o princípio da razoabilidade ao lhe atribuir a culpabilidade e responsabilidade pelo pagamento dos danos materiais causados ao Estado em razão dos estragos ocasionados com o capotamento da viatura.

Aduz que no ato do acidente – capotamento com a viatura – havia no carro um policial militar lesionado e o apelante, sendo o comandante da guarnição, apenas retirou-se do local sem esperar a realização da perícia para prestar os devidos socorros ao seu colega. Portanto, a fundamentação da sentença no sentido de que somente a perícia poderia averiguar as causas reais do acidente de modo a excluir a culpa e retirar-lhe a responsabilidade não pode prevalecer, sendo incompreensível que seja mantida a indenização por danos materiais analisando-se os fatos por esse aspecto.

Alega o apelante que, não havendo comprovação da culpa, não há o requisito indispensável para a condenação por danos materiais.

Prequestiona o artigo 186 do CC e requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de que seja reformada a sentença em sua integralidade, bem como, requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Osmar dos Santos Ribeiro em face da sentença de f. 119/123 que, nos autos da ação de reparação de danos que lhe promove o Estado de Mato Grosso do Sul, julgou procedente a ação "*para condenar os requeridos ao pagamento de R$ 22.061,00 (vinte e dois mil e sessenta e um reais), corrigidos a partir da data do desembolso pelo Estado dos orçamentos apresentados (f. 84, 85 e 94), e juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ)*." (f. 123).

A ação foi interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul para condenar os demandados ao pagamento de danos materiais no importe de R$ 22.061,00, valor que corresponde aos estragos ocasionados à viatura oficial que estava sendo utilizada por eles, quando ocorreu o acidente em seu uso.

Os demandados não apresentaram defesa, conforme certidão de f. 113.

Sustenta o apelante que a sentença deve ser reforma porque extrapolou o princípio da razoabilidade ao lhe atribuir a culpabilidade e responsabilidade pelo pagamento dos danos materiais causados ao Estado em razão dos estragos ocasionados com o capotamento da viatura.

Aduz que no ato do acidente – capotamento com a viatura – havia no carro um policial militar lesionado e o apelante, sendo o comandante da guarnição, apenas retirou-se do local sem esperar a realização da perícia para prestar os devidos socorros ao seu colega. Portanto, a fundamentação da sentença no sentido de que somente a perícia poderia averiguar as causas reais do acidente de modo a excluir a culpa e retirar-lhe a responsabilidade não pode prevalecer, sendo incompreensível que seja mantida a indenização por danos materiais analisando-se os fatos por esse aspecto.

Alega o apelante que, não havendo comprovação da culpa, não há o requisito indispensável para a condenação por danos materiais.

Prequestiona o artigo 186 do CC e requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de que seja reformada a sentença em sua integralidade, bem como, requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É o relatório. Passo ao voto.

Pois bem. A questão cinge-se à responsabilização do policial militar Osmar dos Santos Ribeiro pelo pagamento dos danos causados à viatura que estava em seu uso e de Agnaldo Siqueira da Silva.

O Estado ajuizou a presente ação imputando ao apelante a culpa pelo acidente e a responsabilização pelos danos dele ocasionados em razão de que evadiu-se do local dos fatos sem antes esperar que a perícia pudesse chegar ao local para constatar as reais causas que ocasionaram o ocorrido.

Analisando detidamente as provas acostadas aos autos, entendo que a condenação do recorrente ao pagamento de indenização por danos materiais deve ser afastada.

O apelante afirma que o acidente foi influenciado pela entrada de um animal na frente do veículo em horário em que a rua estava escura – uma vez que os fatos ocorreram por volta das 23h – circunstância que fez com que o veículo capotasse. Além disso, consta que, em razão do horário, não passava nenhum veículo pelo local que os pudesse socorrer, de modo que, quando viram que o carro ainda funcionava, mesmo com as avarias, resolveram buscar socorro.

Antes que se faça a análise do acidente em si, há que se lembrar do fato de que quando a viatura deslocou-se da cidade de Nioaque, apresentou defeitos "*elétricos e parou de funcionar*" (f. 11), como consta do relatório de missão da 1ª CIPM.

As outras alegações, quanto aos fatos posteriores a todo o perímetro percorrido pelo requeridos, são confirmadas pelos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo (f. 86/91), as quais não presenciaram os fatos, mas prestaram o socorro quando os policiais já haviam sido atendidos na unidade de UPA.

O requerido Agnaldo, em suas declarações, informou estar com fortes tonturas e ferimento leve no braço, o que teria feito o apelante, segundo requerido, a sair do local assim que viu que o carro ainda funcionava.

Compulsando os autos, o que se denota da questão é que, embora a Polícia Militar, em manifestação colacionada às f. 96/99, tenha oferecido parecer pela assunção de responsabilidade do Cb Osmar dos Santos Ribeiro – comandante – no momento em que deixou o local do acidente sem esperar a realização da perícia, esta não pode prosperar.

Fato é que as circunstâncias deram-se em situação particular, em que os policiais não tiveram outras alternativas à sua frente, e haveria outros meios de ser realizada a perícia, ainda que em dia posterior.

Ocorre que pior seria se, após o capotamento, um dos integrantes do veículo – que aparentemente estava apenas com um leve ferimento, mas uma forte dor de cabeça e tontura – viesse a falecer por negligência ou despreocupação do colega em providenciar que todos fossem antes buscar atendimento médico.

Corroborando a narrativa do apelante, há nos autos os documentos de f. 14, onde consta informação da equipe que prestou apoio aos policiais no momento dos fatos, demonstrando que no exato momento do ocorrido, no local em que se deram os acontecimentos, tentaram "*entrar em contato com a Polícia Militar Rodoviária Estadual de Sidrolândia pelo telefone (67 3272-3556)*" (f. 14), mas não obtiveram êxito.

Ora, evidente que, comprovando-se que um dos integrantes do veículo estava com escoriações pelo corpo, e fortes dores de cabeça, conforme narrado no próprio documento de f. 14, e diante do adiantado do horário, outra alternativa não se fez presente à mente do apelante, senão a iniciativa de tentar solucionar os fatos um a um. O primeiro foi, segundo afirma, e que aparentemente encontra razoabilidade, prestar socorro ao seu colega em trabalho.

De notar-se que não há comprovação de que o apelante trafegava em alta velocidade, pois, como o próprio parecer informou, a culpabilidade do apelante encontra-se no fato de que este teria deixado o local do acidente e não esperou ali até que uma perícia pudesse ser feita.

Entretanto, o que se deve levar em conta é que os fatos narrados aconteceram muito tarde, em horário em que já se encontrava muito escuro, sendo que dificilmente a perícia seria realizada naquele momento. Do mesmo modo, nada impediria o Estado que nas primeiras horas do amanhecer do dia seguintes os profissionais habilitados pudessem percorrer o local do acidente para encontrar rastros e pistas adequadas para averiguar as circunstâncias em que se deu o acidente. Afinal, trata-se de um capotamento de veículo grande, que certamente deixou marcas ao solo.

Não fosse só. Restou comprovado que houve a tentativa de contato por parte do apelante e de seu colega, o que não conseguiram. Não se pode esperar que após o susto, com um machucado, com dores de cabeça, correndo sérios riscos de terem sofrido uma lesão grave, ou mesmo uma hemorragia interna, as partes ficariam esperando até algum momento em que algum socorro – que, repita-se, não conseguiam conectar de forma alguma – pudesse vir pericial o local, o veículo, e somente então liberar os dois do local.

Como afirmado pelo apelante em suas razões recursais, não há que se falar que o mesmo assumiu o risco de assumir a responsabilidade pelos danos com o acidente ao simplesmente deixar o local dos fatos, pois é de conhecimento público e notório a existência de situação de emergência naquelas como a narrada nesses autos.

Dentro das circunstâncias, por certo, se o companheiro estivesse com algo mais sério, e tivesse sofrido alguma hemorragia interna, ou alguma outra lesão que o levasse até mesmo à morte, esta não lhe teria sido perdoada. Por sorte não foi o que ocorreu, mas ambos os requeridos não poderiam ter certeza disso até que fossem socorridos, pois um capotamento é um acidente, normalmente, de consequências mais graves.

Ademais, como confirmaram todas as testemunhas arroladas, a única coisa que se comprova é que o apelante deixou o local dos fatos, e isso não poderia ser suficiente a lhe legar responsabilidade de tamanha monta.

Não há imputar ao apelante qualquer imperícia ou negligência na condução da viatura diante da inexistência de provas, até mesmo porque não houve nem mesmo a tentativa de realização de uma perícia posterior, com a análise das marcas que certamente ainda estariam no asfalto no dia seguinte.

De tudo quanto foi visto, o que se comprova é que, se por um lado houve desídia do apelante em não permanecer no local, também houve desídia do Estado, pois, se pretendia que o funcionário sofresse as consequências da responsabilização do acidente, deveria ter providenciado o mínimo de provas mais contundentes acerca das circunstâncias necessárias a responsabilizar o condutor do veículo, tais como, averiguar o local do acidente no dia imediatamente posterior ao sinistro.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso interposto por Osmar Santos Ribeiro, para julgar improcedente a ação.

Inverto os ônus sucumbenciais e fixo os honorários advocatícios, com base no art. 20, § 4°, do CPC, em R$ 1.500,00.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800080-67.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO CRUZADO ENVOLVENDO A PREFEITURA MUNICIPAL E CÂMARA MUNICIPAL DE SELVÍRIA/MS – SÚMULA VINCULANTE N. 13 – MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DO PAGAMENTO DA MULTA CIVIL – DOSIMETRIA DA PENALIDADE IMPOSTA – RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO – PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO SERVIDOR – PREJUÍZO AO ERÁRIO – NÃO COMPROVADO – OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE IMPROVIDO.

Mantém-se a condenação dos agentes públicos por ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, na forma do art. 11 da Lei 8.429/92.

Tendo em vista a necessidade de dosimetria das penalidades previstas na Lei n.º 8.429/92, a suspensão dos direitos políticos somada ao pagamento de multa civil são medidas suficientes e proporcionais ao ato de improbidade imputado aos requeridos.

O ressarcimento ao erário público previsto no art. 10º da Lei de Improbidade Administrativa depende da prova do prejuízo.

Apelação parcialmente provida para afastar o ressarcimento/devolução do valor percebido no cargo de assessor de gabinete II da Prefeitura Municipal de Selvíria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de José Dodo e outros. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso de Roberto Cecílio da Silva, nos termos do voto 1º vogal, vencido o relator e o 3º vogal, que negavam provimento aos recursos, nos moldes do art. 942 do CPC.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

Des. João Maria Lós – relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respetivamente, por José Cecílio da Silva Filho e outro e por José Dodo da Rocha e outro contra a sentença proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Os apelantes José Cecílio da Silva Filho e outro alegam, em síntese, que:

> *No caso, em toda a instrução processual, o que se traduz são provas e depoimentos incapazes de embasar uma posição acertada quanto a materialidade do fato, como o prévio ajuste entre as condutas dos requeridos José Cecílio e José Dodô da Rocha para designações recíprocas dos seus familiares, o que por si só, NÃO RESTOU EM MOMENTO ALGUM PROVADO, impedindo a manutenção da r. decisão, pois, NÃO FORA PROVADO A EXISTÊNCIA DE DOLO do agente público. (f. 368)*
>
> *E sem arredar do pedido de reforma in totumda decisão de primeira instância, é preciso esclarecer desde já que qualquer cogitação de manutenção da r. decisão prolatada, quanto aos seus efeitos financeiros, deve limitar-se ao período do contrato da quarta requerida, pois somente neste é que se poderia imaginar a ocorrência do nepotismo cruzado, de todo inexistente na espécie. (f. 371)*
>
> *Se houve a efetiva prestação do serviço não há que se falar em devolução alguma. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado, assim como a do TJMS, a necessidade de se comprovar o dano ao erário e o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para se configurar o ato de improbidade administrativa prevista no art. 10 da Lei 8.429/92. (f. 374)*
>
> *Há de salientar a boa-fé por parte do servidor público, pois, trata-se da legítima confiança e justa expectativa que o beneficiário adquire, de que os valores recebidos a título de pro labore são legitimamente de sua propriedade. (f. 379)*

Ao final, requerem:

> *a reforma da decisão de fls. 333/345, com declaração da inexistência de dolo para configuração da prática de nepotismo, e consequente inexistência de dano ao erário. Em ordem sucessiva, na remota hipótese de ser preservada a r. sentença a quo, em alguns de seus termos, o que não esperam os réus, e assim aplicadas as sanções previstas no art. 12, III da Lei 8.429/92, requerem os réus seja levado em consideração a gradação das penalidades previstas no art. 12, caput e parágrafo único da Lei para manter somente a pena de multa civil em seu valor mínimo, afastando - se todas as demais penalidades deferidas na sentença monocrática, inclusive a sanção de ressarcimento das remunerações advindas do trabalho do servidor, ante a evidente excessividade e desproporcionalidade com a alegada conduta, gerando assim inclusive, vantagem ilícita por parte da administração que se beneficiou com o trabalho do servidor, considerando, ainda, o curto período do alegado nepotismo cruzado. (f. 381)*

Por sua vez, os recorrentes José Dodo da Rocha e outro, em suas razões recursais, alegam que:

> *Reitere-se, portanto, que se não ocorreu o ajuste prévio entre as autoridades nomeantes não ocorreu o nepotismo cruzado, e, assim, se retira por completo a ilegalidade das nomeações realizadas, e, por consequência a afronta à referida Súmula Vinculante nº 13, do e. STF. (f. 410)*
>
> *Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos. (f. 411)*
>
> *Ainda que entendesse, que a conduta dos recorridos encerra uma ilicitude mesmo estando demonstrado através das provas apresentadas a ausência de ajuste prévio e dolo -, não se pode olvidar que a suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela Lei nº 8.429/92 e que sua aplicação importa impedir - ainda que de forma justificada e temporária - o exercício de um dos direitos fundamentais de maior magnitude em nossa ordem constitucional (f. 413)*

Ao final, requerem *"ser suprido diante do elevado descortino jurídico de V. Exas., requer essa colenda Turma se digne conhecer a apelação em seu duplo efeito e dar provimento ao presente recurso, para que seja reformada a decisão a quo de fls. 333/345, nos termos supramencionados, declarando a legalidade nas contratações, ante a inexistência de dolo, má-fé nas condutos dos recorrentes consequente inexistência de dano ao erário, e, por consequência inexistência a afronta à referida Súmula Vinculante nº 13, do e. STF."* (f. 413)

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contrarrazões às fls. 395-404.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 431-49, pugnando pelo "*IMPROVIMENTO dos Recursos de Apelação interpostos por Roberto Cecílio da Silva e José Cecílio da Silva Filho e por José Maria Rocha e por José Dodo da Rocha e Milena Gomes da Rocha*."

VOTO (EM 16/05/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respetivamente, por José Cecílio da Silva Filho e outro e por José Dodo da Rocha e outro contra a sentença proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

A sentença, naquilo que interessa para a solução do litígio, foi vertida nos seguintes termos:

> *Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa em que pretende o autor a punição dos requeridos pela prática de nepotismo cruzado nos poderes executivo e legislativo municipal de Selvíria MS.*
>
> *...*
>
> *Dito isso, no mérito tenho que a demanda deve ser julgada procedente.*
>
> *É inconteste nos autos que o requerido José Cecílio da Silva Filho, então Presidente da Câmara Municipal de Selvíria, nomeou, em 01 de fevereiro de 2011, para o cargo comissionado de Assessor de Gabinete II, a pessoa de Milena Gomes da Rocha, filha do então Prefeito Municipal José Dodo da Rocha, consoante demonstra a Portaria nº 51 (fl. 51).*
>
> *Também é incontroverso que o demandado José Dodo da Rocha, na época Prefeito Municipal de Selvíria, nomeou, em 08 de julho de 2011, com efeitos à partir de 02 de julho de 2011, a pessoa de Roberto Cecílio da Silva Filho, irmão do então Presidente da Câmara Municipal, José Cecílio da Silva Filho, para o cargo de Assessor de Gabinete II, conforme a Portaria nº 119/2011 (fl. 125).*
>
> *Pois bem. A questão é saber se caracteriza-se ou não nepotismo cruzado essas nomeações.*
>
> *Veja-se que a súmula vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal veda o nepotismo já proibido pela Constituição Federal.*
>
> *...*
>
> *Por seu lado, ocorre o nepotismo cruzado na hipótese de existência de ajuste mediante designações recíprocas, ou seja, há a troca de favores com nomeação para cargos. Dizendo de forma simples, se dá quando dois agentes públicos empregam familiares um do outro como troca de favor.*

No caso dos autos, sem sombra de dúvida é hipótese de configuração do nepotismo cruzado, também abarcado pelo enunciado da Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal.

...

Inicialmente, analisando as contestações apresentadas pelos demandados, observa-se que o pedido de improcedência se baseia na não comprovação da existência de ajuste prévio e portanto, não demonstração da existência de dolo em suas condutas.

Todavia, não assiste razão aos requeridos ao alegarem que não ficou delineado o ajuste prévio, pois em que pese seja este de difícil comprovação, as provas carreadas no caderno processual dão conta que os agentes políticos e seus parentes infringiram os princípios da administração pública, ao promoverem nomeações recíprocas a cargos em comissão. Vejamos.

Através dos documentos juntados pelo autor, verifica-se que chegou a seu conhecimento, por meio de notícia apócrifa, que estaria ocorrendo nomeações cruzadas a diversos cargos em comissão de parentes de titulares de mandato eletivo no Município de Selvíria, cargos dentre os quais envolvendo os requeridos (fls. 15/17).

O controle de frequência da demandada Milena Gomes da Rocha relativo ao mês de fevereiro de 2011 a maio de 2011 encontra-se acostado às fls. 52/55, enquanto o comprovante de rendimento encontra-se juntado às fls. 56/57.

Por outro lado, não se tem notícias do comprovante de rendimentos do requerido Roberto Cecílio, nem foi disponibilizado seu controle de frequência, o que não implica em prejuízo ao cenário probatório formado nos autos, mesmo porque os demandados alegaram, quando ouvidos em juízo, que os valores percebidos por Roberto, a título de remuneração no cargo de assessor II, era o mesmo que auferia anteriormente, quando ocupava a função de agente de saúde, contudo, não trouxeram qualquer elemento apto a comprovar o alegado, o que era providência que lhes competia.

Foi alardeado que Roberto Cecílio era agente comunitário de saúde, sendo chamado pelo então Prefeito Municipal para assumir cargo em comissão de assessor de gabinete, por ter os requisitos técnicos necessários para o exercício do cargo, todavia, teria permanecido recebendo o mesmo salário que percebia anteriormente. Repiso que em nenhum momento foi comprovado que tais vencimentos eram iguais ou no mínimo parecidos.

É inclusive duvidoso que de fato existisse essa circunstância de "salário" semelhante, mesmo porque é vulgarmente sabido que, em regra, o vencimento de um agente comunitário de saúde não é um valor tão suntuoso, ao contrário dos cargos em comissão, que em razão da responsabilidade face a natureza de chefia, direção e assessoramento, geralmente apresentam valores além do padrão do servidor efetivo, até porque nenhum sentido teria a sua criação se não tivesse um substrato remuneratório.

É de certo falaciosa a alegação dos demandados, o que apenas cristaliza a existência de ajustes entre o então Prefeito e o então Presidente da Câmara de Vereadores com o intuito de trocar favores mediante nomeações recíprocas de parentes.

Observa-se que ao ser ouvido no Ministério Público acerca dos fatos, o requerido José Cecílio da Silva Filho (fls. 117/118) declarou acreditar que o Prefeito sabia da contratação de sua filha, "afinal, a Câmara é na frente da Prefeitura; que não tinha como o Prefeito não saber já que ele ia sempre na Câmara e ela era recepcionista". Em total

consonância com o afirmado encontram-se as declarações de Milena Gomes da Rocha, também prestadas no Ministério Público (fls. 129/130), onde asseverou que foi José Cecílio quem a convidou para trabalhar na Câmara, bem como que seu pai tinha conhecimento disso.

Entretanto, causou estranheza a alegação do requerido José Dodo da Rocha, em juízo, ao afirmar que não tinha conhecimento que sua filha trabalhava na Câmara Municipal de Selvíria, mesmo porque é óbvio que, sendo uma cidade de pequeno porte, laborando a demandada na recepção da Casa Legislativa e diante da natureza do cargo eletivo ocupado pelo requerido, o então prefeito não somente sabia, como participou, com indicação, de sua nomeação ao cargo em comissão na Câmara de Vereadores.

Isso se torna ainda mais nítido quando se constata que o requerido José Cecílio da Silva Filho, ao ser ouvido em juízo, asseverou que tinha outras pessoas interessadas para o exercício do cargo que nomeou a demandada Milena, enquanto a própria testemunha de defesa, senhora Aparecida de Fátima Alves, em que pese se verifique em seu depoimento a tentativa de proteger o vereador, destacou que este não entrevistou ninguém para este cargo, comparecendo Milena na Câmara de Vereadores, sendo posteriormente nomeada.

À evidência, ao ser questionado sobre as demais pessoas que teria entrevistado e que estariam interessadas no cargo de assessor de gabinete, José Cecílio da Silva Filho limitou-se a mencionar que não sabia relacionar tais pessoas.

Necessário destacar que também causou desapontamento outras declarações dadas pelo demandado José Dodo da Rocha, em juízo, para tentar se furtar de sua responsabilidade, notadamente quando afirmou que ao nomear Roberto Cecílio para o cargo em comissão de assessor II, este foi designado para o Setor de Esportes, para prestar serviço que não precisava de técnica para desenvolvimento, sendo ele um ajudante geral, limpando campo, ajudando o Secretário, fazendo de tudo.

Ora, se o cargo que titularizava era de assessor de gabinete, incoerente que suas funções tenham sido inclusive de limpeza de campo. Apenas a título de discurso, entende-se que a função de assessoramento é aquela de aconselhamento ou então de auxílio direto, quando a pessoa ajuda seu superior, realiza por ele as suas tarefas, mas não em seu próprio nome. O assessor é um ajudante, mas não de um órgão público em geral, mas sim de uma pessoa, de um chefe, eis que atua em nome do superior hierárquico, fazendo as atividades dele, em nome dele.

Veja-se que a contratação sem concurso público para as mais diversas tarefas e atividades rotineiras fere diversos princípios e preceitos de direito público, além de ser moralmente reprovável. Nesse contexto, o vício do ato administrativo que nomeia servidores, em cargos em comissão, fora das hipóteses legais, é irrefutavelmente inconstitucional.

Mas não é esse o fundamento da presente demanda, o que não impede de assentar que o requerido José Dodó da Rocha, que conta inclusive com outras ações versando sobre improbidade administrativa por fato semelhante (nepotismo), demonstra um total descaso com as máximas constitucionais que norteiam a sua função de representante do povo e de gestor administrativo.

Age como se a Prefeitura fosse propriedade particular, contratando a bel-prazer, com violação à legalidade e impessoalidade ao mascarar contratações ordinárias sob a alcunha de cargos em comissão e agora quer fazer crer que apenas buscou um candidato apto a integrar a Secretária Municipal de Esportes, "dando-lhe" um cargo em comissão para ser "um faz tudo" do departamento.

Não há como dar guarida a sua pretensão de não acolhimento do pedido ministerial, considerando as contradições inarredáveis dos depoimentos prestados em juízo, bem como durante a fase administrativa do feito.

Ao contrário do que pretendiam os requeridos, a prova testemunhal somente confirmou que tentaram descaracterizar a existência do ajuste de acordos com nomeações recíprocas, chegando ao ponto, conforme já ressaltado, do requerido José Dodo da Rocha ter declarado desconhecer que sua filha trabalhava na Câmara Municipal.

Demais disso, o fato da nomeação de Milena ter ocorrido em fevereiro de 2011 e de Roberto ter se dado apenas em início de julho de 2011 não torna menos firme o ato de improbidade administrativa identificado, tendo em vista que o então prefeito, José Dodo da Rocha, era ciente que não podia contratar naquelas condições, impondo-se a procedência dos pedidos.

Assim, se de um lado deve imperar o princípio da discricionaridade da administração pública, por outro não se pode perder de vista que, se a Administração Pública não cumpre a lei, desviando-se de sua função precípua, cabe ao Poder Judiciário compeli-la a fazê-lo, cumprindo, dessa forma, o artigo 5º, XXXV, que determina: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", sem que isso se configure ofensa à separação dos Poderes.

[...]

No cenário dos autos tem-se que o nepotismo estimula o quadro de corrupção tão combatida, na medida em que as nomeações de parentes para cargos públicos que prescindem concurso público violam os princípios constitucionais norteadores da administração pública.

[...]

A vedação ao nepotismo decorre diretamente dos princípios constitucionais delineados no caput do art. 37 da Constituição Federal, que resguarda o interesse público na tutela dos bens da coletividade e, justamente por isso, independe de lei formal (ou norma secundária, e.g., súmula) que o proíba.

A moderna interpretação dada pela Suprema Corte é de que o nepotismo - em qualquer nível de Poder - pode e deve ser glosado quando verificada a existência de indícios de atos que impliquem ofensa aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência com fraude à lei, como no caso em exame.

Tendo em vista a necessidade de dosimetria das penalidades previstas na Lei 8.429/92 entendo que a suspensão dos direitos políticos, somada ao pagamento de multa civil são medidas suficientes e proporcionais ao ato de improbidade ora imputado aos requeridos.

Com efeito, no caso em exame, não obstante tenha ficado evidente a contratação cruzada do irmão do presidente da Câmara e filha do prefeito como Assessores de Gabinete, constou também dos autos que a demandada Milena, ainda que de forma inconstante, acabou prestando serviços na Casa Legislativa, não sendo o caso, portanto, de determinação de ressarcimento dos proventos recebidos.

Mesma sorte não segue o demandado Roberto, que deixou de trazer aos autos os extratos de frequência no trabalho, não comprovando que tenha de fato prestado os serviços públicos, razão pela qual, no seu caso, deverá ressarcir o erário em todo o período que permaneceu titularizando o cargo Assessor de Gabinete no Município de Selvíria.

> *Por todo o exposto, julgo procedente a presente demanda para condenar os requeridos José Dodo da Rocha, José Cecílio da Silva Filho, Roberto Cecílio da Silva e Milena Gomes da Rocha, por ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, na forma do art. 11 da Lei 8.429/92, às seguintes penalidades:*
>
> *1. Suspensão dos direitos políticos por três anos, período esse a ser contado a partir do trânsito em julgado dessa decisão.*
>
> *2. Pagamento de multa civil, para cada um dos requeridos, do correspondente a uma vez o valor da última remuneração percebida, pelo requerido José Dodo da Rocha no cargo de prefeito, pelo requerido José Cecílio da Silva Filho no cargo de Presidente da Câmara Municipal, pelo demandados Roberto Cecílio da Silva e Milena Gomes da Rocha no cargo de assessor de gabinete II.*
>
> *Condeno, ainda, somente o requerido Roberto Cecílio da Silva também no ressarcimento integral do dano causado ao erário púbico, consistente na devolução do valor percebido no cargo de assessor de gabinete II, devidamente corrigido conforme abaixo explicado, em favor da Prefeitura Municipal de Selvíria.*
>
> *Ressalto que o valor a ser ressarcido pelo requerido será a somatória das remunerações, inclusive décimo terceiro e férias, excluídos apenas os descontos com previdência social, plano de saúde e imposto de renda, se houver, que recebeu da Prefeitura Municipal de Três Lagoas desde a sua nomeação em julho de 2011 até a exoneração do cargo de assessor de gabinete II, sendo que a partir da data de recebimento de cada remuneração deverá incidir correção monetária pelo INPC/IBGE e juros moratórios de 1% a.m até o efetivo pagamento.*
>
> *Em conseqüência, julgo extinto o processo, resolvendo-se o mérito, na forma do artigo 269, I, do Código de Processo Civil. (...)(fls. 333-345).*

Em primeiro lugar, anoto que, tendo em vista a instituição do Novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões do presente recurso, necessária uma breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

Na espécie, o advento do NCPC implica em examinar os efeitos do direito intertemporal que incidem no caso concreto, a teor do que consta no art. 14, do CPC, assim redigido:

> *Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*

Ou seja, a regra geral que regulamenta vigência da lei no tempo é a da irretroatividade da lei nova. A retroatividade é exceção, com interpretação e aplicação restritivas, ante as disposições da Constituição Federal que, em seu art. 5º, inciso XXVI, diz que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela referida garantia constitucional, não podendo ser atingidos pela lei nova.

Destarte, considerando que a sentença ora recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o presente julgamento deve observar aquelas disposições legais e não as novas.

Aliás, os enunciados administrativos aprovados pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão de 9 de março de 2016, em especial o Enunciado 2[1], acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

José Cecílio da Silva Filho e Roberto Cecílio da Silva insurgem-se contra a noticiada sentença, alegando, em síntese, que:

> *(i) não ocorreu prévio ajuste mediante designações recíprocas quando das nomeações; (ii) não restou devidamente comprovado o dolo ou culpa do agente público; (iii) a nomeação do requerido Roberto Cecílio se deu por critérios técnicos, e em data muito anterior àquela em que o requerido José Cecílio assumiu a presidência da Câmara Municipal; (iv) a nomeação da requerida Milena Gomes da Rocha se deu à revelia do Prefeito José Dodo da Rocha, em razão do Município de Selvíria carecer de mão-de-obra qualificada, além da nomeação ser muito tempo posterior a do requerido Roberto Cecílio; (v) houve a contraprestação do serviço, de modo que não há se falar em dano ao erário; (vi) em caso de se preservar a sentença a quo, requer a gradação das penalidades previstas no artigo 12, caput, e parágrafo único da Lei 8.429/92 para manter somente a pena de multa civil no seu valor mínimo.*

José Dodo da Rocha e Milena Gomes da Rocha, por sua vez, recorrem da sentença, alegando, em suma, que:

> *(i) não há provas da existência de nepotismo cruzado, ajuste prévio, enriquecimento ilícito ou qualquer outro dano ao erário; (ii) o requerido Roberto Cecílio já exercia funções na Administração Pública, antes de seu irmão tomar posse no cargo de vereador; (iii) quando a requerida Milena Gomes da Rocha foi contratada para trabalhar na Câmara Municipal, o requerido Roberto Cecílio já trabalhava na Prefeitura, restando ausente prova de ajuste prévio ou dolo nas nomeações; (iv) não houve troca de favores com nomeação para os cargos; (v) o ato de improbidade não restou configurado por ausência de elemento subjetivo; (vi) em caso de se preservar a sentença a quo, requer a gradação das penalidades previstas no artigo 12, caput, e parágrafo único da Lei 8.429/92 para manter somente a pena de multa civil no seu valor mínimo, afastando-se a penalidade de suspensão dos direitos políticos.*

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fls. 431-449, pugnando pelo improvimento das apelações cíveis interpostas.

Registro, de início, que os recursos serão analisados em conjunto, pois as alegações contidas nos mesmos se interligam.

Nego provimento aos recursos.

Da análise dos autos, verifica-se que o Ministério Público Estadual ajuizou a ação em epígrafe contra os apelantes em razão da existência da Portaria n. 506, de 15.2.2011, onde o então Presidente da Câmara Municipal de Selvíria/MS, José Cecílio da Silva Filho, nomeou para o cargo comissionado de Assessor de Gabinete II, Milena Gomes da Rocha, filha do então Prefeito José Dodo da Rocha.

Em contrapartida, em meados de 2011, à época o Prefeito Municipal em exercício, José Dodo da Rocha, nomeou Roberto Cecílio, irmão do então Presidente da Câmara de Selvíria/MS, José Cecílio, para o cargo comissionado de Assessor de Gabinete II.

1 STJ - Enunciado administrativo n. 02 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A controvérsia, portanto, cinge-se quanto à contratação irregular de Milena Gomes da Rocha, filha do prefeito de Selvíria/MS, e quanto à contratação de Roberto Cecílio, irmão do presidente da Câmara de Selvíria/MS, configurando, em tese, nepotismo cruzado.

Pois bem. Cediço que o caráter sancionador da Lei n. 8.429/92 destina-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9), causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, a exemplo dos que ofendem a moralidade administrativa de que trata o art. 11 do referido diploma legal.

Compulsando os autos, tenho que as contratações cruzadas mostraram-se, de fato, irregulares, pois, ao contrário do alegado pelos apelantes, houve a comprovação do dolo nas contratações, configurando-se, dessa forma, o nepotismo cruzado, prática vedada pela Súmula Vinculante n. 13, do Supremo Tribunal Federal.[2]

Portanto, não há dúvida da ilegalidade de tais nomeações, pois em verdadeira afronta à Constituição Federal e aos princípios que regem a administração pública, dispensando maiores digressões sobre o assunto.

Nesse contexto, após análise detida dos autos, não há como negar-se os atos ímprobos praticados pelos apelantes.

No que tange a alegação de que não houve a configuração de improbidade administrativa, porque não restou comprovado o prejuízo ao erário, esqueceram-se os apelantes de que, nos moldes do art. 11, da LIA, configura ato de improbidade qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O ato ímprobo, no caso, restou devidamente comprovado, pois é ilegal a contratação de parentes consanguíneos e por afinidade para ocuparem cargos públicos, mesmo que de forma cruzada. O elemento subjetivo restou cabalmente configurado na atitude narrada, sendo que os atos por eles praticados afrontaram diretamente os princípios da Administração Pública.

Logo, não há qualquer reparo a ser feito na bem lançada sentença de primeiro grau, pois a prática do nepotismo cruzado acarretou no desrespeito aos princípios administrativos vigentes, dentre eles o da moralidade e o da impessoalidade, amoldando as condutas no art. 11 da LIA[3].

No que diz respeito às sanções impostas, entendo que melhor sorte não lhes assistem.

Os apelantes Roberto Cecílio da Silva e José Cecílio da Silva Filho requerem a gradação das penalidades previstas no artigo 12, *caput,* e parágrafo único da Lei 8.429/92 para manter somente a pena de multa civil no seu valor mínimo.

---

2 Súmula Vinculante 13. A nomeação de 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, viola a Constituição Federal.

3 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:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
IV - negar publicidade aos atos oficiais;
V - frustrar a licitude de concurso público;
VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Os apelantes José Dodo da Rocha e Milena Gomes da Rocha, por sua vez, requerem a aplicação somente da multa civil em seu valor mínimo, afastando-se a penalidade de suspensão dos direitos políticos.

Com efeito, o fato é a prática de nepotismo no Poder Executivo e Legislativo Municipal, ou seja, nomeação da filha do Prefeito e nomeação do irmão do presidente da Câmara Municipal para exercício de cargo em comissão, improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/92, cuja sanção está tipificada no inciso III do art. 12 da LIA:

> *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.*

Ora, a pena aplicada por ato ímprobo deve ter força moral objetiva suficiente para minimizar o delito exercido sobre a sociedade, sob pena de se tornar ineficaz para o infrator, e insuficiente para a população. Nesse contexto, ante a comprovada conduta praticada por cada um dos apelantes, tenho que a pena foi aplicada em obediência à razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo reparos.

Registre-se, por oportuno, a fundamentação do magistrado singular para impor as penalidades aos apelantes:

> *Tendo em vista a necessidade de dosimetria das penalidades previstas na Lei 8.429/92 entendo que a suspensão dos direitos políticos, somada ao pagamento de multa civil são medidas suficientes e proporcionais ao ato de improbidade ora imputado aos requeridos.*
>
> *Com efeito, no caso em exame, não obstante tenha ficado evidente a contratação cruzada do irmão do presidente da Câmara e filha do prefeito como Assessores de Gabinete, constou também dos autos que a demandada Milena, ainda que de forma inconstante, acabou prestando serviços na Casa Legislativa, não sendo o caso, portanto, de determinação de ressarcimento dos proventos recebidos.*
>
> *Mesma sorte não segue o demandado Roberto, que deixou de trazer aos autos os extratos de frequência no trabalho, não comprovando que tenha de fato prestado os serviços públicos, razão pela qual, no seu caso, deverá ressarcir o erário em todo o período que permaneceu titularizando o cargo Assessor de Gabinete no Município de Selvíria (f. 342).*

Quanto à alegação dos apelantes José Cecílio da Silva Filho e Roberto Cecílio da Silva no que tange à impossibilidade de devolução da contraprestação do serviço, melhor sorte não lhes assistem.

No caso, verifica-se que Roberto Cecílio, ora apelante, não trouxe aos autos extratos de frequência ao trabalho, não se desincumbindo de demonstrar que, de fato, prestava serviço público, enquanto ocupava o cargo de assessor de gabinete.

Nesse sentido, mais uma vez, colaciono trecho da sentença, a qual bem ilustra a questão:

> *(...) Condeno, ainda, somente o requerido Roberto Cecílio da Silva também no ressarcimento integral do dano causado ao erário púbico, consistente na devolução do valor percebido no cargo de assessor de gabinete II, devidamente corrigido conforme abaixo explicado, em favor da Prefeitura Municipal de Selvíria.*
>
> *Ressalto que o valor a ser ressarcido pelo requerido será a somatória das remunerações, inclusive décimo terceiro e férias, excluídos apenas os descontos com previdência social, plano de saúde e imposto de renda, se houver, que recebeu da Prefeitura*

Municipal de Três Lagoas desde a sua nomeação em julho de 2011 até a exoneração do cargo de assessor de gabinete II, sendo que a partir da data de recebimento de cada remuneração deverá incidir correção monetária pelo INPC/IBGE e juros moratórios de 1% a.m até o efetivo pagamento (f. 344).

Quanto ao pedido de afastamento da pena de suspensão dos direitos políticos, fixada na sentença em três anos, também razão não lhes assistem.

No caso dos autos, a pena de suspensão dos direitos políticos em 3 anos foi aplicada adequadamente pelo magistrado de piso, porquanto de acordo com o parágrafo único do art. 12 da LIA, para fixar as penas o juiz deve levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Por essa razão, considerando tais elementos, a sanção imposta deve ser mantida, pois trata-se de nepotismo, fato que por si só já causa danos à Administração Pública, diante da ofensa aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal[4]. O ato de improbidade, aqui, não advém de atos que enriqueceram o agente ou terceiros ilicitamente, mas que os beneficiou em detrimento dos princípios da Administração Pública. O nepotismo trata-se de ato atentatório à moralidade administrativa porque revela o desvio ético da conduta dos réus e a falta de habilidade moral, o abalo da credibilidade e a degeneração da seriedade administrativa.

Assim, considerando que as sanções aplicadas de suspensão dos direitos políticos dos réus, estão no mínimo legal, bem como que a multa civil fixada está bem aquém do máximo legal, mantenho as sanções da forma como foram aplicadas.

Diante do exposto, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento aos recursos, mantendo intacta a sentença hostilizada.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Lós), após o relator negar provimento aos recursos, a 2ª vogal aguarda.

VOTO (EM 30/05/2017)

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º vogal)

Cuidam-se de apelações interpostas por Roberto Cecílio da Silva, José Cecílio da Silva Filho, Milena Gomes da Rocha, José Dodo da Rocha em face da sentença de fls. 333/334 que, nos autos da ação de improbidade administrativa que lhes promove Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou procedentes os pedidos iniciais condenando os apelantes por ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº. 8.429/92 e aplicando-lhes as seguintes penalidades:

1. Suspensão dos direitos políticos por três anos, período esse a ser contado a partir do trânsito em julgado dessa decisão.

2. Pagamento de multa civil, para cada um dos requeridos, do correspondente a uma vez o valor da última remuneração percebida, pelo requerido José Dodo da Rocha no cargo de prefeito, pelo requerido José Cecílio da Silva Filho no cargo de Presidente da Câmara Municipal, pelo demandados Roberto Cecílio da Silva e Milena Gomes da Rocha no cargo de assessor de gabinete II.

4 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: (...)

3. Somente o requerido Roberto Cecílio da Silva também no ressarcimento integral do dano causado ao erário púbico, consistente na devolução do valor percebido no cargo de assessor de gabinete II, devidamente corrigido, em favor da Prefeitura Municipal de Selvíria.

O e. relator, votou no sentido negar provimento aos recursos, mantendo a decisão como lançada.

Peço vênia para divergir do e. relator quanto às penalidades impostas.

Pois bem. É sabido que a vedação ao nepotismo decorre diretamente dos princípios constitucionais delineados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que resguarda o interesse público na tutela dos bens da coletividade e, justamente por isso, independe de lei formal (ou norma secundária, *e.g.*, súmula) que o proíba.

Neste contexto, a moderna interpretação dada pela Suprema Corte é de que o nepotismo - em qualquer nível de Poder - pode e deve ser glosado quando verificada a existência de indícios de atos que impliquem ofensa aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência com fraude à lei, como no caso em exame.

Por outro lado, tendo em vista a necessidade de dosimetria das penalidades previstas na Lei n.º 8.429/92 entendo que a suspensão dos direitos políticos, somada ao pagamento de multa civil são medidas suficientes e proporcionais ao ato de improbidade ora imputado aos requeridos.

Com efeito, não há prova, sequer alegação, de terem os servidores nomeados em cargo em comissão deixado de exercer seu mister. Embora o ato originário de nomeação desses servidores esteja eivado de nulidade, consoante salientado pelo e. relator, fato é que não se cogita de terem sido nomeados sem que tenham efetivamente prestado serviços à Administração.

No caso em exame, não obstante as contratações irregulares, constou também que Milena Gomes da Rocha e Roberto Cecílio da Silva prestaram serviços na Câmara Municipal de Selvíria e Prefeitura Municipal de Selvíria, respectivamente, não sendo o caso, portanto, de determinação de ressarcimento dos proventos recebidos por Roberto Cecílio da Silva.

No que se refere, especificamente, ao apelante Roberto Cecílio da Silva, ainda que não tenha sido juntado aos autos o comprovante de frequência, não há provas, sequer alegação, de que os serviços não foram efetivamente prestados na Prefeitura Municipal de Selvíria, sendo, assim, legítimo o recebimento da contraprestação laboral, de forma que não entendo razoável a devolução da respectiva quantia que, repiso, foi percebida através de seu labor do apelante.

Em situação similar, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a prestação dos serviços implica ausência de prejuízo ao erário, ainda que seja decretada a nulidade da nomeação e posse dos servidores. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AÇÃO POPULAR. NOMEAÇÃO E POSSE DE SERVIDORES PÚBLICOS DENTRO DO PRAZO DE 180 DIAS ANTES DO TÉRMINO DO MANDATO DO PREFEITO. ANULAÇÃO DECRETADA. ABERTURA DE CRÉDITO SUPLEMENTAR SEM COBERTURA FINANCEIRA CORRESPONDENTE (EXCESSO DE ARRECADAÇÃO INFERIOR AO PREVISTO). FUNCIONÁRIOS QUE EFETIVAMENTE PRESTARAM SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO AFASTADA.

1. Não se conhece de recurso especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência,

por analogia, da Súmula 282/STF. 2. O acórdão recorrido, proferido em ação popular, anulou nomeação e posse de 116 candidatos aprovados em concurso porque os atos foram praticados em período inferior aos 180 dias que antecederam o término do mandato do prefeito (art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal). 3. A instância de origem condenou o ex-prefeito à restituição dos valores correspondentes aos salários dos servidores e ao deficit orçamentário apurado, num total de R$ 1.138.701,31. 4. Quanto à abertura de crédito adicional suplementar sem cobertura financeira correspondente (excesso de arrecadação inferior ao previsto), a Primeira Seção decidiu que não equivale, necessariamente, ao dever de restituir valores, desde que a despesa tenha sido realizada no interesse da população. 5. Em relação aos salários, o Tribunal de Justiça consignou que os servidores concursados trabalharam efetivamente, sendo-lhes devidos, inclusive, os vencimentos e vantagens correspondentes ao período. 6. Em tese, é possível a condenação do administrador ímprobo a restituir as despesas com contratação de servidores que, embora tenham trabalhado, o fizeram por força de ato ilegal e inconstitucional. Com efeito, a contratação de pessoas que não apresentam qualificação compatível com o cargo que ocupam ou que deixam de prestar adequadamente o serviço (o que é comum em casos de nepotismo e clientelismo, p.ex.) causa dano, direto ou indireto, ao Erário. 7. Na hipótese dos autos, contudo, o acórdão recorrido esclarece que os servidores haviam sido aprovados em concurso e efetivamente trabalharam para o Município. Não se constata, portanto, lesão ao patrimônio público. 8. No âmbito da Ação Popular, em que se pleiteia "a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio" público (art. 1º da Lei 4.717/1965), não se pode condenar o réu ao pagamento de ressarcimento ao Erário se não se configurar o dano. 9. Ressalte-se que a responsabilização do agente por suas condutas contrárias ao Direito poderia ser apurada em ação própria (Ação de Improbidade, v.g.), independentemente da configuração do prejuízo ao Erário. 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1090707/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 31/08/2009).

AÇÃO POPULAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO EMERGENCIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO EFETIVO. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. Ação popular proposta em razão da ocorrência de lesão ao erário público decorrente da contratação de empresa para a execução de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, sem observância do procedimento licitatório, circunstância que atenta contra os princípios da Administração Pública, por não se tratar de situação subsumível à regra constante do art. 24, IV da Lei 8.666/93, que versa acerca de contrato emergencial.

2. A ilegalidade que conduz à lesividade presumida admite, quanto a esta, a prova em contrário, reservando-a ao dispositivo, o condão de inverter o onus probandi.

3. Acórdão recorrido calcado na assertiva de que, "se a co-ré prestou regularmente o serviço contratado, e isso restou demonstrado nos autos, não há razão para negar-lhe a contraprestação, até porque não se aduziu exagero no pagamento, sendo vedado à Administração locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros. Ao lado do locupletamento indevido, injusto seria para os co-réus impor-lhes a devolução dos valores despendidos pela Municipalidade por um serviço efetivamente prestado à população e que atendeu ao fim colimado."

4. In casu, restou incontroverso nos autos a ausência de lesividade, posto que os contratados efetivamente prestaram os serviços "emergenciais", circunstância que impede as sanções econômicas preconizadas no presente recurso, pena de ensejar locupletamento ilícito do Município, máxime, por que, não há causa petendi autônoma visando a afronta à moralidade e seus consectários.

5. É cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo em determinadas situações e, a despeito da irregular contratação de servidores públicos, houve a prestação dos serviços, motivo pelo qual não poderia o Poder Público perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. (Resp nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ) 6. No mesmo sentido já decidiu a Primeira Seção desta Corte, em aresto assim ementado: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

3. Embargos de divergência providos." (EREsp 260.821/SP Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 13.02.2006) 7. Ademais, a doutrina mais abalizado sobre o tema aponta, verbis: "O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o quê será carecedor dela.

Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular (STF, Súmula 365). Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração.

O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública.

Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, "a" a "e").

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.

> *Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular." (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança", Malheiros, 28ª Ed., 2005, págs. 132 e 133) 8. Assentando o aresto recorrido que não houve dano e que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, tendo em vista não ter se comprovado que outras empresas do ramo poderiam prestar o mesmo serviço por preço menor, mormente quando se tem notícia nos autos de que a tarifa prevista no contrato tido por ilegal é inferior àquela praticada pela empresa antecessora, o que não foi negado pelo autor, resta insindicável a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07/STJ). 9. Recurso especial do Ministério Público Estadual não conhecido.* (REsp 802.378/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 312).

Outro não é o entendimento deste Sodalício:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - TRANSFORMAÇÃO DE CARGO POR MEIO DE DECRETO – IMPOSSIBILIDADE – ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO DOS SERVIDORES NO CARGO EM COMISSÃO - RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO - PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PELOS SERVIDORES – PREJUÍZO AO ERÁRIO – NÃO COMPROVADO – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. A criação, extinção (salvo vagos) e transformação de cargos na Administração Pública depende da edição de lei, não podendo ser realizada por meio de Decreto, segundo prevê o inciso X do art. 48 da Constituição Federal. O ressarcimento ao erário público previsto no art. 10º da lei de improbidade administrativa depende da prova do prejuízo. Apelação improvida.* (Apelação nº 0037357-21.2011.8.12.0001 - Campo Grande; 2ª Câmara Cível; Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros; j: 17 de novembro de 2016)

Assim, merece reparos a sentença invectivada, em razão da ausência de prova no tocante à falta de prestação do serviço pelo servidor Roberto Cecílio da Silva.

Em razão disso, peço vênia ao eminente relator para dele divergir, apenas no que diz respeito às penalidades impostas, e dar parcial provimento ao recurso interposto por Roberto Cecílio da Silva para afastar o ressarcimento/devolução do valor percebido no cargo de assessor de gabinete II da Prefeitura Municipal de Selvíria.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (2ª vogal)

Acompanho o 1º vogal.

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso de José Dodo da Rocha e outros, nos termos do voto do relator. Por maioria e, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao apelo de José Cecílio e outros, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Assim fica adiada a conclusão de julgamento, em face da necessidade de convocação de novo membro nos termos do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 18/07/2017)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (3º vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º vogal)

Acompanho o 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de José Dodo e outros. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso de Roberto Cecílio da Silva, nos termos do voto 1º vogal, vencido o relator e o 3º vogal, que negavam provimento aos recursos, nos moldes do art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0013720-72.2010.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CRIME DE TORTURA – APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL – POSSIBILIDADE – VALOR FIXADO – PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS FIXADOS DA DATA DA CITAÇÃO – JUROS FIXADOS CORRETAMENTE – CORREÇÃO MONETÁRIA DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO – *REFORMATIO IN PEJUS* – SUCUMBÊNCIA MANTIDA – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS – VEDAÇÃO LEGAL – ART. 128, II, ALÍNEA *"A"*, CF/88 – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER DA PGJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Nilson de Jesus Masias interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível de Dourados que, nos autos da ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público de Mato Grosso do Sul, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando o requerido por ato de improbidade administrativa, ao pagamento de multa civil, equivalente a 10 vezes a sua remuneração líquida auferida à época dos fatos (março/2008), corrigida monetariamente pelo IGPM e acrescida de juros de mora de 1 % ao mês, a partir da citação. Em razão da sucumbência parcial, condenou o requerido ao pagamento de 50 % das custas processuais, ficando sobrestado o pagamento, por ter sido concedido o benefício da justiça gratuita. Sem honorários, na forma do art. 128, II, *"a"*, da CF/88.

Colhe-se dos autos que a ação foi proposta sob alegação de ocorrência de crime de tortura, tendo como supostas vítimas Cleveson José de Melo e Douglas Sivanelli de Melo, em 27/03/2008, infringindo os ditames da Lei n. 8.429/92, lei de improbidade administrativa.

Defende que o caso em questão, trata-se de suposto ilícito onde não houve nenhum proveito patrimonial ou prejuízo aos cofres públicos, devendo ser considerado ainda, que o apelante possui bons antecedentes, sendo assim, o valor fixado a título de multa civil, no equivalente a 10 (dez) vezes a remuneração líquida auferida à época dos fatos (março/2008), se mostra desproporcional.

Diante de tais considerações, pede a redução do valor da multa, bem como seja a mesma fixada sem atualização com correção monetária e juros. Não sendo atendido referido pleito, que sejam, ao menos, aplicados a partir da prolação da sentença. Desta forma, pede o conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 551-562/TJMS.

Parecer às fls. 571-574/TJMS.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Nilson de Jesus Masias interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível de Dourados que, nos autos da ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público de Mato Grosso do Sul, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando o requerido por ato de improbidade administrativa, ao pagamento de multa civil, equivalente a 10 vezes a sua remuneração líquida auferida à época dos fatos (março/2008), corrigida monetariamente pelo IGPM e acrescida de juros de mora de 1 % ao mês, a partir da citação. Em razão da sucumbência parcial, condenou o requerido ao pagamento de 50 % das custas processuais, ficando sobrestado o pagamento, por ter sido concedido o benefício da justiça gratuita. Sem honorários, na forma do art. 128, II, *"a"*, da CF/88.

Admissibilidade recursal

Ressalto, inicialmente, quanto à admissibilidade do recurso, que o mesmo é tempestivo, já que interposto dentro do prazo previsto no art. 1.003, § 5º c/c artigo 219, parágrafo único, ambos do NCPC/2015.

Por outro lado, anoto que o recurso está dispensado do preparo por ser o recorrente beneficiário da justiça gratuita (fls. 528).

Desta forma, com o fundamento no art. 1.012, *caput*, do NCPC, recebo o apelo em seu duplo efeito.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passo a análise do recurso.

Das razões recursais

Colhe-se dos autos que a ação foi proposta sob alegação de ocorrência de crime de tortura, tendo como supostas vítimas Cleveson José de Melo e Douglas Sivanelli de Melo, em 27/03/2008, infringindo os ditames da Lei n. 8.429/92, lei de improbidade administrativa.

Defende que o caso em questão, trata-se de suposto ilícito onde não houve nenhum proveito patrimonial ou prejuízo aos cofres públicos, devendo ser considerado ainda, que o apelante possui bons antecedentes, sendo assim, o valor fixado à título de multa civil, no equivalente a 10 (dez) vezes a remuneração líquida auferida à época dos fatos (março/2008), se mostra desproporcional.

Pois bem.

A Constituição Federal em seu artigo 37, § 4°, prevê que a lei sancionará os atos de improbidade administrativa, enumerando algumas sanções a serem aplicadas para esses casos.

Assim reza o dispositivo constitucional:

> *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: (...)*
>
> *§ 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.*

Para José dos Santos Carvalho Filho[1]:

> *A ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.*

A questão posta em discussão, restringe-se em verificar se o recorrente estaria sendo punido desproporcionalmente, por exercer suas funções de modo arbitrário e ilegal, estando a multa fixada, desproporcional e exagerada.

Conforme assentado na sentença, o apelante foi condenado ao pagamento de multa arbitrada em 10 vezes o valor da sua remuneração à época dos fatos (março/2008).

Destaca-se, inicialmente, que a graduação das penas por improbidade administrativa tem previsão expressa em lei. Para o caso de ofensa aos Princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429/92) as penas são aquelas estabelecidas no art. 12, 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.*

Ao contrário do que assevera o recorrente, o valor da multa, a única sanção aplicada, não revela desproporcionalidade ou falta de razoabilidade, pelo contrário, mostra-se bastante módica.

É que o valor da multa deve levar em consideração fatores como a gravidade do fato, a natureza do cargo, as responsabilidades dos agentes, os reflexos do comportamento perante a sociedade, etc.

A prática de crime de tortura, consubstanciado em agressão física e verbal, por que quem tem por atribuição proteger a sociedade e coibir a pratica de crimes, indica a gravidade dos fatos.

Por outro lado, o montante arbitrado não viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, inexistindo razão que justifique a revisão da pena imposta.

Da correção monetária e juros

No tocante à correção monetária e os juros de mora, pede que o valor da multa, seja fixado sem atualização com correção monetária e juros. Não sendo atendido referido pleito, que sejam, ao menos, aplicados a partir da prolação da sentença.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 23ª Ed. 2012.

Em se tratando de multa civil (penalidade), a correção monetária deve ser fixada de acordo com o determinado no § 2º, do art. 1º da Lei 6.899/81, ou seja, a partir do ajuizamento da ação, vejamos:

> *Art 1º - A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.*
>
> *§ 1º - Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento.*
>
> *§ 2º - Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação.*

No que diz respeito aos juros de mora, estes deverão ser aplicados a partir da citação, como determinado no artigo 240 do NCPC e 405 do CC, destaco:

> *A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda, quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.* (Código de Processo Civil)
>
> *Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.* (Código Civil)

Seguindo a legislação pertinente, conclui-se que a sentença está correta no que diz respeito aos juros de mora, mas deveria ser reformada quanto à correção monetária, contudo, não se tratando do pedido do apelante e, caso seja aplicada a correção correta, causaria prejuízo à parte, considerando a impossibilidade do *reformatio in pejus*, mantenho a sentença na forma em que foi proferida.

Da sucumbência

Mantido o resultado do julgamento, não há que se falar em alteração na distribuição da sucumbência.

Dos honorários recursais

Deixo de fixar honorários recursais, ainda que o recurso tenha sido desprovido, em razão da vedação imposta pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 128, II, alínea *"a"*.

Conclusão

Ante o exposto, sem mais delongas, com o parecer da PGJ, conheço do recurso interposto por Nilson de Jesus Masias, contudo, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1405073-65.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FURTO DE VEÍCULO ESTACIONADO EM *SHOPPING* – DETERMINAÇÃO PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE OUTRO PARA LOCOMOÇÃO DOS AGRAVADOS ATÉ QUE SEJAM REPARADAS AS AVARIAS NO VEÍCULO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR – ART. 300, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 – HONORÁRIOS RECURSAIS – INAPLICABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Evidenciada a probabilidade do direito e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser mantida a decisão que concedeu a tutela de urgência a fim de determinar aos agravantes que disponibilizem outro veículo para locomoção dos agravados em substituição àquele que foi furtado do estacionamento do *shopping*, ao menos até que sejam reparadas as avarias no veículo recuperado.

A condenação em honorários recursais, em sede de agravo de instrumento, está condicionada à condenação prévia em honorários advocatícios pelo magistrado *a quo* em decisão interlocutória, o que não se verifica no caso presente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande Parking Ltda e Consórcio Empreendedor do *Shopping* Campo Grande - FASE 01, interpõem agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Competência Residual de Campo Grande que, nos autos da ação indenizatória contra eles ajuizada por Diego José da Silva e Janaína Batista da Silva, deferiu o pedido de liminar "*para determinar que o requerido forneça um veículo automotor para locomoção dos autores, no prazo de 48 horas da intimação desta decisão, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada a 60 dias, até final julgamento do feito*." (*sic* – f. 127)

Em suas razões pretendem a reforma da decisão agravada afirmando que não estão presentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela de urgência. Mencionam que nada veio aos autos para demonstrar que os agravados ficaram desamparados após o furto do veículo estacionado no pátio do

Shopping. Também, alegam que o perigo da demora não está presente no caso dos autos, "*já que a locomoção da família poderia ter sido realizada por diversos outros meios disponíveis no mercado e que não exigem caução, tais como taxi, uber, etc..., não sendo necessário como fez parecer em sua inicial a locação do veículo por longo período de tempo*." (*sic* – f. 6)

Sustentam, ainda, que a locação de um veículo para disponibilização aos recorridos configura demasiado risco aos agravantes, na medida em que poderão ser responsabilizados por eventuais prejuízos que possam ocorrer durante a sua utilização. Alegam, também, que a liminar deveria se restringir ao período necessário ao conserto do veículo dos agravados e não até o final da demanda.

Pedem a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso a fim de revogar a decisão de concessão da tutela provisória deferida na instância singela. Subsidiariamente, pedem a reforma da decisão agravada *"para que seja facultada a parte ré/agravante o conserto do veículo, a fim de evitar maiores prejuízos com o risco da locação do automóvel até o julgamento do mérito, de modo que o veículo locado deverá permanecer com a parte autora/agravada apenas enquanto o veículo estiver impossibilitado de circular, mediante comprovação da agravada de mais dois orçamentos com o respectivo tempo necessário para os reparos."* (*sic* – f. 14)

Às f. 136/141 indeferi a concessão de efeito suspensivo ao recurso e determinei a intimação dos agravados para apresentação de contraminuta.

Regularmente intimados, os recorridos apresentaram contraminuta pugnando pelo desprovimento do recurso e, bem assim, pela condenação dos agravantes ao pagamento das *"custas recursais e sucumbência nos termos do art. 85, § 1 do CPC"* (*sic* - f. 145).

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Campo Grande Parking Ltda e Consórcio Empreendedor do *Shopping* Campo Grande - FASE 01, contra decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Competência Residual de Campo Grande que, nos autos da ação indenizatória contra eles ajuizada por Diego José da Silva e Janaína Batista da Silva, deferiu o pedido de liminar "*para determinar que o requerido forneça um veículo automotor para locomoção dos autores, no prazo de 48 horas da intimação desta decisão, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais), limitada à 60 dias, até final julgamento do feito*." (*sic* – f. 127)

Em suas razões pretendem a reforma da decisão agravada afirmando que não estão presentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela de urgência. Mencionam que nada veio aos autos para demonstrar que os agravados ficaram desamparados após o furto do veículo estacionado no pátio do *Shopping*. Também, alegam que o perigo da demora não está presente no caso dos autos, "*já que a locomoção da família poderia ter sido realizada por diversos outros meios disponíveis no mercado e que não exigem caução, tais como taxi, uber, etc..., não sendo necessário como fez parecer em sua inicial a locação do veículo por longo período de tempo*." (*sic* – f. 6)

Sustentam, ainda, que a locação de um veículo para disponibilização aos recorridos configura demasiado risco aos agravantes, na medida em que poderão ser responsabilizados por eventuais prejuízos que possam ocorrer durante a sua utilização. Alegam, também, que a liminar deveria se restringir ao período necessário ao conserto do veículo dos agravados e não até o final da demanda.

Destaco, inicialmente, que a decisão a ser tomada aqui se restringe à questão posta em discussão, qual seja, a tutela de urgência; não importando, assim, um aprofundamento no mérito da ação, que merecerá ainda deslinde na instância singular.

Da liminar objeto do recurso

Inicialmente, com relação à tutela de urgência objeto do presente recurso, cabe ressaltar que o artigo 300 do CPC/2015 estabelece o seguinte:

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Segundo lecionam Luis Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, "*a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória*" (Código de Processo Civil Comentado. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 382) – destacado.

Por sua vez, a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória é aquela que compromete a realização imediata ou futura do direito.

Pois bem. Não obstante os laboriosos fundamentos de fato e de direito expendidos pelas agravantes, a meu ver, no caso em análise, à luz de uma cognição sumária, como obriga o exame de medidas liminares, verifico estar parcialmente correta a decisão proferida em primeiro grau que deferiu o pedido de liminar.

De fato, apesar de afirmarem que o deferimento da liminar desequilibra "*a estrutura econômica das partes, viabilizando profundos e imensuráveis danos a parte agravante*" (sic – f. 11), não há qualquer prova nos autos nesse sentido. Na verdade, inexistem elementos para convencer que a decisão objurgada é susceptível de causar às recorrentes, dano grave, de difícil ou impossível reparação, conforme sustentam os recorrentes.

Por outro lado, o perigo de dano alegado na exordial está evidenciado no caso presente, já que como bem destacou a magistrada de piso, a agravada Janaína Batista da Silva deu à luz recentemente, sendo imprescindível que esteja com um veículo à sua disposição, já que pode necessitar de atendimento médico com certa urgência, "*mormente quando os autores já possuíam um veículo, ficando estes prejudicados por uma falha no sistema de segurança do estabelecimento requerido*" (sic – f. 70).

Quanto à probabilidade do direito, verifico que os agravados acostaram ao feito de origem documentos que, em princípio, comprovam estar o veículo estacionado no pátio do *Shopping* Campo Grande quando do furto que descrevem, sendo das recorrentes, em tais circunstâncias, a responsabilidade pelos prejuízos causados.

Por outro lado, segundo se infere dos elementos de prova até o momento acostados ao feito de origem, também restou demonstrado que as recorrentes tiveram ciência do fato ocorrido em seu estacionamento e mantiveram-se inertes (f. 93/94).

É importante destacar, ademais, que em nenhum momento a decisão recorrida determinou aos agravantes que efetuassem a locação de um veículo, mas sim que disponibilizassem um veículo, locado ou não, aos recorridos, sendo até incompreensível a insurgência recursal com base em tal fundamentação.

Portanto, dadas as circunstâncias específicas do caso presente, me parece razoável que o juízo *a quo,* pela prova acostada aos autos, tenha concedido a tutela de urgência.

Por outro lado, cabe frisar que a alegação de que seria inviável ou demasiadamente oneroso o cumprimento da decisão hostilizada restou desmentida pela própria entrega do veículo aos agravados, conforme se vê do recibo juntado às f. 75.

Por fim, quanto ao pedido subsidiário "*para que seja facultada a parte ré/agravante o conserto do veículo, a fim de evitar maiores prejuízos com o risco da locação do automóvel até o julgamento do mérito, de modo que o veículo locado deverá permanecer com a parte autora/agravada apenas enquanto o veículo estiver impossibilitado de circular, mediante comprovação da agravada de mais dois orçamentos com o respectivo tempo necessário para os reparos"* (*sic* – f. 14), assiste parcial razão aos agravantes.

De fato, tendo sido recuperado o veículo objeto do furto, é razoável a pretensão dos agravantes de consertá-lo a fim de evitar maiores prejuízos com a disponibilização de um outro automóvel aos agravados até o julgamento do mérito.

Descabe, no entanto, impor aos agravados a obrigação de apresentar dois outros orçamentos com o respectivo tempo necessário para os reparos. Com efeito, o autor instruiu a inicial com o orçamento dos reparos que afirma serem necessários para que seu veículo retorne ao *status quo ante* (f. 121/122), sendo certo que o conteúdo de tal documento não foi impugnado pelos agravantes.

Assim sendo, considerando não ter havido qualquer impugnação ao orçamento já acostado aos autos, a meu sentir, é desnecessário impor aos agravados, apenas para os fins da liminar, tal ônus.

Conclui-se, portanto, sem maiores delongas, que o recurso merece ser apenas parcialmente provido a fim de facultar aos agravantes que procedam ao conserto do veículo dos agravados, nos exatos termos do orçamento não impugnado de f. 121/122, devendo a determinação de disponibilização de outro veículo permanecer até a efetiva devolução do bem devidamente reparado.

Dos honorários recursais

Por fim, cabe registrar que em sua contraminuta, os agravados pretendem seja a parte contrária condenada ao pagamento de verba honorária.

Sobre a questão, o art. 85, § § 1º e 11, do CPC, preconiza que:

> *Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*
>
> *(...)*
>
> *§ 11. O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos § § 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos § § 2º e 3º para a fase de conhecimento.*

Da disposição supra é possível inferir que a condenação em honorários recursais, em sede de agravo de instrumento, está condicionada à condenação prévia em honorários advocatícios pelo magistrado *a quo* em decisão interlocutória, o que não se verifica no caso presente.

Conclui-se, portanto, sem maiores delongas, que descabe a fixação da verba honorária recursal neste feito.

Os arestos abaixo, inclusive em processos julgados por esta Egrégia 5ª Câmara Cível, corroboram esse entendimento nos seguintes termos:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO AFASTADA QUESTÃO JÁ DECIDIDA POR ESTA CÂMARA EM OUTRO RECURSO DE IGUAL NATUREZA MÉRITO JUROS DE MORA TÍTULO EXECUTIVO OBTIDO ATRAVÉS DE AÇÃO COLETIVA FUNDADA EM RELAÇÃO CONTRATUAL FLUÊNCIA QUE SE INICIA DA CITAÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TEMA PACIFICADO PELO STJ ATRAVÉS DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA FASE RECURSAL DESCABIMENTO NA HIPÓTESE ARBITRAMENTO CONDICIONADO À INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE FIXOU A VERBA NO JUÍZO A QUO RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (...) III Descabe falar em arbitramento de honorários advocatícios em grau recursal quando não se recorre de decisão do juízo a quo que previamente fixou a verba, o que torna impertinente a pretensão formulada pela parte agravada em sua contraminuta, pois dissonante das normas vigentes no ordenamento jurídico.* (TJMS - Agravo de Instrumento nº 1409918-77.2016.8.12.0000 - Campo Grande. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. 5ª C. Cível. 18.10.2016)

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COLETIVA – RETRIBUIÇÃO DE AÇÕES – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – AFASTADA – DOCUMENTO APÓCRIFO E UNILATERAL – DECLARAÇÃO DO BANCO SEM RECEBIMENTO DO CREDOR – SEM VALOR PROBATÓRIO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NÃO CABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 4. Não cabem honorários no agravo de instrumento, exceto quando este implicar em extinção do processo ou incidente de origem. A previsão inserta no art. 85, § 1º, do NCPC, deve ser lida em consonância com o caput, de modo que serão devidos honorários em recursos interpostos após a sentença, porque inaugurada uma nova fase processual.* (TJMS - Agravo de Instrumento nº 1403839-82.2016.8.12.0000; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; 07/06/2016)

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS REQUERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA DOCUMENTOSCOMPROBATÓRIOS DA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA CONCESSÃO HONORÁRIOS RECURSAIS EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPOSSIBILIDADE RECURSO PROVIDO. Verificado que os documentos juntados aos autos demonstram a alegada hipossuficiência, impõe-se o provimento do recurso, a fim de que sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita à parte agravante. Conforme entendimento doutrinário, não cabe a fixação de honorários advocatícios em sede de agravo de instrumento, mas tão somente naqueles feitos em que for admissível a condenação em honorários de sucumbência na primeira instância, o que não é o caso dos autos.* (TJMS - Agravo de Instrumento nº 1408741-78.2016.8.12.0000 - Bandeirantes. Rel. Des. Eduardo Machado Rocha. 3ª C. Cível. 18.10.2016)

Conclusão

Ante as razões delineadas, conheço do recurso interposto por Campo Grande *Parking* Ltda e Consórcio Empreendedor do *Shopping* Campo Grande - FASE 01 e dou-lhe parcial provimento para modificar a decisão agravada a fim de facultar aos agravantes que procedam ao conserto do veículo dos agravados, nos exatos termos do orçamento não impugnado de f. 121/122, devendo a determinação de disponibilização de outro veículo permanecer até a efetiva devolução do bem devidamente reparado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade n. 1406205-60.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA A DOAÇÃO DE LOTES PÚBLICOS DE FORMA DISCRICIONÁRIA – INDÍCIOS DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – PEDIDO CAUTELAR DE MEDIDA LIMINAR PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA LEI – PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO – DEFERIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, conceder a medida cautelar, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Prefeito Municipal de Anaurilândia propôs ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar em face da Câmara Municipal de Anaurilância buscando a declaração de inconstitucionalidade material da Lei Municipal n.º 666, de 16.12.2016.

Sustentou que a norma municipal foi sancionada ao *"apagar das luzes"* da gestão anterior, autorizando o Poder Executivo a doar lotes públicos a beneficiários privados, sem qualquer critério objetivo, dispensando a avaliação prévia e licitação.

Justificou que a autorização de doação de lotes públicos violou os princípios da moralidade e da impessoalidade contidos no artigo 25, da Constituição Estadual.

Asseverou que *"embora o artigo 2º da Lei prescreva que os lotes seriam destinados a beneficiários que preenchessem o perfil de baixa renda para integrar a agricultura familiar, não há notícias de que tenha sido realizado qualquer processo de seleção pública para a composição da lista de beneficiários constantes do anexo da Lei e também não foi realizado qualquer procedimento para verificar se aqueles donatários realmente era de baixa renda"* (f. 09).

Enfatizou que a lei ainda autoriza o parcelamento irregular do solo, em completa afronta à legislação cogente, utilizando-se indevidamente do instituto jurídico do condomínio.

Finalizou pedindo a concessão da medida cautelar, *inaudita altera pars*, suspendendo a eficácia da Lei Municipal n.º 666/2016, uma vez que estão demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora,* com ulterior procedência quanto ao mérito.

Recebida a inicial entendi não ser o caso de excepcional urgência que autorizasse a concessão da liminar sem prévia oitiva do requerido, determinando sua intimação e encaminhamento dos autos à PGJ.

Manifestação do réu às fls. 41/45.

Parecer da PGJ às fls. 57/63, opinando pelo deferimento do pedido cautelar.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Prefeito Municipal de Anaurilândia propôs ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar em face da Câmara Municipal de Anaurilância buscando a declaração de inconstitucionalidade material da Lei Municipal n.º 666, de 16.12.2016.

O ajuizamento da ação direita de inconstitucionalidade tem previsão no artigo 102 da Constituição Federal, bem como nos artigos 123 e 124 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Vejamos o que consta dos referidos dispositivos.

> *Constituição Federal:*
>
> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
>
> *I - processar e julgar, originariamente:*
>
> *a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*
>
> *Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul:*
>
> *Art. 123. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestado em face desta Constituição:*
>
> *(...)*
>
> *II - prefeito e a Mesa da respectiva Câmara Municipal, se se tratar de lei ou ato normativo municipal;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 124. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, incidentalmente ou como objeto de ação direta.*

Ainda, não menos importante, o Regimento Interno deste Tribunal, em seu artigo 127, I, *"j"* prevê que compete ao Órgão Especial, por delegação do Tribunal Pleno, processar e julgar originariamente as representações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público estadual ou municipal.

Feitas tais considerações, passo à análise do pedido de liminar constante da inicial.

Conforme já relatado, a presente demanda foi ajuizada pelo Prefeito de Anaurilândia visando a declaração de inconstitucionalidade material da Lei Municipal nº 666/2016 a qual autoriza o Poder Executivo do Município de Anaurilândia a doar, com encargo e cláusula de reversão, terreno público, e

dá outras providências, fundamentando haver violação aos princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade, previstos no artigo 25 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Para que a medida cautelar seja concedida na ação declaratória de inconstitucionalidade, faz-se necessária a presença de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris e o periculum in mora.*

Ainda, com relação à concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina pátria entende ser medida extrema, pois há presunção *juris tantum* da constitucionalidade da legislação, conforme esclarece Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional, 24.ª edição, p. 747:

> *O art. 102, I, p, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, 'segundo axioma incontroverso, a lei se presume inconstitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário.*

No caso dos autos, conforme já relatado, o requerente afirmou que a Lei Municipal n° 666/2016 do Município de Anaurilândia é inconstitucional, pois afronta os princípios da moralidade administrativa, legalidade e impessoalidade.

Pois bem, após estudar o feito, tenho que efetivamente estão presentes os requisitos para concessão da liminar, quais seja: o *fumus boni iuris*, caraterizado por aparente violação aos princípios comezinhos da administração pública, constantes do artigo 25 da Constituição deste Estado e 37 da CF (impessoalidade e moralidade), eis que autorizou a doação dos terrenos públicos com dispensa de avaliação e licitação, sob o argumento de atendimento do interesse público (população de baixa renda e desenvolvimento da agricultura familiar), sem que fosse realizada qualquer seleção, cadastramento ou verificação de preenchimento dos parâmetros legais pelos beneficiários, sendo de total discricionariedade da administração pública municipal, em completa inobservância à Lei 8.666/1993, sob a qual deveria ser fundamentada a dispensa de licitação.

Quanto ao requisito do *periculum in mora* para o deferimento da medida, este igualmente está suficientemente demonstrado, eis que permitindo a vigência da Lei, poderão se concretizar disposições dos terrenos públicos, o que poderá acarretar em realização de benfeitorias ou obras pelos beneficiários dos lotes doados, o que, em eventual procedência desta demanda, causaria prejuízos imensuráveis ao erário em caso de necessidade de ressarcimento aos cidadãos.

Dessa forma, considerando que a cautelar se refere à medida extrema, somando-se ao fato de restarem comprovados os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, a cautelar deve ser deferida.

Conclusão.

Posto isso, defiro o pedido de concessão da medida cautelar pleiteada, para suspender imediatamente a eficácia da Lei Municipal nº 666/2016, de dezembro de 2016, do município de Anaurilândia – MS, até o julgamento do mérito da presente demanda.

À Secretaria para a devida intimação Câmara Municipal de Anaurilândia para que preste informações.

Em seguida, dê-se vista ao Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, concederam a medida cautelar, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Remessa Necessária n. 0828848-92.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR REJEITADA – MÉRITO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO APROVADO QUE SABIDAMENTE NÃO ESTARIA NA POSSE DA CARTEIRA DE IDENTIDADE (RG) NA DATA ASSINALADA PARA ENTREGA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO PROVIMENTO DO CARGO – PRETENSÃO DE ENTREGA DE DOCUMENTO ALTERNATIVO INDEFERIDA PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA – NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA SEGURANÇA PARA RESGUARDAR DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE – IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DECORRENTE DO EXTRAVIO DO DOCUMENTO – SITUAÇÃO QUE ENSEJOU O REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA (BO) – SEGUNDA VIA DO DOCUMENTO QUE NÃO FICARIA PRONTA EM TEMPO PARA APRESENTAÇÃO À COMISSÃO DE CONCURSO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE QUE A NACIONALIDADE DO CANDIDATO DEVERIA SER COMPROVADA EXCLUSIVAMENTE ATRAVÉS DA CARTEIRA DE IDENTIDADE (RG) – APRESENTAÇÃO MOMENTÂNEA DE DOCUMENTO ALTERNATIVO AMPLAMENTE JUSTIFICADA – NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA QUE FERE OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – REMESSA A QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Descabe falar em perda superveniente do interesse de agir quando a comprovação da nacionalidade do impetrante via apresentação da carteira nacional de habilitação (CNH) em substituição à carteira de identidade (RG) somente foi possível por força de liminar, o que significa dizer que houve a necessidade de ratificação da providência através do regular trâmite processual.

Adequada a concessão da segurança para resguardar direito líquido e certo do impetrante de, na data assinalada para entrega dos documentos necessários ao provimento do cargo de professor, mediante aprovação em concurso público, apresentar documento de identificação alternativo à carteira de identidade (RG). Isto porque a necessidade de tal proceder foi amplamente justificada nos autos, tendo em vista o extravio do referido documento, situação esta que, inclusive, ensejou o registro de boletim de ocorrência, bem como o fato da segunda via não ficar pronta em tempo para a apresentação à comissão de concurso. Ademais, no edital do certame não há previsão de que a nacionalidade do candidato deveria ser comprovada exclusivamente através da carteira de identidade (RG), o que implica dizer que a negativa da autoridade coatora revela-se afrontosa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Submete-se à remessa necessária a sentença (f. 107-110) proferida no mandado de segurança impetrado por Leonardo Arruda Calixto contra ato imputado ao prefeito municipal de Campo Grande, com trâmite na 4ª Vara de Fazenda Pública e de registros públicos desta Capital.

O *mandamus* foi ajuizado em razão do impetrante ter prestado concurso público para professor do quadro permanente da Prefeitura Municipal de Campo Grande – SEMED/2016, sendo aprovado na 8ª colocação.

Contudo, na data assinalada para orientação e entrega dos documentos comprobatórios para provimento do cargo, o impetrante sabidamente não estaria na posse de seu documento oficial de identidade (RG), tendo em vista seu extravio, conforme demonstrado através de cópia do boletim de ocorrência (BO).

A emissão da segunda via do documento foi solicitada perante a Secretaria de Segurança Pública, através de agendamento eletrônico e recolhimento da taxa correspondente, no valor de R$ 95,96 (noventa e cinco reais e noventa e seis centavos); porém, o atendimento para este fim foi designado para o dia 25 de julho de 2016, às 17h:25min, enquanto a apresentação dos documentos para fins de provimento do cargo foi marcada para o dia 26 de julho de 2016, às 07:00 horas.

Diante desta realidade, o impetrante solicitou à comissão do concurso a apresentação de documento alternativo no dia da convocação, mais precisamente a carteira nacional de habilitação (CNH), o que lhe foi indeferido, sob o fundamento de que a carteira de identidade teria como finalidade a comprovação de sua nacionalidade.

Assim, para assegurar seu direito líquido e certo à nomeação e posse, mediante a apresentação de documento alternativo, o mandado de segurança foi impetrado, visando concessão de segurança para este fim, inclusive em sede de liminar, que foi concedida em favor do impetrante (f. 46-49).

A sentença rejeitou a preliminar de perda superveniente do interesse de agir levantada pelo ente público, já que a substituição da carteira de identidade (RG) pela carteira nacional de habilitação (CNH), para comprovação da nacionalidade do impetrante, somente foi possível pela concessão de liminar.

No mérito, a segurança foi concedida, com ratificação da liminar concedida, em especial como decorrência do edital do concurso não prever especificamente que a comprovação da nacionalidade do aprovado deveria ocorrer exclusivamente através da carteira de identidade (RG), bem como pela desclassificação do candidato em função da ausência momentânea e justificada de um único documento consistir em posicionamento que colide com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 132-135) pelo desprovimento da remessa necessária.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (relator)

Submete-se a remessa necessária a sentença (f. 107-110) proferida no mandado de segurança impetrado por Leonardo Arruda Calixto contra ato imputado ao prefeito municipal de Campo Grande, com trâmite na 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital.

O *mandamus* foi ajuizado em razão do impetrante ter prestado concurso público para professor do quadro permanente da Prefeitura Municipal de Campo Grande – SEMED/2016, sendo aprovado na 8ª colocação.

Contudo, na data assinalada para orientação e entrega dos documentos comprobatórios para provimento do cargo, o impetrante sabidamente não estaria na posse de seu documento oficial de identidade (RG), tendo em vista seu extravio, conforme demonstrado através de cópia do boletim de ocorrência (BO).

A emissão da segunda via do documento foi solicitada perante a Secretaria de Segurança Pública, através de agendamento eletrônico e recolhimento da taxa correspondente, no valor de R$ 95,96 (noventa e cinco reais e noventa e seis centavos); porém, o atendimento para este fim foi designado para o dia 25 de julho de 2016, às 17h:25min, enquanto a apresentação dos documentos para fins de provimento do cargo foi marcada para o dia 26 de julho de 2016, às 07:00 horas.

Diante desta realidade, o impetrante solicitou à comissão do concurso a apresentação de documento alternativo no dia da convocação, mais precisamente a carteira nacional de habilitação (CNH), o que lhe foi indeferido, sob o fundamento de que a carteira de identidade teria como finalidade a comprovação de sua nacionalidade.

Assim, para assegurar seu direito líquido e certo à nomeação e posse, mediante a apresentação de documento alternativo, o mandado de segurança foi impetrado, visando concessão de segurança para este fim, inclusive em sede de liminar, que foi concedida em favor do impetrante (f. 46-49).

A sentença rejeitou a preliminar de perda superveniente do interesse de agir levantada pelo ente público, já que a substituição da carteira de identidade (RG) pela carteira nacional de habilitação (CNH), para comprovação da nacionalidade do impetrante, somente foi possível pela concessão de liminar.

No mérito, a segurança foi concedida, com ratificação da liminar concedida, em especial como decorrência do edital do concurso não prever especificamente que a comprovação da nacionalidade do aprovado deveria ocorrer exclusivamente através da carteira de identidade (RG), bem como pela desclassificação do candidato em função da ausência momentânea e justificada de um único documento consistir em posicionamento que colide com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 132-135) pelo desprovimento da remessa necessária.

Da preliminar de perda superveniente do interesse de agir

Arguiu a autoridade apontada como coatora, preliminarmente, a perda superveniente do interesse de agir, ao argumento de que a comprovação da nacionalidade do impetrante se efetivou via apresentação da carteira nacional de habilitação (CNH) em substituição à carteira de identidade (RG), sendo consequentemente nomeado para o concurso público.

Sem razão.

Isto porque tal substituição foi viabilizada tão somente por força da liminar, não se tratando de postura voluntária do impetrado, tampouco de reconhecimento do pedido, o que significa dizer que houve a necessidade de ratificação da providência através do regular trâmite processual.

Logo, rejeito a preliminar de perda superveniente do interesse de agir.

Mérito

Adequada a concessão da segurança realizada pelo juízo *a quo*, ratificando a liminar previamente concedida em favor do impetrante, para resguardar direito líquido e certo que de fato lhe assiste. Explico.

O impetrante, na datada assinalada para entrega dos documentos necessários ao provimento do cargo de professor, mediante aprovação em concurso público, deveria apresentar, dentre outros documentos, sua carteira de identidade (RG).

No entanto, tal apresentação não lhe seria possível, tendo em vista o extravio do referido documento, situação esta que, inclusive, ensejou o registro de boletim de ocorrência, lavrado em 15 de julho de 2016, através do qual o impetrante comunicou à autoridade policial que extraviou seu RG em via pública (f. 23).

Como decorrência da situação, o impetrante solicitou a expedição de segunda via da carteira de identidade, com atendimento para tanto designado para o dia 25 de julho de 2016, às 17h:25min, informações estas obtidas através da impressão do protocolo de agendamento constante de f. 24.

Não bastasse tal demonstração, de f. 25 dos consta documento que comprova ter o impetrante, em 19 de julho de 2016, realizado o pagamento da taxa de R$ 95,96 (noventa e cinco reais e noventa e seis centavos), necessária para a expedição da segunda via da carteira de identidade (RG).

De f. 27-28 consta requerimento formulado pelo impetrante, dirigido à presidente da comissão do concurso público de provas e títulos para cargos de professor do quadro permanente da Prefeitura Municipal de Campo Grande, através do qual toda a situação foi explicada, com solicitação de apresentação de documento alternativo, já que a apresentação dos documentos para fins de provimento do cargo foi marcada para o dia 26 de julho de 2016, às 07:00 horas.

Contudo, a solicitação do impetrante foi indeferida (f. 32), valendo-se a autoridade apontada como coatora da seguinte motivação:

> *(...) para a posse em concurso público, o candidato tem que preencher vários requisitos, entre eles, ter nacionalidade brasileira ou ser naturalizado na forma da lei. Portanto, esclarecemos que a exigência do RG é para comprovação do requisito supracitado, visto que tal documento é emitido para cidadãos nascidos e registrados no Brasil e para nascidos no exterior, que sejam filhos de brasileiros. Serve para confirmar a identidade da pessoa. Já a carteira nacional de habilitação (CNH) atesta que o cidadão brasileiro está apto a conduzir veículos. Requerimento indeferido.*

A simples leitura da justificativa apresentada para o indeferimento do requerimento demonstra a afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista que a impossibilidade momentânea de apresentação da carteira de identidade (RG) foi amplamente justificada pelo candidato, não se revelando admissível sua desclassificação com base na situação.

Ademais, no edital do concurso (f. 40-45) não há previsão de que a nacionalidade do candidato deveria ser comprovada exclusivamente através da carteira de identidade (RG), o que corrobora o entendimento de que efetivamente se está diante de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, revelando-se, assim, adequada a sentença que concedeu a segurança em seu favor.

Posto isso, com o parecer, conheço da remessa necessária e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n.º 0837852-90.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FURTO EM EVENTO ARTÍSTICO – ACESSO DE MELIANTES PELAS CERCAS DE DIVISA – SERVIÇO DE SEGURANÇA INADEQUADO – DANO MATERIAL DEVIDO – DANO MORAL NÃO PERTINENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A responsabilidade do prestador de serviço na relação de consumo é objetiva. Demonstrado pelo consumidor o acesso de meliantes em evento artístico em razão da negligência da segurança, que deixou desguarnecida as cercas de divisa, indubitável o dever de indenizar materialmente o consumidor pelo furto de aparelho celular.

Não existindo no relato dos fatos constitutivos do direito da autora qualquer situação lesiva no seu âmago, impertinente os danos morais, já que irrefutável tratar-se de situação causadora de aborrecimento, sem, contudo, trazer em si ofensa ao direito de personalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tayani Azevedo Silva Mafra apela da sentença que julgou improcedente a pretensão de ser ressarcida material e moralmente pelo furto de seu aparelho celular *Iphone 6* nas dependências do estacionamento do *"Shopping* Bosque dos Ypês*"*, durante evento musical, formulada em ação de indenização ajuizada em desfavor das empresas Calila Administração e Comércio S/A, Santo Show Produções e Eventos Ltda, Tic Mix Brasil Ltda – Vila Mix Festival e Grupo TLS - Sevitel Segurança e Vigilância Três Lagoas Ltda – ME.

Diz ter adentrado no local do evento no dia 25.08.2015, na área denominada Villa Prime, e por volta das 23 horas percebeu o furto do celular que se encontrava (...) no bolso direito da frente da calça jeans do namorado da requerente, sendo certo que o furto ocorreu devido à falta de segurança presente dentro do Camarote do local do evento, sendo o motivo determinante para ação de marginais ali presentes (f. 173).

Consciente do furto, buscou a portaria do evento e relatou o ocorrido aos seguranças, os quais (...) ficaram inertes e apenas falaram que não poderiam fazer nada para coibir os furtos ocorridos no interior das dependências do *show* (f. 174).

Indica a ocorrência dos furtos, mais de 400 vítimas segundo noticiado na mídia, devido falha da segurança no local, limitada a portaria, embora mais de 15.000 pessoas estavam presentes no evento.

Reporta-se ao prejuízo material, aparelho de celular, e moral advindos da frustração (...) na prestação dos serviços pelos requeridos, passando por violência dentro das dependências das 1º, 2º e 3º requeridas, sofrendo abalos psicológicos e situação de perigo configurando o dano moral (f. 175).

Menciona a responsabilidade das apeladas por ser evidente a negligência em realizar evento com número de segurança insuficiente para o número de pessoas que adquiriram ingresso tanto que os casos de furtos foram vários.

Prequestiona inc. V e X do art. 5º da Constituição Federal, arts. 159 e 186 do Código Civil e inc. VI do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, Súmula 130 STJ.

Requer reforma da sentença e a condenação das apeladas nas indenizações postuladas na inicial: danos materiais de R$ 3.499,00 e morais a serem fixados pelo juízo.

Contrarrazões da apelada TicMix Brasil Ltda (f. 183-201); Calila Administração e Comércio Ltda (f. 243-249); Sevitel Segurança e Vigilância Três Lagoas Ltda (f. 250-260).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Tayani Azevedo Silva Mafra apela da sentença que julgou improcedente sua pretensão de ser ressarcida material e moralmente pelo furto de seu aparelho celular *Iphone 6* nas dependências do estacionamento do *"Shopping* Bosque dos Ypês*"*, durante evento musical, feita na ação de indenização ajuizada contra as empresas Calila Administração e Comércio S/A, Santo Show Produções e Eventos Ltda, Tic Mix Brasil Ltda - Vila Mix Festival e Grupo TLS - Sevitel Segurança e Vigilância Três Lagoas Ltda - ME.

Diz ter adentrado no local do evento no dia 25.08.2015, na área denominada Villa Prime, e por volta das 23 horas percebeu o furto do celular que se encontrava (...) no bolso direito da frente da calça jeans do namorado da requerente, sendo certo que o furto ocorreu devido à falta de segurança presente dentro do Camarote do local do evento, sendo o motivo determinante para ação de marginais ali presentes (f. 173).

Consciente do furto, buscou a portaria do evento e relatou o ocorrido aos seguranças, os quais (...) ficaram inertes e apenas falaram que não poderiam fazer nada para coibir os furtos ocorridos no interior das dependências do *show* (f. 174).

Indica a ocorrência de vários furtos no local, mais de 400 vítimas segundo noticiado na mídia, devido a falha da segurança do evento, limitada a portaria, embora mais de 15.000 pessoas estivessem presentes.

Reporta-se ao prejuízo material, aparelho celular, e moral advindos da frustração *"... na prestação dos serviços pelos requeridos, passando por violência dentro das dependências das 1º, 2º e 3º requeridas, sofrendo abalos psicológicos e situação de perigo configurando o dano moral"* (f. 175).

Menciona a responsabilidade das apeladas por ser evidente a negligência em realizar evento com número de segurança insuficiente para o número de pessoas que adquiriram ingresso, tanto que os casos de furtos foram vários.

Prequestiona o inc. V e X do art. 5º da Constituição Federal, arts. 159 e 186 do Código Civil e inc. VI do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, Súmula 130 STJ.

Requer a reforma da sentença e a condenação das apeladas nas indenizações postuladas na inicial: danos materiais de R$ 3.499,00 e morais a serem fixados pelo juízo *ad quem*.

A sentença impugnada neste apelo está assim fundamentada:

> *(...) Trata-se de ação indenização por danos materiais e morais em que alega o Requerente que teve seu celular furtado em evento organizado pelas Requeridas Santo Show Produções e Eventos Ltda - ME e Tic Mix Brasil Ltda - Vila Mix Festival "Shopping Bosque dos Ipês", realizada nas dependências da Requerida Calila Administração e Comércio S/A, sob vigilância da Requerida Grupo TLS - Sevitel Segurança e Vigilância Três Lagoas Ltda – ME.*
>
> *Quanto ao mérito da demanda, em que pese a revelia das Requeridas Santo Show Produções e Eventos Ltda - ME e Tic Mix Brasil Ltda - Vila Mix Festival "Shopping Bosque dos Ipês", tal fato só faz presumir-se verdadeiros os fatos narrados na inicial, o que não leva diretamente à procedência dos pedidos.*
>
> *Ainda que os prestadores de serviço respondam objetivamente pelos serviços prestados, tal responsabilidade não segue o regime do risco integral. Assim, não são eles legalmente obrigados a reparar todo e qualquer prejuízo sofrido por seus clientes, mas tão somente aqueles danos derivados de alguma falha a eles faticamente imputável, ainda que não necessariamente culposa.*
>
> *No caso de objetos pessoais de pequeno porte, como carteiras, celulares e bolsas, incumbe ao próprio proprietário zelar pelos mesmos, pois não há como se exigir que um genérico dever de proteção e segurança daqueles que realizam shows e eventos de porte grande.*
>
> *Tais eventos, como é de conhecimento de todos, atraem não só as pessoas interessadas nos shows, mas também pessoas que se aproveitam de tal situação para praticar furtos propiciados pela ocasião.*
>
> *Inexiste, em tais circunstâncias, uma expectativa de segurança por parte dos frequentadores, no sentido de que todos os seus pertences pessoais estarão seguros em tais ambientes. Incumbe a eles, também, o ônus de zelar por seus pertences.*
>
> *Assentado isso, no caso dos autos verifica-se que o fato, por si próprio, não caracteriza o dever de indenizar por parte das empresas Requeridas. Explico.*
>
> *Mesmo em se tratando de relação de consumo, o serviço prestado pelas Requeridas não abarca a proteção dos bens pessoais de seus clientes enquanto estes estiverem na guarda dos mesmos.*
>
> *Isto porque as Requeridas não tem o dever de segurança para com os objetos de valor de seus clientes, os quais não tiveram a guarda transferida mediante o depósito a uma das Requeridas.*
>
> *O aparelho celular, ainda segundo alegação da Requerente, encontrava-se dentro do bolso da frente da sua calça, junto a seu corpo, conforme narra na inicial, de modo que o furto se deu por seu descuido, o que exclui a responsabilidade das Requeridas, nos termos do art. 14, § 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.*

> *Vale ressaltar que ao que tudo indica, a subtração do celular da Requerente foi feita por terceira pessoa (ato de terceiro), sem que se tenha indicado qualquer falha das Requeridas que tenha facilitado a ocorrência do furto.*
>
> *Sendo assim, não ficando demonstrado qualquer tipo de falha na prestação de serviços por parte das Requeridas capaz de gerar a indenização por danos materiais e morais, outra saída não há se não a improcedência dos pedidos iniciais.*
>
> *DISPOSITIVO*
>
> *Ante o exposto, e pelo mais que nos autos constam, nos ermos do art. 487, I, do Código de Processo Civil/2015, resolvo o mérito da lide e julgo improcedente o pedido inicial. (f. 166-168).*

A apelante alicerça o pleito no inciso VI do art. 6º do CDC, que dispõe ser direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Trata-se, na espécie, de responsabilidade objetiva pautada no fato do serviço, cuja situação envolve a segurança e saúde do consumidor.

Veja-se o fato relatado pela apelante na inicial

> *(...) A requerente adquiriu o ingresso para o evento pagando para tanto o valor de R$ 170,00 (cento e setenta reais), na área VIP (camarote), em dinheiro, em uma lanchonete (Gugu Lanches) conhecida como principal ponto para venda de ingressos em Campo Grande - MS.*
>
> *No dia 25 de agosto de 2015, a requerente dirigiu-se ao Shopping Bosque dos Ipês, por volta de 20:00 horas, adentrando ao setor demarcado correspondente ao seu ingresso, juntamente com o seu namorado que fora por ela presenteado para o evento, entregando para tanto o seu ingresso à segurança de portaria, recebendo cada um pulseira de papel na cor verde, de numeração 0476, em anexo.*
>
> *Já dentro do setor delimitado, a requerente estava assistindo o Show do Cantor Sertanejo Luan Santana, por volta de 23:00 horas, momento este em que percebeu que várias pessoas ao seu entorno estavam comentando assustadas a invasão de pessoas que saltavam pelos muros sem nenhuma contenção por parte da segurança.*
>
> *Incontinenti, ao seu redor, várias pessoas começaram a anunciar, aos gritos, que haviam sido furtadas, momento em que, sem sucesso, procurara por seu aparelho Smartphone Apple iPhone 6 - Dourado 4G 16 GB - iOS A8 Tela 4,7 - 4G Wi-Fi Câmera de 8MP, (recibo anexo) adquirido em 16/02/2014, numa troca de aparelhos, onde, além de entregar o modelo que possuía, complementou com o valor de R$ 900,00.*
>
> *Ressalte-se que o referido celular encontrava-se no bolso direito da frente da calça jeans que usava.*
>
> *De imediato olhou ao lado e verificou que diversas outras pessoas ali presentes também tinham passado pelo mesmo infortúnio, ocasião em que o desespero de todos se multiplicava rapidamente pela constatação do furto aparentemente "coletivo". (f. 2-3).*

Numa situação normal, não seria caso de se acolher a responsabilidade civil dos promotores do evento, ou seja, num evento que conta com corpo de segurança suficiente para manter a ordem no local. Em casos assemelhados, envolvendo inclusive empresa do mesmo grupo, a jurisprudência não tem acolhido a tese da responsabilidade civil dos promotores do evento. Veja-se.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRODUÇÃO DE EVENTO. SHOW REALIZADO NO ESTÁGIO MANÉ GARRINCHA. FURTO DE OBJETOS. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. INCABÍVEL A IMPUTAÇÃO DO DANO MATERIAL E MORAL À EMPRESA RÉ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. TRATA-SE DE RELAÇÃO DE CONSUMO, HAJA VISTA AS PARTES ESTAREM INSERIDAS NOS CONCEITOS DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR PREVISTOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Embora sejam aplicadas ao caso em comento as regras de proteção do consumidor, inclusive as pertinentes à responsabilidade objetiva, na hipótese, a narração dos fatos e os documentos dos autos (id. 1424764) demonstram a inexistência de defeito na prestação do serviço e a culpa exclusiva de terceiro, na forma do art. 14, § 3º, do CDC. Desse modo, deve ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais decorrentes do furto dos celulares das partes autoras/ recorrentes, bem como de indenização por dano moral. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Condenados os recorrentes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC (beneficiário da gratuidade da justiça). A Súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 46 da Lei n. 9.099/95. (TJDF; RInom 0735459-46.2016.8.07.0016; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Eduardo Henrique Rosas; Julg. 09/05/2017; DJDFTE 16/05/2017; Pág. 660).

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VILLA MIX EM 25.05.2016. FURTO DE APARELHO CELULAR DURANTE SHOW.INEXISTENTE RESPONSABILIDADE DOS ORGANIZADORES DO EVENTO. RESPONSABILIDADE DA PRÓPRIA VÍTIMA/CONSUMIDOR QUANTO À GUARDA E VIGILÂNCIA DE PERTENCES PESSOAIS NA RESPECTIVA POSSE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Não merece reparo a sentença recorrida, uma vez que inexistente nos autos a comprovação mínima dos fatos constitutivos do direito do autor, conforme dispõe o art. 373, inciso I, do CPC/2015. Isso porque, era de responsabilidade da vítima manter o zelo, cuidado e vigilância sobre os objetos pessoais que estavam sob sua guarda. Nesse contexto, a própria autora admitiu em seu depoimento pessoal (fl. 563) que sequer percebeu o momento do furto. Aliás, no mesmo sentido da decisão recorrida, ao analisar caso idêntico (relativo ao mesmo evento) já se manifestou esta turma recursal no julgamento do recurso cível nº 71006314595, Rel.: José ricardo de bem sanhudo, julgado em 25/10/2016. Igualmente, a jurisprudência supra referida está em consonância com o entendimento firmado por esta relatoria no julgamento de casos análogos, relativos a furto de pertences pessoais que estavam sob a guarda do consumidor (recurso cível nº 71006373781, julgado em 25/10/2016 e recurso cível nº 71005520861, julgado em 17/11/2015) assim, resta afastada a responsabilidade da parte ré pela configuração da culpa exclusiva da consumidora, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença recorrida por seus próprios fundamentos. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJRS; RCív 0054798-56.2016.8.21.9000; Porto Alegre; Primeira Turma Recursal Cível; Relª Desª Fabiana Zilles; Julg. 29/11/2016; DJERS 07/12/2016).

RECURSO INOMINADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FURTO DE APARELHO CELULAR DURANTE SHOW. BEM QUE SE ENCONTRAVA SOB VIGILÂNCIA DIRETA DO AUTOR. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA PARTE AUTORA. MANTIDA A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Caso em que o autor alega ter tido seu aparelho celular furtado durante evento realizado pela ré. Assim, ingressou com a presente ação requerendo indenização por danos materiais e morais. A parte autora pede provimento ao recurso para que seja reformada a sentença que julgou improcedente a presente ação. Não há que se falar em dever da ré de indenizar, pois o aparelho furtado encontrava-se em posse do autor no momento do ocorrido. Assim, não há como imputar a ré a responsabilidade decorrente de falha no dever de guarda e vigilância, em razão do

> *furto de pertence que não se encontrava sob sua guarda, especialmente ante a alegação da ré, não impugnada, que existiam locais reservados à guarda volumes gratuitos. (fl. 33) sendo assim, deve ser mantida a improcedência da ação. Sentença mantida. Recurso improvido.* (TJRS; RecCv 0055112-36.2015.8.21.9000; Dois Irmãos; Primeira Turma Recursal Cível; Relª Desª Fabiana Zilles; Julg. 26/04/2016; DJERS 02/05/2016).

No entanto, o caso em destaque conta com uma peculiaridade, qual seja: a segurança do evento negligenciou e meliantes acabaram tendo fácil acesso ao local.

Segundo relatado na inicial, o assalto ocorreu em decorrência de *"(...) invasão de pessoas que saltavam pelos muros"*, deixando clara a negligência na segurança disponibilizada no local.

A responsabilidade objetiva estabelecida no regramento consumerista satisfaz-se com a comprovação do dano e o proceder do agente. A regra do art. 14 do CDC assim dispõe: "*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"*. Observa-se do preceito legal a desnecessidade do consumidor fazer prova da culpa do fornecedor. A obrigação do prestador de serviço em ressarcir os danos sofridos pelo consumidor aparece como consequência do nexo causal entre procedimento do agente e o dano resultante.

Por outro lado, verifica-se quão vulnerável encontrava-se a apelante que, segundo relatou na inicial, o celular furtado encontrava-se alojado no bolso direito da frente da calça jeans do namorado; logo, não houve negligência por parte da autora.

Neste sentido veja-se precedentes:

> *(...) Trata-se de relação de consumo, haja vista as partes estarem inseridas nos conceitos de fornecedor e consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor. Aplicam-se ao caso em comento as regras de proteção do consumidor, inclusive as pertinentes à responsabilidade objetiva na prestação dos serviços. 2. Assim, a recorrente responde, perante o cliente, pelo furto do aparelho celular ocorrido em seu estabelecimento. 3. Ademais, a responsabilidade da prestadora dos serviços é objetiva (artigo 14 do CDC) a dispensar prova da culpa e, comprovados os danos experimentados pelo consumidor, cabe à prestadora do serviço repará- los. ...* (TJDF; RInom 0710893-33.2016.8.07.0016; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Eduardo Henrique Rosas; Julg. 06/12/2016; DJDFTE 14/12/2016; Pág. 731).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE MOTOCICLETA NO INTERIOR DO ESTACIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – SÚMULA N.º 130 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL CONFIGURADO – JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* (TJMS, Apelação Nº 0056296-15.2012.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 17 de março de 2015, 5ª Câmara Cível).
>
> *(...) 3. A doutrina majoritária entende que, na responsabilidade civil, o ordenamento pátrio adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual devem ser considerados os fatos e condições que concorreram para o evento danoso, selecionando aqueles que contribuíram de forma necessária e determinante para a ocorrência do prejuízo. No caso, a conduta do shopping foi determinante para provocação do dano, pois falhou na sua obrigação de guarda e vigilância, e a conduta posterior dos criminosos não foi capaz de romper com o nexo de causalidade. Precedentes. 4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.* (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 790.643/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016).

Presente, portanto, a responsabilidade objetiva das apeladas.

Em relação ao dano material é ele devido. Comprovou a apelada que portava aparelho de celular *Iphone* 6 e que foi o aparelho furtado. Comprovou ser ele de sua propriedade (f. 16), adquirindo-o mediante troca de um outro mais o valor de R$ 300,00.

Ainda que não tenha feito prova do valor atribuído ao celular que serviu como parte de pagamento, fez prova do valor de mercado do bem, cabendo aos apelados indenizá-la pelo menor valor indicado, R$ 3.324,05 (três mil, trezentos e vinte e quatro reais e cinco centavos) (f. 45).

Registro que em nenhum momento as apeladas impugnaram o valor efetivo do aparelho celular. Logo, prevalece o menor valor, mais precisamente àquele de f. 45.

Quanto aos dano moral não são eles devidos.

Ainda que se leve em conta ser referido dano *in re ipsa*, tenho que o caso em questão enquadra-se como mero aborrecimento.

Não se pode emoldurar os incômodos, os desprazeres, os dissabores cotidianos originários da vida em sociedade como lesivos da moral, mas sim *"a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo"* [1].

O caso em apreço, a meu ver, não teve o condão de romper o equilíbrio psicológico da apelante a ponto de condenar as apelados ao pagamento de quantia com fim de suavizar os incômodos havidos com o furto de aparelho celular em eventos.

Afinal, quem ingressa em campo de futebol, eventos esportivos outros, *shows* musicais de grande lotação, está sujeito ao empurra-empurra, furtos e outros aborrecimentos. Não podemos nos esquecer que estamos no Brasil, onde arrastões em praias tem se tornado comum.

Desta forma, não vejo como acolher o pedido de reparação moral.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para julgar em parte procedente a pretensão da autora e condenar as rés apeladas, solidariamente, ao pagamento de R$ 3.324,05 (três mil, trezentos e vinte e quatro reais e cinco centavos) a título de dano material, valor a ser corrigido pelo IGPM desde a data do evento danoso, mais juros de mora de 1 % ao mês a contar da citação.

Em razão da sucumbência recíproca, as despesas do processo são distribuídas entre os litigantes em condições de igualdade (50 % para cada parte), em razão da vitória e derrota em igual proporção.

O mesmo dar-se-á com os honorários, os quais os arbitro em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), cabendo 50 % para cada advogado.

Pelo trabalho recursal os honorários devidos ao patrono da apelante ficam majorados, com suporte no § 11 do art. 85 do CPC, de R$ 600,00 (seiscentos reais) para R$ 900,00 (novecentos reais).

1 Carlos Roberto GONÇALVES, **Responsabilidade Civil**, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 567.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1406461-03.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DA COBRANÇA, A ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES, O BLOQUEIO DO ACESSO E DA REMATRÍCULA – PRESENÇA DA PROBABILIDADE DO DIREITO INVOCADO E DO PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO – INDÍCIOS DE QUE A ACADÊMICA É BENEFICIÁRIA DO FIES NO PERCENTUAL DE CEM POR CENTO E QUE NÃO ESTÁ EM DÉBITO COM A INSTITUIÇÃO DE ENSINO – PROBABILIDADE DO DIREITO À DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA SUPLEMENTAR REALIZADA PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – RISCO DE PREJUÍZOS À HONRA E À VIDA ACADÊMICA – RECURSO PROVIDO.

Presentes a probabilidade do direito invocado, consubstanciada nos fortes indícios de que a aluna é beneficiária do FIES no percentual de 100 % (cem por cento), o que, em tese, implicaria em inexistência de débitos junto a instituição financeira, bem como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, pois a negativação e o óbice ao acesso às dependências da universidade e à rematrícula podem ocasionar danos sensíveis à honra e à vida acadêmica da autora, impõe-se a antecipação da tutela para impedir a configuração de tais situações enquanto pendente a discussão judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de setembro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Vanessa Alves Mangueira agrava da decisão proferida na ação de conhecimento de natureza condenatória (0815165-51.2017.8.12.0001) ajuizada contra Anhanguera Educacional Ltda., em curso na 5ª Vara Cível da comarca de Campo Grande.

A ação originária foi ajuizada em virtude da autora, acadêmica do curso de Fisioterapia da Instituição de Ensino agravada, supostamente estar sendo cobrada indevidamente por diferenças de mensalidade, tendo em vista ser beneficiaria do FIES, na proporção de 100 % (cem por cento), como também impossibilitada

de realizar o aditamento do FIES referente ao segundo semestre de 2017. Pleiteou tutela provisória de urgência para para que a agravada suspenda as cobranças, exclua seu nome dos cadastros de inadimplentes, bem como se abstenha de bloquear o acesso de qualquer forma à instituição de ensino ou impedir sua rematrícula.

O juízo *a quo* postergou a análise da antecipação da tutela recursal para depois da contestação e da apresentação de eventual impugnação à contestação, por entender ser necessário o estabelecimento do contraditório.

Verbera a agravante pela possibilidade e necessidade de concessão da tutela de urgência, posto que demonstrou que possui contrato vigente com o FIES que financia integralmente sua mensalidade. Aponta pela possibilidade de dano de difícil reparação, pois a irregularidade apontada pode impedir o aditamento do financiamento e a renovação de sua matrícula para o semestre subsequente.

Requer a antecipação da tutela recursal, para o fim de que seja determinada a imediata suspensão de cobranças relativas à mensalidade, bem como determinar a baixa das restrições em cadastro de inadimplentes e se abster de bloquear o acesso da acadêmica à instituição de ensino, sob pena de multa diária.

Instruiu o feito com os documentos de f. 20-21.

Às f. 24-25 antecipou-se parcialmente os efeitos da tutela o recursal; o prazo para a parte agravada responder o recurso transcorreu *in albis*, conforme certificado às f. 31.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Vanessa Alves Mangueira agrava da decisão proferida na ação de conhecimento de natureza condenatória (0815165-51.2017.8.12.0001) ajuizada contra Anhanguera Educacional Ltda., em curso na 5ª Vara Cível da comarca de Campo Grande.

A ação originária foi ajuizada em virtude da autora, acadêmica do curso de Fisioterapia da Instituição de Ensino agravada, supostamente estar sendo cobrada indevidamente por diferenças de mensalidade, tendo em vista ser beneficiaria do FIES, na proporção de 100% (cem por cento), como também impossibilitada de realizar o aditamento do FIES referente ao segundo semestre de 2017. Pleiteou tutela provisória de urgência para que a agravada suspenda as cobranças, exclua seu nome dos cadastros de inadimplentes, bem como se abstenha de bloquear o acesso de qualquer forma à instituição de ensino ou impedir sua rematrícula.

O juízo *a quo* postergou a análise da antecipação da tutela recursal para depois da contestação e da apresentação de eventual impugnação à contestação, por entender ser necessário o estabelecimento do contraditório.

Verbera a agravante pela possibilidade e necessidade de concessão da tutela de urgência, posto que demonstrou que possui contrato vigente com o FIES que financia integralmente sua mensalidade. Aponta pela possibilidade de dano de difícil reparação, pois a irregularidade apontada pode impedir o aditamento do financiamento e a renovação de sua matrícula para o semestre subsequente.

Requer a antecipação da tutela recursal, para o fim de que seja determinada a imediata suspensão de cobranças relativas à mensalidade, bem como determinar a baixa das restrições em cadastro de inadimplentes e se abster de bloquear o acesso da acadêmica à instituição de ensino, sob pena de multa diária.

Instruiu o feito com os documentos de f. 20-21.

Às f. 24-25 antecipou-se parcialmente os efeitos da tutela o recursal; o prazo para a parte agravada responder o recurso transcorreu *in albis*, conforme certificado às f. 31.

Passo ao voto propriamente dito.

O art. 300, *caput*, do CPC estabelece que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Veja-se a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves[1] sobre a probabilidade do direito, imprescindível para a concessão de tutela provisória:

> *A concessão de tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir.*

Para a concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada, o juízo deve estar convencido da probabilidade – e não da certeza – do direito da parte, cujos efeitos definitivos pretende obter com a concessão da antecipação.

A probabilidade do direito está presente no caso em comento, tendo em vista que a própria agravada afirma em sua contestação que *"os aditamentos do FIES da parte autora estão devidamente regularizados em todos os semestres junto a requerida, inclusive referente ao segundo semestre de 2016 e ao primeiro semestre de 2017."* (f. 244 dos autos originários)

Se é incontroverso que a agravante não possui débito, tudo leva a crer que não é razoável que sofra os consectários da cobrança que lhe foi dirigida pela instituição de ensino (f. 65-70 dos autos originários).

O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é definido por Daniel Amorim Assumpção Neves[2] como:

> *(...) a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo. (...).*
>
> *(...) caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito.*

Na hipótese, caso a aluna tenha seu acesso obstado às dependências da universidade ou seja impedido de efetuar a rematrícula nos semestres subsequentes ou mesmo tenha seu nome inserido em cadastro de inadimplentes, enquanto pendente a discussão judicial, tal situação poderá implicar em prejuízos irreversíveis a sua vida acadêmica, inclusive atraso substancial na data provável de conclusão do curso superior, o que não se justifica.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para deferir a tutela de urgência de natureza antecipada, determinando que a agravada se abstenha de inscrever ou manter o nome da aluna no cadastro de inadimplentes, bem como para que as cobranças dirigidas a esta sejam suspensas e que lhe seja viabilizado o acesso à instituição de ensino e à rematrícula nos semestres subsequentes. Para o caso de descumprimento da obrigação, fixo multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada inicialmente a 30 (trinta dias) dias.

1 **Manual de direito processual civil**, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 411.

2 *Ob. cit.*, p. 431.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 05 de setembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0100075-23.2004.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO REJEITADA – ILEGITIMIDADE DO ESTADO REJEITADA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CORREÇÃO E REPARAÇÃO DE DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS E DE PESSOAL – CADEIA PÚBLICA TRANSFORMADA EM PRESÍDIO – OFENSA ÀS NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA AFASTADA – RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO – CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DE OBRAS E DIRETRIZES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO – CONDENAÇÃO DO ESTADO NAS CUSTAS – ISENÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não importa superveniente perda de objeto da ação o parcial cumprimento das obrigações objeto da condenação, quando ainda restam providências a serem sanadas, como constatado em laudo pericial.

Aos entes públicos compete, por previsão constitucional, o dever da administração da segurança pública, o que justifica a pertinência subjetiva do apelante figurar na demanda.

A competência da Corregedoria-Geral de Justiça e dos Juízos de Execução Penal para interditar estabelecimentos penais, não retira a possibilidade de judicialização da demanda, a fim de efetivar pleitos obrigacionais.

A discricionariedade administrativa não limita a atuação do Poder Judiciário quando a dignidade humana segue violada por ineficiência do Estado no cumprimento das funções que lhe são pertinentes.

É compatível a aplicação de astreintes contra a Fazenda Pública, sem que tal incidência ofenda o princípio da impessoalidade, em razão da própria natureza do instituto.

O Estado é isento de custas e despesas judiciais nos termos da disposição do artigo 24, I, da Lei Estadual n.º 3.779/2009.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo Juízo da 1.ª Vara de Bataguassu que, nos autos de ação civil pública movida por Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos iniciais.

Em seu recurso, o recorrente afirma preliminarmente a superveniência de perda de objeto da ação, uma vez que houve correção e reparação das deficiências apontadas na sentença.

Suscita sua ilegitimidade passiva para compor a ação, tendo em vista que a partir da transformação da cadeia pública em presídio em 2005, a administração desta passou à Agepen, a quem compete com exclusividade as providências relativas à reforma, ampliação e transferência de presos condenados.

Arguiu ofensa ao Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, uma vez que as determinações de reforma, ampliação e remoção de presos caracterizam autêntica interdição do local, o que deve seguir rito apropriado e, em não tendo sido respeitado, defende que houve violação ao princípio da proporcionalidade, da separação de poderes e reserva do possível.

Argumenta que a prevalência do interesse público respalda a exclusão da multa diária aplicada, que importa oneração indireta da própria população, além de ser incompatível com a natureza dos órgãos públicos. Discorre sobre a isenção do Estado quanto ao pagamento das custas processuais.

Pede o provimento do recurso para reconhecer a ausência de interesse de agir superveniente, a ilegitimidade passiva ou acaso não acolhidas as preliminares, pleiteia o reconhecimento de ofensa ao Código de Normas da CGJ.

Pede que, na eventualidade de análise do mérito, a sentença seja reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais, com exclusão da multa diária e reconhecida a isenção do pagamento das custas.

Contrarrazões recursais foram juntadas às f. 617-26, com pedido para a manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça foi acostado às f. 632-48, com manifestação para afastarem-se as preliminares e dar parcial provimento ao recurso para afastar a condenação ao pagamento das custas processuais.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (relator)

Estado de Mato Grosso do Sul interpôs apelação cível contra sentença proferida nos autos de ação civil pública movida por Ministério Público Estadual que julgou procedentes os pedidos iniciais.

Em seu recurso, o recorrente afirma, preliminarmente, a superveniente perda de objeto da ação, uma vez que houve correção e reparação das deficiências estruturais apontadas na sentença.

Suscita sua ilegitimidade passiva para compor a ação, tendo em vista que a partir da transformação da cadeia pública em presídio em 2005, a administração desta passou à AGEPEN, a quem compete com exclusividade as providências relativas à reforma, ampliação e transferência de presos condenados.

Arguiu ofensa ao Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, uma vez que as determinações de reforma, ampliação e remoção de presos caracterizam autêntica interdição do local, o que deve seguir rito apropriado e, em não tendo sido respeitado, defende que houve violação ao princípio da proporcionalidade, da separação de poderes e reserva do possível.

Argumenta que a prevalência do interesse público respalda a exclusão da multa diária aplicada, que importa oneração indireta da própria população, além de ser incompatível com a natureza dos órgãos públicos. Discorre sobre a isenção do Estado quanto ao pagamento das custas processuais.

Preliminares.

Passo à análise das preliminares arguidas e de pronto vejo que tais não merecem prosperar.

Quanto à superveniente perda de objeto desta demanda, pois houve correção e reparação das deficiências apontadas na sentença, notadamente após a extinção do cumprimento de sentença n.º 0801151-26.2013.8.12.0026 e que resultou na desinterdição da unidade penal de Bataguassu (f. 650-60), não assiste razão ao recorrente.

A própria sentença de extinção do mencionado cumprimento de sentença do processo que interditou a unidade penal deixou claro que tanto o ora apelante quanto à AGEPEN cumpriram parcialmente as irregularidades apontadas no laudo original, que basicamente são aquelas objeto de pleito nestes autos.

Certo que referidos processos, apesar de possuírem a mesma causa de pedir, diferem entre si quanto ao pleito, tanto é que esta ação civil pública iniciou-se em 2004, muito tempo antes daquela que resultou a interdição da mesma unidade penal (Ação Civil Pública n.º 0001559-89.2009.8.12.0026).

Com o cumprimento parcial das obrigações a que foi aqui condenado, ainda restam providências a serem sanadas, porém, como não comprometiam o regular funcionamento daquele estabelecimento penal, houve sua desinterdição, o que não importa a superveniente perda de objeto deste feito.

A desinterdição se deu em razão de providências que permitem o funcionamento da unidade prisional, mas não significa que as demais providências, necessárias a sua efetiva adequação e continuidade de utilização, sejam desnecessárias.

Rejeito, portanto, a preliminar de ausência de interesse de agir.

Já em relação à arguida ilegitimidade do apelante, haja vista competir à AGEPEN a administração do sistema carcerário estadual, notadamente após a transformação da cadeia pública de Bataguassu em presídio, por meio do Decreto Estadual n.º 11.834, de 05/04/2005 (f. 591), também não há razão ao recorrente.

Ao tempo do ajuizamento e recebimento da ação, toda a causa de pedir do feito baseou-se nos interesses individuais homogêneos dos presos da cadeia pública de Bataguassu, enquanto ainda não transformada em presídio, o que somente veio a ocorrer no decorrer do processo.

Sabe-se que *"a legitimidade de parte deve ser aferida in statu assertioni, ou seja, à luz da situação hipotética apresentada pelo autor em sua inicial, independentemente da apuração da responsabilidade ou não do réu em relação à causa de pedir, pois que isso configura julgamento atrelado ao mérito e não aos requisitos processuais para o julgamento da demanda"*[1].

Se ao tempo da propositura da ação não havia sido transformada em estabelecimento penal, cuja administração do sistema penitenciário compete à AGEPEN, nos termos previstos pelo Decreto-Lei n.° 11/1979 e pela Lei Estadual n.° 2.152/2000, porém não exclusivamente, tanto o apelante quanto a referida agência se legitimariam para a presente ação.

1 TJMS. Apelação n. 0800250-71.2011.8.12.0012, Ivinhema, 1ª Câmara Cível,de minha relatoria, j: 21/02/2017, p: 20/03/2017

Devo reiterar que segundo previsão constitucional, aos entes públicos compete o dever da administração da segurança pública, o que justifica a pertinência subjetiva do apelante figurar nesta demanda, o que já foi posicionamento desta Câmara, como se extrai do seguinte julgado:

> *APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – MÉRITO – CADEIA PÚBLICA – SUPERLOTAÇÃO – OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS – CONFIGURADA – OMISSÃO DO PODER PÚBLICO – INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – CONSTATADA A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RE N. 592.581 E ADPF N. 347 – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE – MULTA COMINATÓRIA – OBSERVÂNCIA A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – VALOR E PRAZO MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS IMPROVIDOS, COM O PARECER. Em relação à legitimidade passiva do Estado, sua competência para administração da segurança pública encontra-se insculpida na Constituição Federal, em seu artigo 144. Enquanto que AGEPEN também é responsável pela administração das penitenciárias, cabendo-lhe zelar pelo bom estado dessas e proporcionar condições adequadas de uso dos estabelecimentos prisionais, sendo sua obrigação tomar as medidas necessárias para a satisfatória custódia dos presos, segundo o Decreto-Lei n. 26/79. Destarte, evidente a pertinência subjetiva da demanda. (...)* (TJMS. Apelação n. 0800296-49.2014.8.12.0014, Maracaju, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 23/02/2016, p: 14/03/2016).

Rejeito, também, a preliminar de ilegitimidade.

Mérito.

Ultrapassadas as preliminares, o apelante rebate o mérito da condenação a si imposta pela ofensa ao Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, uma vez que as determinações de reforma, ampliação e remoção de presos caracterizam autêntica interdição do local, o que deve seguir rito apropriado e, em não tendo sido respeitado, defende que houve violação ao princípio da proporcionalidade, da separação de poderes e reserva do possível.

Os artigos 294 a 300-A, do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça deste TJMS, preveem as etapas para o processo e decreto de interdição de cadeias públicas quando constatadas situações precárias que digam respeito às condições sanitárias, higiênicas, de segurança e utilização do prédio.

Ao fundamentar que determinações de reforma e transferência de sentenciados caracterizam interdição *"às avessas"*, como afirmou o ilustre Des. Joenildo de Sousa Chaves no julgamento do AI n.º 2004.010724-2 (f. 178-82), o apelante olvidou-se de que, apesar da competência administrativa atribuída à Corregedoria-Geral de Justiça e aos Juízos da execução penal, tal obrigação não exclui a fiscalização e exercício dos deveres inerentes ao Ministério Público de zelar pelo respeito dos serviços de relevância pública e promover as medidas necessárias a sua garantia e aos interesses difusos e coletivos, previsão constitucional do artigo 129.

De se destacar que o processo de interdição do referido estabelecimento penal foi posteriormente levado adiante, além da forma administrativa, também por intermédio dos autos da Ação Civil Pública n.º 0001559-89.2009.8.12.0026, já mencionada, o que de forma nenhuma violou regras da CGJ.

Tal posicionamento também se extrai dos seguintes julgados:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERDIÇÃO DE UNIDADE EDUCACIONAL DE INTERNAÇÃO – UNEI – TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL – INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO*

> *CONSTANTE DAS NORMAS DA CORREGEDORIA DESTE ESTADO - IRRELEVÂNCIA - PONDERAÇÃO DE INTERESSES - REQUISITOS PRESENTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPRÓVIDO.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1415507-21.2014.8.12.0000, Ponta Porã, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 12/05/2015, p: 13/05/2015).
>
> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSIÇÃO DE MULTA COERCITIVA. POSSIBILIDADE. REVISÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. CASO. 1. (...) FISCALIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE CADEIA PÚBLICA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. ART. 66, VII E VIII DA LEP. COMPETÊNCIA NÃO EXCLUSIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO NO RECURSO. SÚMULA 284/STF. 1. A competência de fiscalização dos estabelecimentos prisionais, atribuída aos juízes da execução, não exclui a possibilidade de atuação do Parquet. 2. (...)* (AgRg no REsp 853.788/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010).

O rito administrativo, portanto, não retira a possibilidade de judicialização da demanda, que apesar de coincidir com vários pleitos obrigacionais, não possui semelhança de pedidos, tanto é que sequer foi reconhecida litispendência das ações.

Afastada a ofensa às normas da Corregedoria-Geral de Justiça, não há que se invocar qualquer violação aos princípios da proporcionalidade ou da separação de poderes e da reserva do possível.

De acordo com precedente do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda que em hipóteses excepcionais, não configura desrespeito ao princípio da separação dos poderes, havendo legitimidade constitucional de controle e de intervenção pelo Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abuso governamental, que implica em negativa de vigência do princípio da dignidade da pessoa humana e do interesse público.

Nesse sentido o STF em inúmeros casos já decidiu, a exemplo do RE 592.581, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015, e também na ADPF 347 MC, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015.

Rememora-se que a judicialização de questões administrativas aqui também se faz pertinente para que o apelante cumpra a função que lhe é exigida pela Constituição da República, de garantir a segurança pública e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Aliás, a discricionariedade administrativa não limita a atuação do Poder Judiciário quando a dignidade humana segue violada por ineficiência do Estado no exercício das funções que lhe são pertinentes, o que recentemente foi pontuado pela Corte Suprema no julgamento do RE 580252/MS, de reconhecida repercussão geral.

No caso, a instrução probatória mostrou-se suficiente para demonstrar os inúmeros problemas e deficiências existentes na estrutura física e de pessoal da cadeia pública de Bataguassu, tanto é que ela foi objeto de interdição e, mesmo após desinterditado, ao que consta da decisão de f. 959-60, nem todas as providências foram sanadas, como constou do laudo juntado nos autos n.º 0801151-26.2013.8.12.0026.

Com relação à multa, é cediço que sua aplicação tem o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação imposta, mostrando-se compatível com a manifesta relevância dos direitos fundamentais envolvidos no caso, sendo certo que só virá onerar os cofres públicos se houver recusa do cumprimento.

Veja que as próprias Cortes Superiores são pacíficas em assentir sobre a compatibilidade das astreintes contra a Fazenda Pública, independementemente das vedações dispostas pela Lei n.º 8.437/92, como se abstrai de diversos julgados[2] e tal posição de longe não ofende a impessoalidade, em razão da própria natureza do instituto.

Finalmente, quanto à condenação das custas judiciais ao recorrente, é cediço que o Estado é isento de custas e despesas judiciais nos termos da disposição do artigo 24, I, da Lei Estadual n.º 3.779/2009, e vejo que neste ponto a sentença erroneamente as aplicou.

Pelo exposto, conheço do apelo interposto, rejeito as preliminares e com o parecer, dou-lhe parcial provimento para afastar a condenação do Estado ao pagamento das custas processuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

***

2 AREsp 855.884/MG; AREsp 117.472/SP; REsp 1.480.447/GO.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0104930-18.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS – CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE TELEFONIA – COBRANÇA DE BONIFICAÇÃO POR QUALIDADE DE DESEMPENHO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONTRATUAIS PARA RECEBIMENTO DO BÔNUS – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A OBRIGAÇÃO DA CONTRATANTE EM FORNECER DADOS QUANDO NÃO HÁ PREVISÃO CONTRATUAL – COBRANÇA DE BONIFICAÇÃO SEMESTRAL PARA DOZE PONTOS DE VENDA – CONCEITO PREVISTO EM CONTRATO – NECESSIDADE DA UNIDADE DE VENDA POSSUIR INSCRIÇÃO NO CNPJ – PREVISÃO CONTRATUAL – IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR AS UNIDADES SEM INSCRIÇÃO NO CNPJ POR NÃO CUMPRIR REQUISITOS DO CONTRATO – COBRANÇA DE R$ 30,00 A MAIS POR LINHA ATIVADA NO PERÍODO DA PROMOÇÃO *"TIRE SEU CELULAR DA GAVETA"* – IMPOSSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES – IMPROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO GANHO ESPERADO E DE ILÍCITO CONTRATUAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA FALHA NA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL E DA ALEGADA COAÇÃO PARA ASSINATURA DE TERMO RECÍPROCO DE QUITAÇÃO – MEROS COMENTÁRIOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA CONFIGURAR O VÍCIO DE CONSENTIMENTO – AFASTADA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO INDEVIDO – DEVER DE INDENIZAR – TÍTULO PROTESTADO UM DIA APÓS A QUITAÇÃO DA DÍVIDA – INSCRIÇÃO INDEVIDA – DANO MORAL PURO – DEVER DE INDENIZAR – FIXAÇÃO – CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – MONTANTE FIXADO EM SENTENÇA ADEQUADO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO – ÚLTIMO ENCONTRO DE CONTAS – COMPENSAÇÃO – DOCUMENTOS SEM ANUÊNCIA DE UMA DAS PARTES – IMPOSSIBILIDADE DE REPUTAR COMO VÁLIDOS PARA A COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS – JUROS CONTRATUAIS – AÇÃO QUE NÃO É REVISIONAL – FIXAÇÃO DO ESTABELECIDO EM CONTRATO – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA REQUERENTE – DESPROVIMENTO DO RECURSO DA REQUERIDA.

São indevidas as bonificações previstas em contrato quando não preenchidos os requisitos para sua percepção, principalmente quando a autora sequer colaciona aos autos documentos que comprovem o cumprimento das exigências contratuais.

Não há que se considerar uma obrigação não descrita em contrato como apta a materializar um consentimento quando não vem acompanhada de outras circunstâncias e condições que apontam a vontade contratual no caso concreto.

É indispensável a manutenção da vontade das partes à época da contratação quando não se afigura o cumprimento de obrigação excessivamente onerosa a um dos contratantes; a exigência contratual de haver inscrição de CNPJ por unidade de venda não merece ser afastada, porquanto consciente a parte desde a assinatura do contrato quanto ao seu encargo.

Impossível a cobrança de valor não fixado em contrato. A mera afirmação de testemunha de que seria devida a quantia de R$ 30,00 a mais por linha ativada no período da promoção *"Tire seu celular da gaveta"* não tem o condão de modificar cláusula contratual.

Para a caracterização de lucros cessantes é fundamental a ocorrência do ilícito contratual, bem como a aferição do ganho esperado caso não tivesse se dado o dano. Sem prova específica de tais elementos e com a mera possibilidade de ter ocorrido lucros cessantes, sendo o dano apenas em potencial, não há dever de indenizar.

Para que estejam presentes os requisitos à indenização por danos morais decorrentes de falha nas obrigações contratuais e de vício de consentimento, é fundamental a presença de elementos de prova que evidenciem tais situações, o que não é o caso dos autos. Quanto à coação, especificamente, não basta à parte tecer apenas comentários a respeito, eis que consiste em vício que extrai o livre arbítrio e a vontade da parte em escolher conforme suas próprias convicções e leva, até, à nulidade da avença.

Configura dano moral a manutenção do protesto após a quitação de duplicata mercantil por indicação, quando no dia anterior à inscrição foi realizada compensação dos créditos entre as partes contratantes, e deve ser mantido o valor arbitrado quando proporcional ao dano e à capacidade econômica das recorrentes.

A compensação realizada extrajudicialmente deve ter anuência de todas as partes, com as respectivas assinaturas, sendo que documento produzido unilateralmente não tem o condão de comprovar a realização de encontro de contas. Apenas o documento com a confirmação de ambas as contratantes pode ser considerado para a cobrança.

A ação que não é revisional de cláusulas contratuais, e na qual não houve pedido específico da parte autora na inicial quanto à revisão dos termos do contrato, não tem por finalidade verificar a presença de ilegalidade, abusividade ou qualquer outra circunstância que desnaturem os elementos contratuais, pelo que os juros e as penas estabelecidos em contrato devem ser respeitados.

Recurso da empresa Telefônica S/A desprovido. Recurso da empresa Tossi & Sales Ltda provido parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Tossi & Sales e negar provimento ao recurso da Telefônica Brasil S/A, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença de f. 2111-28, que julgou parcialmente procedente o pedido realizado na inicial da ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais e lucros cessantes ajuizada por Tossi & Sales em face de Telefônica Brasil S/A .

Em suas razões recursais, a apelante Tossi & Sales Ltda sustenta, inicialmente, que é devida a bonificação de qualidade por desempenho prevista em contrato de telefonia, considerando que cumpriu todos os requisitos para a percepção dos valores correspondentes. Aduz que somente não trouxe aos autos os documentos que corroborassem com a alegação, pois a prova encontra-se em poder da apelada que, apesar de disponibilizar sistema para a consulta de dados, este era falho e com muitas inconsistências. Informa que solicitou, em sua inicial, que a recorrida trouxesse toda a documentação informando a taxa de inadimplência e o valor médio das contas dos clientes da apelante, o que não ocorreu e, sendo assim, pode-se considerar que tais valores estavam em conformidade com as determinações contratuais. Afirma, ainda, que há disposição em contrato de que o acesso à informação da taxa de inadimplência seria de responsabilidade da apelada e, portanto, mais uma razão para que seja deferido o recebimento da bonificação.

Sustenta que, da mesma forma, é devida a bonificação semestral também prevista em contrato. Alega que não é necessária a inscrição no CNPJ por ponto de venda, podendo um ponto ser vinculado à matriz, com o mesmo número de CNPJ. Ademais, aduz que a recorrida reconhecia a existência dos postos, sabendo, inclusive, acerca de seu período de funcionamento. Pede a incidência de juros de 5% a.m e multa contratual de 2%.

Quanto à promoção *"Tire seu celular da gaveta"*, pleiteia a reforma da sentença para que se reconheça como devido o valor de R$ 55,00 (cinquenta e cinco reais) por linha ativada e não somente R$ 25,00 (vinte e cinco reais) como determinado pelo juízo *a quo*. Sustenta que há nos autos depoimentos que confirmam a existência do pagamento de R$ 30,00 (trinta reais) a mais por linha ativada e, portanto, assim deve ser aplicado para as 1.162 linhas ativadas no período da promoção.

Afirma que são devidos lucros cessantes, porque se viu prejudicada em várias situações pela recorrida. Primeiro, quando da conversão da tecnologia TDMA para CDMA e não houve o devido planejamento da Vivo S/A para a adequação do serviço. Segundo, porque após a celebração de TAC com a recorrida, a recorrente ficou impedida de comercializar em seus pontos de venda por um período considerável. E terceiro, porque alguns programas promocionais eram realizados somente pelas lojas próprias da apelada, não podendo participar do programa de pontos nem de promoções em datas comemorativas.

Quanto ao arbitramento de danos morais, aduz que o *quantum* estipulado em sentença não é coerente com a lesão sofrida, considerando a falha no repasse de produtos da apelada para os pontos de venda da apelante, a concorrência desleal configurada ante a impossibilidade de participação em diversas promoções, a coação para assinatura do termo recíproco de quitação, bem como o fato de ter sido protestada indevidamente. Pede, em razão disto, a majoração dos danos morais em cem vezes o valor do título indevidamente protestado.

Por fim, sustenta que a apelada não realizou o pagamento referente ao último encontro de contas entre as partes, realizado em janeiro de 2007, no valor de R$ 80.273,39 (oitenta mil e duzentos e setenta e três reais e trinta e nove centavos), acrescido de multa e juros contratuais, com a devida correção monetária.

Telefônica Brasil S/A também recorreu da sentença proferida nos autos. Em suas razões afirma que houve termo de quitação firmado entre as partes e que não há qualquer ressalva acerca de créditos que não seriam objeto do dito pacto, não fazendo jus a apelada ao recebimento de nenhuma verba.

Aduz que não houve ilegalidade no protesto realizado, tendo em vista que até a assinatura do termo de quitação a recorrida encontrava-se inadimplente e, portanto, não são devidos danos morais.

Subsidiariamente, sustenta que, caso os danos morais permaneçam, o valor arbitrado em sentença é abusivo e excede a extensão do dano, devendo ser reduzido sob pena de enriquecimento ilícito da apelada.

Intimadas a se manifestaram, as partes apresentaram contrarrazões às f. 2288-299 e 2301-312. Tossi & Sales Ltda alegou preliminarmente o desrespeito ao princípio da dialeticidade. Ao final, ambos pugnam pelo desprovimento das apelações contrárias.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Tratam-se de apelações interpostas contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido realizado na inicial de ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais e lucros cessantes.

Em razões recursais a apelante Tossi & Sales Ltda sustenta, inicialmente, que é devida a bonificação de qualidade por desempenho prevista em contrato de telefonia, considerando que cumpriu todos os requisitos para a percepção dos valores correspondentes. Aduz que somente não trouxe aos autos os documentos que corroborassem com a alegação, pois a prova encontra-se em poder da apelada que, apesar de disponibilizar sistema para a consulta de dados, este era falho e com muitas inconsistências. Informa que solicitou, em sua inicial, que a recorrida trouxesse toda a documentação informando a taxa de inadimplência e o valor médio das contas dos clientes da apelante, o que não ocorreu e, sendo assim, pode-se considerar que tais valores estavam em conformidade com as determinações contratuais. Afirma, ainda, que há disposição em contrato de que o acesso à informação da taxa de inadimplência seria de responsabilidade da apelada e, portanto, mais uma razão para que seja deferido o recebimento da bonificação.

Ao depois, sustenta que, da mesma forma, é devida a bonificação semestral também prevista em contrato. Alega que não é necessária a inscrição no CNPJ por ponto de venda, podendo um ponto ser vinculado à matriz, como o mesmo número de CNPJ. Ademais, aduz que a recorrida reconhecia a existência dos postos, sabendo, inclusive, acerca de seu período de funcionamento. Pleiteia juros de 5% a.m. e multa contratual de 2 %.

Quanto à promoção *"Tire seu celular da gaveta"*, pede a reforma da sentença para que seja pago o valor de R$ 55,00 (cinquenta e cinco reais) por linha ativada e não somente R$ 25,00 (vinte e cinco reais) como determinado pelo juízo *a quo*. Sustenta que há nos autos depoimentos testemunhais que confirmam a existência do pagamento de R$ 30,00 (trinta reais) a mais por linha ativada e, portanto, tal deve ser aplicado para as 1.162 linhas ativadas no período da promoção.

Ao depois, afirma que são devidos lucros cessantes, eis que a apelante se viu prejudicada em várias situações pela recorrida. Primeiro, quando da conversão da tecnologia TDMA para CDMA e não houve o devido planejamento da Vivo S/A para a adequação do serviço. Segundo, porque após a celebração de TAC com a recorrida, a recorrente ficou impedida de comercializar em seus pontos de venda por um período considerável. E terceiro, porque alguns programas promocionais eram realizados somente pelas lojas próprias da apelada, não podendo participar do programa de pontos nem de promoções em datas comemorativas.

Quanto ao arbitramento de danos morais aduz que o *quantum* estipulado em sentença não é coerente com a lesão sofrida, considerando a falha no repasse de produtos da apelada para os pontos de venda da apelante, a concorrência desleal configurada ante a impossibilidade de participação em diversas promoções, a coação para assinatura do termo recíproco de quitação, bem como o fato de ter sido protestada indevidamente. Desta feita, pede a majoração dos danos morais em cem vezes o valor do título indevidamente protestado.

Por fim, sustenta que a apelada não realizou o pagamento referente ao último encontro de contas entre as partes, realizado em janeiro de 2007, no valor de R$ 80.273,39 (oitenta mil e duzentos e setenta e três reais e trinta e nove centavos), acrescido de multa e juros contratuais, com a devida correção monetária.

Da mesma forma, Telefônica Brasil S/A recorreu da sentença proferida nos autos. Em suas razões afirma que houve termo de quitação firmado entre as partes e que não há qualquer ressalva acerca de créditos que não seriam objeto do dito pacto, não fazendo jus a apelada ao recebimento de nenhuma verba.

Ao depois, aduz que não houve ilegalidade no protesto realizado, tendo em vista que até a assinatura do termo de quitação a recorrida encontrava-se inadimplente e, portanto, não são devidos danos morais.

Subsidiariamente, sustenta que, caso os danos morais devam permanecer, o valor arbitrado em sentença é abusivo e excede a extensão do dano, devendo ser minorado sob pena de enriquecimento ilícito da apelada.

Intimadas a se manifestarem, as partes apresentaram contrarrazões aos respectivos recursos. Tossi & Sales Ltda alegou, preliminarmente, o desrespeito ao princípio da dialeticidade no recurso interposto pela Telefônica Brasil S/A, o que levaria ao seu não conhecimento. Ao final, ambos pugnam pelo improvimento das apelações interpostas e a manutenção integral da sentença.

Esclareço, inicialmente, que como a decisão foi publicada antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), o presente julgamento deverá ser norteado pelo CPC anterior (Lei n.º 5.869/73).

Preliminar

Inicialmente, tenho que a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade não merece ser acolhida.

O princípio da dialeticidade exige que o apelante demonstre a suposta ilegalidade ou injustiça da sentença que pretende modificar, deve apresentar os fatos e fundamentos jurídicos que amparam sua pretensão de reforma e formular o pedido de nova decisão.

É o caso dos autos, pois o recurso da Telefônica Brasil S/A atendeu as regras do artigo 514, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, bem como atacou de forma clara e específica os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende a reforma da decisão, contrariando, assim, as razões formuladas pelo julgador no *decisum* objurgado.

Rejeito, pois, a preliminar.

Analiso o mérito de ambos os recursos, de forma conjunta, posto que atacam a mesma sentença.

Da bonificação de qualidade por desempenho

Em análise aos autos tem-se que é indevida a cobrança referente à bonificação de qualidade por desempenho.

Conforme consta às f. 129-30, o referido bônus seria devido à requerente com base no total de ativações realizadas em planos do tipo pós pago no período de maio de 2002 a outubro de 2005, caso a autora cumprisse os seguintes parâmetros: a taxa de inadimplemento de seus clientes deveria ser inferior a 4,9 % e a conta média dos clientes adimplentes, maior que R$ 100,00 (cem reais).

Conforme perícia (f. 1837-8), foram realizadas 11.891 (onze mil e oitocentos e noventa e uma) ativações no referido período, totalizando R$ 1.189.100,00 que supostamente seriam devidos. Contudo, não se desincumbiu a apelante/requerente de provar, nem na fase instrutória, nem em sede recursal, que preencheu adequadamente os requisitos necessários à percepção total da bonificação.

Bem se vê que a apelante/requerente limitou-se a alegar que, por não ter recebido nenhuma informação da Telefônica Brasil S/A, tanto acerca da taxa de inadimplência, quanto em relação ao valor médio das contas dos clientes adimplentes, deve ser tacitamente reconhecido que os dados estariam dentro dos parâmetros.

Sustenta que, conforme documento de f. 129, *"o ponto de venda terá acesso à informação"* e, por tal motivo, seria responsabilidade da apelada/requerida fornecer os dados para o cálculo das bonificações.

Todavia, tal alegação não merece prosperar. A despeito de existir prova testemunhal afirmando que o sistema para acesso às informações fornecido pela recorrida/ré era precário, não se pode considerar que esta seja a obrigação da distribuidora. Isto porque, em uma simples análise do contrato não se vislumbra que tal responsabilidade tenha sido estabelecida. Ademais, verifica-se que por todo o período da bonificação não houve sequer uma solicitação ou reclamação quanto ao sistema à empresa requerida.

Destaca-se que no ordenamento jurídico brasileiro somente poderá se considerar uma obrigação não descrita em contrato apta a materializar um consentimento quando vier acompanhada de outras circunstâncias ou condições que envolvam a vontade contratual no caso concreto.

No caso dos autos, não consta do contrato nem pode se inferir de qualquer de suas cláusulas a responsabilidade da requerida em transmitir pela transmissão de dados à requerente e, portanto, não se pode considerar que o silêncio contratual lhe imponha tal obrigação. Aliás, em verdade as informações eram de conhecimento da requerente, que reclamou apenas da inconsistência do sistema operacional que as disponibilizava, do qual, porém, jamais reclamara.

Relembre-se que a relação entre as partes era negocial, com base em contrato livremente pactuado e por amplo período cumprido sem, absolutamente, qualquer reclamação quanto à ausência de acesso às informações.

Desse modo, não tendo a apelante/requerente se desincumbido de seu ônus de comprovar que cumpriu adequadamente os requisitos para a percepção integral da bonificação de qualidade por desempenho, a manutenção da sentença nesse aspecto é medida que se impõe.

Da bonificação semestral

Quanto à bonificação semestral a controvérsia restringe-se à quantidade de pontos de venda da apelante/requerente que estariam enquadrados nas definições contratuais e aptos a perceber a respectiva quantia.

Afirma a recorrente/autora que seriam 12 (doze) pontos de venda, relacionados às f. 1018, no total, enquanto a empresa de telefonia sustenta que são apenas 02 (dois) pontos, considerando o conceito previsto em contrato (f. 72-87). Assim, vejamos:

> *Ponto de Venda – significa qualquer Unidade de Venda, ainda que qualificada como agencia, sucursal, filial, lojas ou qualquer outro estabelecimento que se enquadre na definição de Unidade de Venda e que simultaneamente possua inscrição no CNPJ, domicílio e ânimo de permanência, incluindo, mas sem limitação, o Estabelecimento Principal quando aplicável, sendo os Pontos de Venda classificados conforme o Anexo H - "Manual de Classificação e Padronização".*

> *Unidade de Venda – significa qualquer local de venda, ponto de venda ou estabelecimento comercial e/ou de venda do contratado destinado à consecução, total ou parcial, das atividades objeto deste Contrato e que seja dirigido, representado e administrado, ativa e passivamente, pela pessoa que assina o presente instrumento e seus anexos, seja na qualidade de sócio ou de mandatário dos Estabelecimento Principal, incluindo, mas sem limitação, agências, sucursais, filiais, lojas, quiosques, bem como balcões de venda, estandes e quaisquer locais de venda, inclusive os temporários e/ou utilizados para a venda fora do estabelecimento.*

Conforme disposição contratual, portanto, o ponto de venda será assim considerado quando existir uma unidade de venda com inscrição no CNPJ.

Ocorre que, da listagem de pontos de venda trazidos pela apelante/requerente, apenas 02 (dois) deles possuem inscrição no CNPJ. Os demais estão vinculados à inscrição da matriz, qual seja CNPJ 004.316.834.0001-61, localizada na Rua Marechal Cândido Mariano Rondon, n° 2440, Centro, nesta capital e, de acordo com o entendimento do magistrado sentenciante, apenas a vinculação ao CNPJ não é suficiente para enquadrar o local como ponto de venda, eis que entendeu ser necessário uma inscrição para cada um.

Tal entendimento deve ser mantido. Restou clara a cláusula contratual que definiu o que poderia ser considerado um ponto de venda, sendo, então, este uma unidade de venda que simultaneamente possui inscrição no CNPJ.

E o próprio contrato diferencia ponto de venda e unidade de venda

Nota-se que com o advento do novo Código Civil, o princípio da força obrigatória dos contratos restou mitigado pela observância da função social, da revisão contratual por onerosidade excessiva e da boa-fé contratual, que buscam trazer maior justiça e equidade nas relações contratuais contemporâneas.

Contudo, não se pode considerar que o *pacta sunt servanda* tenha sido suprimido do ordenamento jurídico após a ponderação de tais normas principiológicas. Há, no caso dos autos, a necessidade de prevalecer a vontade das partes à época da contratação, considerando principalmente a segurança jurídica da relação contratual e a autonomia do contrato eis que não estão presentes no caso interesses metaindividuais ou mesmo interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Ademais, não se vislumbra na cláusula que determina a vinculação do ponto de venda ao seu próprio número de CNPJ uma determinação excessivamente onerosa à parte autora, tendo em vista que a empresa contratada poderia providenciar a identificação junto à Secretaria da Receita Federal, podendo ter a apelante inclusive vinculado inscrições filiais com a matriz sem gastos demasiados.

Em sendo assim, e considerando que a apelada/requerida pagou a importância de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de bonificação semestral para os dois pontos de venda que de fato possuíam inscrição no CNPJ, não há que se falar em cobrança a esse respeito.

Da promoção *"Tire seu celular da gaveta"*

Quanto ao pedido de cobrança referente à promoção *"Tire seu celular da gaveta"*, a apelante afirma que, no período promocional de 23 de maio de 2003 a 30 de agosto do mesmo ano, seria devido o valor de R$ 25,00 (vinte e cinco reais) por ativação de conta *"Toque Pratco"* (f. 134) e que, além dessa quantia, a empresa apelada/requerida deveria pagar R$ 30,00 (trinta reais) por ativação da mesma linha telefônica pré-paga, totalizando R$ 55,00 (cinquenta e cinco reais).

Sendo assim, por terem sido ativadas 1.162 (um mil cento e sessenta e duas) linhas, bem como já ter recebido R$ 25,00 (vinte e cinco) por cada uma, a apelante/requerente pede o pagamento da quantia de R$ 30,00 (trinta reais) pelo número de linhas que ativou no lapso promocional.

De início, anota-se que o cerne da questão posta nos autos não se refere à discordância do pagamento ou não das quantias discriminadas, mas sim se o valor tido como devido pela apelante/requerente é de fato obrigação da empresa apelada/ré.

Ocorre que não ficou demonstrado nos autos a previsão em contrato da bonificação extra de R$ 30,00 (trinta reais) por linha telefônica ativada naquele período. Conforme perícia (f. 1842) não foram encontrados elementos técnicos que assegurassem o recebimento desse adicional. O perito ainda afirma que em análise às notas fiscais (f. 1852-9), observou-se existência de faturamentos em que foram cobradas as comissões de R$ 25,00 (vinte e cinco reais) e, sendo assim, a apelante já recebeu as comissões previstas no Anexo *"H"* – Manual de Classificação e Padronização, no tópico Tabela dos Serviços e de Remuneração para os Pontos de Venda (f. 133-4).

Nota-se que, muito embora a apelante/requerente tenha trazido aos autos prova testemunhal (f. 1986) que declarou a contratação referente ao acréscimo de R$ 30,00 (trinta reais), o depoimento de uma única testemunha nesse sentido não é suficiente para que seja configurada a obrigação contratual da apelada/requerida.

Isto porque, embora não exista hierarquia entre as provas, cada uma delas possui seu valor intrínseco segundo o resultado que produz em cada tipo de ação, cabe ressaltar que o caso dos autos se estriba em contrato escrito, e tem-se como mais eficaz a comprovação das alegações através dos documentos que as próprias partes colacionaram ao caderno processual, quais sejam os contratos firmados entre as empresas, as notas fiscais, faturamentos, manuais, dentre outros documentos. Não se pode considerar que, nesse caso, a palavra de uma só testemunha prepondere diante de tantos documentos dos quais se verifica que não houve, de fato, a contratação da quantia extra no valor de R$ 30,00 (trinta reais).

Desse modo, não havendo nos autos comprovação do fato constitutivo do direito da apelante/requerente, a sentença, nessa parte, também deve ser mantida.

Dos lucros cessantes

No que se refere ao pedido de indenização por lucros cessantes, afirma a apelante/requerente que são devidos em razão de inadimplemento contratual da empresa recorrida, por não ter respeitado as cláusulas contratuais. Nesse sentido, sustenta que houve diferenciação dos preços praticados nas lojas próprias e aquelas da distribuidora, escassez de produtos em feriados e datas comemorativas, diminuição da verba de publicidade e falta de planejamento quando da mudança de sistema da tecnologia TDMA para CDMA, tendo, em razão disso, sido firmado um termo de ajustamento de conduta que gerou a suspensão temporária na ativação de novas linhas. Por todos esses motivos alega que houve lucro cessante presumido e, portanto, a indenização é devida.

Contudo, conforme perícia realizada nos autos (f. 1837), não restou comprovado que a recorrente tenha sofrido prejuízos financeiros decorrentes de tais fatos, mesmo após a análise contábil dos documentos colacionados. Nesse sentido, tem-se a explicação do perito:

> *O quadro apresentado nos leva a duas hipóteses: a) supervalorização dos custos variáveis e fixos, ou b) erro técnico de cálculo dos custos na elaboração dos preços de Vendas e Prestações de Serviços. As duas hipóteses nos levam a concluir que os registros contábeis não espelharam a realidade da movimentação econômica e financeira da empresa REQUERENTE, o que nos levou a optar pela DESCLASSIFICAÇÃO da CONTABILIDADE*

representada pelos Livros Contábeis analisados para a apuração de eventuais LUCROS CESSANTES. Por outro lado, se considerarmos que os CUSTOS FIXOS e VARIÁVEIS apresentados pela empresa REQUERENTE, que eram superiores a 114% (cento e quatorze por cento) nos anos de 2001 a 2008, descartamos a possibilidade de arbitrar LUCROS CESSANTES pela modalidade LUCRO PRESUMIDO. (f. 1843).

Observa-se que a apelante/autora nada apresentou que pudesse caracterizar o ilícito contratual, bem como o ganho esperado e frustrado, sendo tais elementos fundamentais para configurar os lucros cessantes.

Dispõem os incisos I e II do artigo 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, o ônus *probandi* cabia à parte autora quanto ao fato constitutivo de seu direito, mas esta não o demonstrou.

Nesse passo, considerando a mera possibilidade de existir lucro cessante, não ser o dano certo e, ainda, apresentar-se apenas potencialmente mas sem qualquer referência ou indicação de probabilidade efetiva, não há dever de indenizar.

Sendo assim, a sentença não comporta reparos.

Dos danos morais

No que se refere ao pedido de danos morais, objeto de recurso de ambas as partes, a empresa apelante/requerente sustenta que o valor fixado em sentença não corresponde aos prejuízos sofridos. Alega que houve falha no repasse de produtos para os pontos de venda, concorrência desleal, coação para assinatura de termo recíproco de quitação e, por fim, protesto indevido.

Antes de analisar o pleito, cabe destacar que de todas as razões trazidas pela apelante/requerente para incidir danos morais, apenas a condição de ter sido o título protestado indevidamente merece ser analisada. Isto porque não restou comprovado nos autos que de fato tenha ocorrido qualquer das outras situações mencionadas em recurso.

Não há no caderno processual qualquer elemento de prova que evidencie a falha nas obrigações contratuais da apelada/requerida, nem prova de que tenha ocorrido a ameaça de exercício normal de um direito a ponto de ser convertida em coação, *"quando a forma e as circunstâncias utilizadas pela parte para fazê-lo caracterizam excesso, abuso com o condão de influir no ânimo do contratante e dele tirar o livre arbítrio, a possibilidade de declarar a sua vontade com independência"*[1].

No que se refere à coação, diz-se que é a pressão exercida sobre alguém com a finalidade de que realize algum ato. Porém, somente existe o vício do consentimento se a ameaça é de um mal sério, grave, atual ou iminente e injusto. Na espécie, em momento algum a empresa autora comprovou a existência da coação, não apresentando sequer indícios de sua ocorrência, limitando-se a tecer comentários a respeito.

Sendo assim, não havendo qualquer evidência de que tais circunstâncias pudessem ter ocorrido, passa-se a análise dos danos morais quanto ao protesto indevido.

1 **Código Civil e legislação civil em vigor.** Theotonio Negrão, José roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, com a colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. 30. ed. São Paulo. Saraiva. 2011. p. 89.

Conforme consta nos autos, a requerente emitiu uma duplicata mercantil por indicação de n.º 81773001, em 08/06/2006, no valor de R$ 29.250,00 (vinte e nove mil e duzentos e cinquenta reais), com vencimento em 23/06/2006. Tal título foi protestado na data de 26/07/2006, conforme certidão de f. 1200. Há nos autos, ainda, registro de dois demonstrativos de compensação de créditos (f. 1202 e f. 1333), ambos datados de 25/07/2006, em que o primeiro possui um total de R$ 34.286,76 (trinta e quatro mil e duzentos e oitenta e seis reais e setenta e seis centavos) e o segundo R$ 31.177,28 (trinta e um mil e cento e setenta e sete reais e vinte e oito centavos). Porém, muito embora exista divergência de valores compensados, em ambos os documentos está a referência do título protestado n.º 081773-02, vencido em 23/06/2006, no valor de R$ 29.250,00 (vinte e nove mil e duzentos e cinquenta reais).

Observa-se da documentação colacionada que a compensação do crédito ocorreu na data de 25/07/2006 e, no dia seguinte, em 26/07/2006, foi realizado o protesto do mesmo crédito.

A recorrida/ré informa que não pode, contudo, ser considerada tal data como referência para quitação dos débitos, considerando, principalmente, que houve termo recíproco de quitação (f. 1332) na data de 14/09/2006 e, sendo assim, não há que se falar em protesto indevido.

Contudo, analisando a conduta da requerida, não há como deixar de reconhecer que agiu de forma negligente, já que incluiu o nome da empresa autora nos registros de protesto mesmo após a compensação das contas, inclusive da duplicata mercantil em questão.

Cumpre destacar que no caso de duplicata a Lei n.º 5.474/68 dispõe:

> *Art. 10. No pagamento da duplicata poderão ser deduzidos quaisquer créditos a favor do devedor resultantes de devolução de mercadorias, diferenças de preço, enganos verificados, pagamentos por conta e outros motivos assemelhados, desde que devidamente autorizados.*

Ademais, o próprio Código Civil tratou do tema:

> *Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*

Assim, não há dúvidas de que a quitação da dívida tenha se dado no momento da compensação dos créditos, ou seja, na data de 25/07/2006 e, portanto, é evidente que o protesto em 26/07/2006 foi indevido.

Quanto à inscrição indevida da duplicata mercantil n.º 093001001, no valor de R$ 12.904,50 (doze mil e novecentos e quatro reais e cinquenta centavos), não há elementos suficientes nos autos de que tal título tenha de fato sido protestado, bem como de que os créditos tenham sido compensados.

Cumpre destacar que, conforme alegação da apelante/requerente, de acordo com demonstrativo de constas colacionado aos autos (f. 1193), o débito resultante da compensação dos créditos entre as empresas seria de apenas R$ 336,00 (trezentos e trinta e seis reais), valor depositado na conta da requerida em 07/12/2006 (f. 1198) e que, portanto, não seria pertinente ao protesto do título já que os créditos foram compensados.

Contudo, observa-se do documento de f. 1193 que, diferentemente dos demonstrativos de contas de f. 1202 e f. 1333, não há data de sua pactuação, não há indícios da participação de ambas as partes e, portanto, não há como se considerar que o documento esteja apto a comprovar que houve de fato a compensação dos créditos entre as empresas.

Ademais, a simples intimação para pagamento (f. 1199) de título que será futuramente protestado não basta para constatar que tenha ocorrido a inscrição, tendo em vista que no lapso entre a intimação e o

devido protesto, o devedor poderia ter quitado a dívida, extinguindo a obrigação, ou ter sido o título retirado do protesto pelo próprio credor, e nunca deveras ter tido o nome inscrito em cadastro de devedores.

Sendo assim, não havendo prova nos autos de quando houve a compensação, se ela teria ocorrido com a presença de todas as partes, bem como do próprio protesto, não há como considerar a existência de dano moral nesse aspecto.

Em continuidade, é sabido que para a existência do dever de indenizar deve haver o preenchimento de quatro requisitos, que estão bem delineados nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. Vejamos:

> *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.*

Os requisitos estão preenchidos, na medida em que a inclusão do nome da empresa requerente no cartório de protesto, após a quitação do título n.º 081773-02, torna a inscrição indevida e, via de consequência, caracteriza a prática de ato ilícito, a ensejar a indenização por danos morais.

É pacífico na jurisprudência pátria o entendimento de que em se tratando de inscrição indevida em órgãos de proteção de crédito ocorre o denominado dano moral puro, onde a simples negativação do nome nos cadastros de inadimplentes por dívida inexistente gera o dever de indenizar, sem que seja necessário a demonstração de qualquer dano advindo de tal conduta.

Configurado, pois, o dano moral, passa-se à análise de sua quantificação.

Na fixação do dano moral, o magistrado deve atentar-se a critérios de razoabilidade e proporcionalidade em observância às circunstâncias em que o ato ilícito foi cometido, às consequências da ofensa ao lesado, ao grau de culpa do ofensor, à eventual contribuição do ofendido no evento danoso e à situação econômica das partes.

Para tanto, há de ser observada a atividade, a condição social e econômica das partes, sem dar azo ao enriquecimento indevido do ofendido nem levar o ofensor à ruína, obedecendo, portanto, aos pressupostos essenciais da razoabilidade/proporcionalidade para a fixação do *quantum*.

No caso dos autos, tenho que a quantia arbitrada se afigura adequada.

Sabe-se que as empresas envolvidas na relação contratual, sobremaneira a requerida/contratante, caracteriza-se como de grande poderio econômico e, em assim sendo, a condenação em quantia inferior àquela fixada na sentença combatida, qual seja, R$ 29.250,00 (vinte e nove mil e duzentos e cinquenta reais), representaria valor irrisório incapaz de reparar a lesão causada.

Nessa feita, o montante fixado na sentença representa valor adequado com as circunstâncias do caso concreto, não caracterizando qualquer enriquecimento ilícito de qualquer das partes, tampouco se afigura irrisório a ponto de não ressarcir os danos experimentados pelo protesto.

E é evidente que, tratando-se de dano moral *in re ipsa*, a exacerbação da condenação só é devida se comprovados, também, outras e mais intensas atribulações decorrentes do protesto.

Forte nestes argumentos, a sentença deve ser mantida.

Do encontro de contas

Por fim, reside insurgência quanto aos últimos encontros de contas em que foram compensados os créditos e débitos de ambas as partes.

Consta dos autos três documentos que remetem aos demonstrativos de débitos e créditos entre as contratantes, às f. 1189, f. 1286 e f. 1287. Observa-se do primeiro encontro de contas (f. 1189), assinado em 26/01/2007, que tanto a parte autora quanto a requerida reconheceram a existência do crédito de R$ 69.062,31 (sessenta e nove mil e sessenta e dois reais e trinta e um centavos) em favor da empresa Tossi & Sales Ltda. Sendo assim, tal quantia resta incontroversa nos autos.

Contudo, os demais demonstrativos (f. 1286-7) não estão aptos a comprovar que de fato ocorreu a compensação de créditos. Primeiro, porque tais documentos são apenas impressos do sistema da parte requerida, ou seja, de produção unilateral e, ao depois, porque não houve ratificação dos valores pela empresa requerente em nenhum momento subsequente.

Assim, não havendo nenhum elemento que confirme a concordância, ou mesmo a ciência da autora quanto aos cálculos elaborados pela empresa requerida, não é possível considerar tais documentos como válidos à compensação de créditos existentes entre as partes.

Ademais, os quadros apresentados foram elaborados após a reunião de 26 de janeiro de 2007, onde ficaram acertados todos os valores devidos pelas partes. Não haveria necessidade, portanto, de ocorrer mais dois encontros de contas, sem conhecimento da apelante/autora e, sendo assim, não é possível considerar que tais documentos estejam aptos a constituir créditos ou débitos.

Bem se vê que o magistrado de primeiro grau realizou diversos cálculos, considerando tais demonstrativos como válidos ao encontro de contas e, portanto, apenas nesse aspecto, a sentença deve ser reformada.

Contudo, da mesma forma que não podem ser considerados tais documentos por não haver confirmação dos valores pela empresa contratada, não se pode considerar os itens descritos a mão à f. 1189. Isso porque, conforme se observa do documento, há apenas a assinatura da requerente confirmando tais valores como créditos aptos a compensar. Observa-se que a empresa requerida não ratificou a existência de tais débitos e, portanto, não há como reconhecê-los.

Sendo assim, o montante devido à requerente corresponde ao valor de R$ 69.062,31 (sessenta e nove mil e sessenta e dois reais e trinta e um centavos), ou seja, a quantia descrita no total ao fim da relação dos valores no referido encontro de contas.

No que tange ao ajustamento de juros a aplicação de multa contratual tem-se que é descabida a discussão na presente ação.

De início, cumpre ressaltar que o procedimento dos autos não tem o condão de revisar cláusulas contratuais, nem discutir a ilegalidade, abusividade ou qualquer outro aspecto dos dispositivos que restaram firmados em contrato, inclusive no que se refere a aplicação de juros e multa.

A presente ação tem como objetivo apenas cobrar da requerida o valor devido à empresa autora por força de contrato, bem como indenizar por danos ocorridos. Não houve pedido inicial específico da requerente para revisar a cláusula que prevê as penalidades contratuais, motivo pelo qual tais determinações não podem ser alteradas.

Ante o exposto, conheço dos recursos interpostos, nego provimento ao apelo da empresa Telefônica Brasil S/A e dou parcial provimento ao da Tossi & Sales Ltda. apenas para condenar a requerida ao pagamento do valor de R$ 69.062,31 (sessenta e nove mil e sessenta e dois reais e trinta e um centavos), correspondente ao crédito apurado por ocasião da compensação realizada entre as partes, acrescidos das penalidades previstas em contrato e correção monetária pelo IGP-M/FGV, a partir de 26/01/2007 – data da liquidação do crédito – mantendo, no mais, a sentença recorrida.

Incabível a aplicação do art. 85, § 11, do NCPC, porque sentença e recursos são anteriores ao novo estatuto processual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de Tossi & Sales e negaram provimento ao recurso da Telefônica Brasil S/A, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0810126-10.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – CONTRIBUIÇÃO PARA O INSS – IMPOSSIBILIDADE DE CONTAGEM DO TEMPO PARA FINS DE APOSENTADORIA – REGIME PRÓPRIO – OBRIGAÇÃO DE CONTRIBUIR PARA O REFERIDO REGIME NO PERÍODO DE LICENÇA PARA FINS DE APROVEITAR O TEMPO PARA APOSENTADORIA– DENEGAÇÃO DA ORDEM – REEXAME NECESSÁRIO – PREJUDICADO – RECURSO PROVIDO.

Por expressa previsão dos artigos 11, da Lei n.º 8.213/91, e 12, da Lei n.º 8.212/91, os servidores públicos são excluídos da proteção do Regime Geral de Previdência Social.

A Lei Complementar Municipal n.º 191/2011, de Campo Grande, é expressa no sentido de que o servidor de licença, sem remuneração, deve contribuir para o regime próprio de previdência, não sendo possível admitir contribuição para o INSS no referido período para fins de aposentadoria por tempo de contribuição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de junho de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

O Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande interpõe recurso de apelação em face da sentença que concedeu a segurança pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado por Vera Lúcia Guimarães, para o fim de determinar a averbação de tempo de contribuição ao regime geral de previdência.

Alega que durante o afastamento do servidor por licença, este deve continuar contribuindo para o regime próprio e não para o regime geral de previdência.

Diz que a Lei n.º 8.213/91, em seu art. 11, exclui da proteção previdenciária os servidores ocupantes de cargo efetivo. Assim, o servidor público deve contribuir exclusivamente para o regime próprio.

Alega que não há ofensa ao art. 201, § 9.º, da CF, pois é vedado a contagem de tempo de tempo de serviço público com o de atividade privada quando concomitantes.

Pede a reforma da sentença para fins de não concessão da ordem por não haver direito líquido e certo à averbação pleiteada.

Contrarrazões às f. 128-32, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande em face da sentença que concedeu a segurança pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado por Vera Lúcia Guimarães, para o fim de determinar a averbação de tempo de contribuição ao regime geral de previdência, para fins de aposentadoria.

Alega, em síntese, não ser possível a averbação do tempo de contribuição para o regime geral de previdência social, pois o servidor público, por expressa previsão da Lei nº 8.213/91, é excluído da proteção previdenciária geral por possuir regime próprio. Assim, em caso de licença, o servidor público deve contribuir exclusivamente para o regime próprio, se pretender a contagem de tempo para a aposentadoria própria.

Conforme verifico dos autos, a impetrante afirma ser servidora pública municipal, admitida em 05.08.1998. Em 25.04.2003, obteve licença para tratar de assuntos particulares, sem remuneração, tendo ficado afastada até 24.04.2006.

No período de licença (24.04.2003 até 24.04.2004), passou a contribuir, voluntariamente, para o INSS.

Em 04.04.2015, buscou aposentadoria voluntária e pediu a averbação daquela contribuição para o INSS o que foi, inicialmente, autorizado pela Secretaria Municipal de Administração, porém, o IMPCG foi contra a averbação do referido período.

A sentença concedeu a segurança por entender o julgador que o art. 169[1], § 1.º, da LC Municipal n.º 190/2011, permite o cômputo do período de licença para tratar de assuntos particulares quando houver contribuição, sem especificar em qual regime.

Ocorre que a Constituição Federal prevê um regime previdenciário de caráter contributivo e solidário, o que pressupõe o compartilhamento de responsabilidade por parte dos empregados e empregadores.

A previdência pública no Brasil representa um primeiro pilar público composto pelo regime geral de previdência social (RGPS) e pelos regimes próprios de previdência dos servidores públicos civis e militares (RPPS).

A principal diferenciação entre os regimes é a distinção entre os segurados abrangidos por cada regime, estando arrolados no art. 11, da Lei n.º 8.213/91 – reproduzidos no art. 12, da Lei n.º 8.212/91 – aqueles cobertos pelo regime geral, e os servidores ocupantes de cargos efetivos dos Estados e Municípios, assim definidos em seus regimes próprios de previdência, caso em que estes, expressamente, ficam excluídos do regime geral por força dos art. 13, da Lei n.º 8.212/91, e 12, da Lei n.º 8.213/91. Vejamos:

1 Art. 169. Poderá ser concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo estável, a critério da administração, licença para tratar de interesse particular, pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração, prorrogável uma única vez por período não superior a esse prazo.
§ 1º Não será computado, para qualquer efeito legal, o tempo referente ao período da mencionada licença, salvo aposentadoria e pensão se houver contribuição para a previdência social.

> *Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social. (Redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26.11.99)*
>
> *Art. 13. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social. (Redação dada pela Lei n.º 9.876, de 1999).*

Assim, a impetrante ora apelada, servidora pública do Município de Campo Grande, é excluída do regime geral de previdência, de modo que o tempo de contribuição para referido regime não pode lhe beneficiar em regime próprio.

Até porque, como sabido, o sistema previdenciário instituído possui caráter contributivo e solidário, a dizer que a responsabilidade pelo custeio das aposentadorias e da seguridade social daqueles vinculados a esse sistema há de ser compartilhado entre os empregados e empregadores, que devem arcar com as respectivas contribuições, nos limites das alíquotas definidas em lei.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho[2]:

> *não há a menor dúvida de que os benefícios previdenciários são, como regra, caracterizados pela onerosidade, o que significa que sua concessão implica utilização de recursos públicos, normalmente vultuosos em face do quantitativo de beneficiários. Sendo assim é natural que tais benefícios devam refletir a contraprestação pelos valores que o servidor vai paulativamente pagando a título de contribuição.*
>
> *(...) os servidores, como futuros beneficiários, devem ter o encargo de pagar contribuições paulatinas e sucessivas no curso de sua relação de trabalho. Depois, será também necessária a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, de forma que haja a maior correspondência possível entre o ônus da contribuição e o valor dos futuros benefícios.*

Ademais, o servidor público licenciado não perde o vínculo funcional para com a Administração, tendo inclusive à sua disposição os serviços previdenciários, inclusive o período de licença na contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria do servidor, se houver contribuição para o regime próprio.

Na sistemática atual, segundo a abalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles:

> *não há mais tempo de serviço, porém de contribuição, sendo vedada qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício (art. 40, § 10). Disso resulta que nenhum outro tempo que não seja o de contribuição poderá ser contado para fins de aposentadoria ou pensão, ou, melhor, dentro do regime peculiar de previdência social do servidor titular de cargo vitalício ou efetivo* (**Direito Administrativo Brasileiro**, *31.ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho - São Paulo: Malheiros, 2006, p. 456).*

Não bastasse isso, o termo *"contribuição para a previdência social"*, contido no § 1.º, do art. 169, da LC Municipal 190/2011, refere-se a previdência própria do Município de Campo Grande, pois o § 5.º do art. 139[3], da mesma lei complementar, no capítulo que trata da licença do servidor é expresso no sentido de que *"no período em que o servidor estiver em gozo de licença sem vencimentos deverá contribuir para a previdência social municipal, nos termos da legislação previdenciária municipal"*.

2 **Manual de Direito Administrativo**, 23.ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009, p. 742.

3 http://sisem.org.br/portal/wp-content/uploads/downloads/2012/01/ediario_20120109134420.pdf

Assim, tendo em vista o caráter contributivo e solidário da previdência social (geral ou própria), a expressa exclusão do servidor público da proteção do regime geral de previdência social – INSS e, ainda, a expressa previsão da Lei Complementar Municipal n.º 190/2011, de que no período de licença o servidor deve contribuir para o regime próprio, a impetrante não faz jus a averbação do período de contribuição pretendido, não havendo falar, portanto, em violação a direito líquido e certo.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para o fim de reformar a sentença e denegar a segurança pleiteada.

Em razão do provimento do recurso, o reexame necessário fica prejudicado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 27 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0800838-49.2014.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA OU ADOLESCENTE – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – SUPOSTA FALTA DE AMPARO LEGAL E INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – REJEITADA – MÉRITO – CONSTATAÇÃO DA INFRAÇÃO PELO CONSELHO TUTELAR – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ALVARÁ – MENORES DESACOMPANHADOS DE RESPONSÁVEIS E INGERINDO BEBIDA ALCOÓLICA – CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 258 DO ECA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Considerando-se que é atribuição do Conselho Tutelar fiscalizar irregularidades e representar ao Ministério Público a notícia de infração administrativa a que tenha conhecimento, nos termos do art. 136, IV, do ECA, e tendo em vista que a atuação dos órgãos de controle estão pautados pela legalidade, não se há de sustentar a nulidade do procedimento administrativo verificatório.

Se restou comprovado que os requeridos, responsáveis por evento público, desrespeitaram a norma administrativa tipificada no artigo 258 do ECA, condescendendo com a entrada de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis legais em evento noturno, e permitindo a venda de bebidas alcoólicas a adolescentes, impõe-se manter a aplicação da multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível III - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Gilson de Moraes e Clube Caiuás, qualificados nos autos da apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança ou adolescente (feito nº 0800838-49.2014.8.12.0020, da Vara Criminal da Comarca de Rio Brilhante/MS) que lhe promove Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, também qualificado, inconformados com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível (f. 108-111).

Afirmou, em síntese, que o juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedente o pedido inicial para *"para, nos termos do que dispõe o artigo 258 do ECA, condená-los ao pagamento de multa no valor equivalente a 05 (cinco) salários mínimos vigentes, na data do efetivo pagamento, para cada um, a*

qual deverá ser recolhida ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança, em até 30 dias a contar do trânsito em julgado, nos termos do artigo 214, § 1º, do mesmo Estatuto, sob pena de cumprimento de sentença pelo Ministério Público Estadual".

Suscitou, preliminarmente, a tese de nulidade das provas obtidas em procedimento administrativo verificatório, *"em razão da falta de amparo legal para este tipo de procedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como por se tratar de procedimento instaurado de ofício pelo magistrado, sem observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa"* ao argumento de que não cabe ao juízo da infância e juventude promover atividades administrativas, as quais cabem apenas ao Conselho Tutelar.

Referiu, quanto ao mérito propriamente dito, que não subsiste hipótese legal que permita a aplicação de multa no caso em exame, porque as provas realizadas nos autos não evidenciam cabalmente os fatos descritos na denúncia (venda de bebidas alcoólicas a adolescentes no evento *"9º Lançamento Caiuás Rodeio Show"* e permanência de menores desacompanhados de seus responsáveis).

Em vista disso, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, julgar improcedente o pedido inicial, revogando-se as multas que lhe foram aplicadas.

Intimado, o Ministério Público Estadual em atuação na origem apresentou contrarrazões (f. 114-123), onde rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pelo não provimento do recurso.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta ofertou parecer (f. 130-139), opinando pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (relator)

Trata-se de apelação cível interposta por responsáveis por evento recreativo em face de órgão ministerial, objetivando, preliminarmente, a anulação de procedimento administrativo verificatório e, no mérito, a reforma da sentença que lhes impôs multa no valor equivalente a 05 (cinco) salários mínimos vigentes, na data do efetivo pagamento, para cada um, pela suposta prática de permitir a entrada e a permanência de crianças desacompanhadas de pais ou responsáveis, bem como de vender bebidas alcoólicas para menores.

Importante salientar, inicialmente, que embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, certo é que, em razão de a sentença ter sido publicada e o presente recurso ter sido interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973, são as regras desse *códex* que devem ser consideradas neste julgamento, em conjunto com as regras do art. 198[1] da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

Feita esta nota introdutória, e uma vez presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Preliminarmente

Nulidade do procedimento administrativo verificatório

1 Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações:

Como relatado, o apelante suscitou, preliminarmente, a tese de nulidade das provas obtidas em procedimento administrativo verificatório, porque: tal procedimento não tem amparo no ECA; não restaram observados os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; a atuação administrativa em sede de infância e juventude é reservada ao Conselho Tutelar, não cabendo ao juízo esta providência de ofício.

Por isso, pugnou pelo reconhecimento da nulidade do procedimento verificatório que deu origem ao processo e, consequentemente, a nulidade das provas utilizadas para fundamentar a sentença, ensejando, assim, a nulidade de todo o processo.

Por evidente, a preliminar deve ser rejeitada.

Isso porque, encontra-se dentre as atribuições do Conselho Tutelar, conforme previsão do art. 136, inciso IV, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) *"encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente"*.

No caso, chegou ao conhecimento do *Parquet* a notícia de fato acerca do descumprimento de normas do ECA, do termo de responsabilidade para realização de eventos, expedido pelo Conselho Tutelar (f. 19-20) e do alvará de autorização expedido pelo juízo da infância e juventude (f. 25), por meio do ofício de f. 29, o qual informou acerca da permanência de menores no evento, sem acompanhamento de responsáveis, além de venda de bebidas alcóolicas a adolescentes.

Por força desta comunicação, o Ministério Público Estadual instaurou o presente procedimento de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança ou adolescente, que, após instrução probatória, respeitado o contraditório e a ampla defesa, acabou ensejando a condenação dos representados no pagamento de multa.

É de se perceber, então, que restaram observadas as atribuições próprias de cada sujeito processual, tendo recaído sobre o Conselho Tutelar a fiscalização, ao Ministério Público a representação e, enfim, ao Estado-Juiz a aplicação da penalidade.

Percebe-se, pois, que, ao contrário do quanto defendido pelos representados, o que fundamentou a sentença foram as provas orais colhidas em juízo, em audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que restaram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer mácula que importe em afronta ao devido processo legal.

A propósito da legitimidade do Conselho Tutelar para deflagrar a representação, veja-se o seguinte precedente:

> *APELAÇÃO CÍVEL - REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA - SUPOSTA FALTA DE AMPARO LEGAL DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - OBSERVÂNCIA DO ART. 136, IV, DO ECA - PRELIMINAR AFASTADA - MÉRITO - CONSTATAÇÃO DA INFRAÇÃO PELO CONSELHO TUTELAR - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ALVARÁ - MENORES DESACOMPANHADOS DE RESPONSÁVEIS E INGERINDO BEBIDA ALCOÓLICA - CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 258 DO ECA - RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Não há se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa em razão de uma suposta falta de amparo legal quanto ao procedimento administrativo, porquanto é atribuição do Conselho Tutelar fiscalizar irregularidades e representar ao Ministério Público notícia de infração administrativa a que tenha conhecimento, nos termos do art. 136, IV, do ECA. Configura infração administrativa prevista no artigo 258 do ECA a permissão do acesso e*

> *permanência de menores em evento, em total desconformidade com o que estava regulado no alvará judicial e com os objetivos postos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é proteger a formação moral, psíquica e intelectual desses menores.* (TJMS. Apelação n. 0800147-98.2015.8.12.0020, Rio Brilhante, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 19/07/2016, p: 20/07/2016)

Logo, rejeito a preliminar e passo ao exame do mérito.

Mérito

Enquadramento dos fatos à hipótese legal que permite imposição de pena

Como relatado, os apelantes referiram, quanto ao mérito propriamente dito, que não subsiste hipótese legal que permita a aplicação de multa no caso em exame, porque as provas realizadas nos autos não evidenciam cabalmente os fatos descritos na denúncia.

Em vista disso, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, julgar improcedente o pedido inicial, revogando-se as multas que lhe foram aplicadas.

Por evidente, razão não lhes assiste.

Como se percebe dos autos, as multas no valor equivalente a 05 (cinco) salários mínimos vigentes, na data do efetivo pagamento, para cada um dos apelantes, foram impostas em razão da apuração promovida nos autos, de que houve venda de bebidas alcoólicas a adolescentes no evento *"9º Lançamento Caiuás Rodeio Show"* e permanência de menores desacompanhados de seus responsáveis.

Referida autuação possui respaldo no art. 258 do ECA, que estipula:

> *Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:*
>
> *Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.*

Para lograr êxito na aplicação da multa, cabia ao *Parquet* demonstrar que o responsável pelo estabelecimento ou o empresário deixou de observar o que estabelecia o ECA sobre o acesso e participação de criança ou adolescente no evento.

E, no caso, o Ministério Público Estadual logrou tal intento.

Sabe-se que o artigo 149 do ECA atribui competência à autoridade judiciária para disciplinar através de portaria ou autorizar, mediante alvará, a entrada de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis em eventos, a exemplo do *"9º Lançamento Caiuás Rodeio Show"*.

No caso, percebe-se do teor do *"Termo de Responsabilidade para Realização de Eventos"*, expedido pelo Conselho Tutelar (f. 19-20) e do teor do *"Alvará de Autorização"*, expedido pelo Juízo da Infância e Juventude (f. 25), que os apelantes foram instados a fiscalizar as normas do ECA, especialmente no tocante à proibição de entrada de menores de 16 (dezesseis) anos desacompanhados dos pais ou responsáveis legais, e quanto à proibição de venda de bebidas alcoólicas aos adolescentes.

A despeito disso, restou comprovado nos autos o descumprido deste dever, fazendo emergir a responsabilização dos responsáveis pelo ilícito administrativo.

Conforme constou do ofício de f. 29, restou apurado pelo Conselho Tutelar que:

> *(...) Na portaria do evento não estava solicitando documentação, e portanto não havia como diferenciar adolescentes de adultos. Na área Open Bar, foi liberada a entrada de adolescentes, porém, com uma pulseira de cor laranja e maiores de idade com pulseiras de cor lilás, não sabemos informar como procedeu a identificação destes adolescentes, sendo que não estava sendo solicitada a documentação na portaria. Abordamos alguns adolescentes fazendo uso de bebidas alcoólicas. E pelo fato de não estar sendo solicitado a documentação na portaria, tivemos que representar perante o Ministério Público a pessoa de J. dos S., pois nos informou ser pai da adolescente L. P. de O., nascida aos 01/10/1998, a qual não tínhamos como comprovar se realmente era o pai da adolescente, as conselheiras observaram e averiguaram que o rapaz não era o pai, pelo modo como estava tratando a adolescente, inclusive fornecendo cigarros a mesma. Abordamos-os novamente, e depois de explicadas as providências que tomaríamos o homem nos informou que havia mentido.*

Referidas irregularidades restaram confirmadas em Juízo na audiência de instrução e julgamento (f. 74).

A conselheira tutelar Letícia Silva Novais, a propósito, relatou que promoveu fiscalização na portaria do evento e constatou que era exigido documentos de identificação apenas por amostragem, realçando, também, que abordou a adolescente L. P. de O., que estava embriagada no interior do evento, sem estar acompanhada de pais ou responsáveis.

A própria adolescente L. P. de O. foi ouvida em juízo, onde relatou que comprou a entrada para o *"9º Lançamento Caiuás Rodeio Show"* sem auxílio dos pais e responsáveis, tendo adentrado ao evento sem ter sido solicitado qualquer documento de identificação. No depoimento, afirmou que adquiriu duas latas de cerveja no evento, sem qualquer empecilho ou mesmo solicitação de documento de identidade.

A conselheira tutelar Jeniffer Gomes Rodrigues igualmente confirmou que a portaria não estava exigindo documento de identificação, tendo observado a adolescente L. adentrar ao evento, desacompanhada de responsáveis legais, e, já no interior, constatado estar a menor embriagada e fazendo uso de cigarro.

A tesoureira do clube, Sra. Valdinéia Prezotoo, em seu depoimento, afirmou que era a responsável pela bilheteria e confirmou que, no início, a equipe responsável não estava acostumada a exigir o documento de identificação, relatando que esta providência era de difícil controle, sendo que a entrada ou venda de bebida alcoólica a menor *"pode ter passado"*.

Destes depoimentos destoa-se apenas o relato do funcionário do Clube Caiuás, Sr. Amarildo Pinheiro, o qual, inclusive, foi ouvido como informante, onde afirmou que trabalhava da portaria e solicitada a documentação na entrada.

Nesta senda, pelo conjunto dos depoimentos é possível perceber que o Ministério Público logrou demonstrar que os requeridos, enquanto responsáveis pelo *"9º Lançamento Caiuás Rodeio Show*" deixaram de observar as normas contidas no alvará judicial, expedido pelo juízo da infância e juventude (f. 25), condescendendo com a entrada de menores de 16 (dezesseis) anos desacompanhados dos pais ou responsáveis legais, e permitindo a venda de bebidas alcoólicas a adolescentes.

Sendo assim, mostrando-se evidente o desrespeito dos apelantes quanto à norma administrativa tipificada no artigo 258 do ECA, em descompasso com o alvará judicial e com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é proporcionar formação moral, psíquica e intelectual dos menores, andou bem o Juízo singular ao impor a referida sanção.

Importante salientar, a propósito, que referida afronta às normas do ECA pelos requeridos não é fato isolado, vez que se pode constatar, pelo exame do acórdão de julgamento da apelação cível nº 0800147-98.2015.8.12.0020, que os mesmos responsáveis, ora apelantes, também foram sancionados pelos mesmos fatos quando da realização do *"8º Caiuás Rodeio Show*", realçando o acerto do juízo singular ao aplicar nova penalidade, agora por terem descumprido normas do ECA no *"9º Lançamento Caiuás Rodeio Show"*.

Dispositivo final

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso de apelação interposto por Clube Caiuás e outro, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego-lhe provimento, para manter incólume a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Remessa Necessária n. 0843700-24.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO POPULAR – OBJETO TENDENTE A PROIBIR A FISCALIZAÇÃO DO APLICATIVO *UBER* – PRETENSÃO DE OBTER TUTELA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – RECURSO OBRIGATÓRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Em sede de ação popular, determinada pelos arts. 1º e 11 da Lei n° 4.171/65 e, ainda, pelo inciso LXXIII do art. 5° da Constituição Federal, deve-se pleitear a *"anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio"* dos entes ali destacados, de forma que a sentença que julgar procedente o pedido formulado na ação popular deverá decretar a invalidade do ato impugnado e, por consequência, condenar o responsável ao pagamento das perdas e danos.

Se a pretensão inicial visa única e exclusivamente uma tutela de obrigação de não fazer, é de se concluir que ela não se coaduna às condições da ação popular, impondo-se a manutenção da sentença recorrida, que concluiu pela inadequação da via eleita escolhida pelo autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Cuida-se de reexame necessário submetido de ofício pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Popular nº 0843700-24.2016.8.12.0001 ajuizada por por João Henrique Miranda Soares Catan em face de Município de Campo Grande, Elidio Pinheiro Filho, Luidison Borges Tenório Noleto, Denir de Souza Nantes e Alcides Jesus Peralta Bernal, para análise da sentença proferida na origem, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, porque o requerente é carecedor do direito de ação, por falta de interesse processual.

Na inicial, o requerente, com base na alegação de que subsiste ilegalidade e abusividade da atuação do Município quando do exercício do seu poder de polícia em detrimento dos serviços prestados pelo aplicativo *Uber*, isto por contrariar a livre iniciativa de trabalho, a independência dos negócios da internet autorizadas por lei especial, a usurpação da competência da União Federal para fiscalizar a atividade, bem como direitos básicos do consumidor na escolha do serviço prestado, pleiteou o deferimento de tutela de urgência, a fim de *"determinar a suspensão da fiscalização singular anunciada pelo Prefeito Municipal*

por ausência de competência legislativa e desvio da finalidade do direito universal de fiscalização e que se abstenham todos aqueles que possam representar o Município no exercício do "ato impugnado" determinando a vedação de práticas restritivas que visam constranger, atrapalhar e influenciar, a escolha livre do consumidor pelo serviço de transporte motorizado privado (UBER), caso entenda necessário que o juízo adote outras medidas necessárias a efetivação eficiência da tutela pretendida; requer ainda o deferimento de multa diária astreinte para concretização da tutela requerida".

Ao final, vindicou o reconhecimento da *"nulidade de procedimento de fiscalização na forma que restou demonstrada, condenando o Município de Campo Grande e os responsáveis identificados adequadamente no decorrer do processo a devolver as perdas e danos, inclusive dano de caráter moral que atingiu a empresa, usuários e motoristas particulares cadastrados eletronicamente até a presente data".*

No exame das condições da ação, o Juízo singular extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por entender que faleceria ao requerente o interesse de agir, porque *"a intenção do autor de suspender a suposta fiscalização anunciada pelo Município ao serviço de transporte motorizado privado (Uber), não pode ser feita por meio da ação popular, sendo ela inadequada para este fim. Inexistindo ato a ser desconstituído estar-se-á diante da falta de interesse do autor em manejar a ação popular por inadequação da via eleita".*

Por força da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, para reexame necessário da sentença.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta ofertou parecer (f. 60-63), onde opinou pelo não provimento do reexame.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de reexame necessário da sentença terminativa proferida em ação popular, onde restou extinta a demanda sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir.

Presentes as condições e pressupostos para o conhecimento da remessa necessária, dela conheço e passo ao exame da matéria devolvida.

Remessa necessária

Inadequação da via eleita

Como relatado, o requerente ajuizou a ação popular, alegando que subsiste ilegalidade e abusividade da atuação do Município quando do exercício do seu poder de polícia em detrimento dos serviços prestados pelo aplicativo *Uber*.

Isto porque estaria a contrariar a livre iniciativa de trabalho, a independência dos negócios da internet autorizadas por lei especial, usurpando a competência da União Federal para fiscalizar a atividade, bem como vilipendiando os direitos básicos do consumidor na escolha do serviço prestado.

Em vista disso, pleiteou o deferimento da tutela de urgência, a fim de *"determinar a suspensão da fiscalização singular anunciada pelo Prefeito Municipal por ausência de competência legislativa e desvio da finalidade do direito universal de fiscalização e que se abstenham todos aqueles que possam representar o Município no exercício do "ato impugnado" determinando a vedação de práticas restritivas que visam*

constranger, atrapalhar e influenciar, a escolha livre do consumidor pelo serviço de transporte motorizado privado (Uber), caso entenda necessário que o juízo adote outras medidas necessárias a efetivação e eficiência da tutela pretendida; requer ainda o deferimento de multa diária astreinte para concretização da tutela requerida".

Ao final, vindicou o reconhecimento da *"nulidade de procedimento de fiscalização na forma que restou demonstrada, condenando o Município de Campo Grande e os responsáveis identificados adequadamente no decorrer do processo a devolver as perdas e danos, inclusive dano de caráter moral que atingiu a empresa, usuários e motoristas particulares cadastrados eletronicamente até a presente data".*

No exame das condições da ação, o juízo singular extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por entender que faleceria ao requerente o interesse de agir, porque *"a intenção do autor de suspender a suposta fiscalização anunciada pelo Município ao serviço de transporte motorizado privado (Uber), não pode ser feita por meio da ação popular, sendo ela inadequada para este fim. Inexistindo ato a ser desconstituído estar-se-á diante da falta de interesse do autor em manejar a ação popular por inadequação da via eleita".*

Por força da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, para reexame necessário da sentença.

Como se percebe, o objeto do reexame cinge-se em verificar se a extinção do processo sem julgamento do mérito, em razão da falta de interesse-adequação na utilização da ação popular para atacar a fiscalização promovida pelo Município ao serviço de transporte motorizado privado (*Uber*), apresentou-se medida escorreita.

Em meu sentir, a sentença deve permanecer incólume.

Como cediço, a ação popular é o instrumento processual coletivo mais antigo do nosso ordenamento jurídico, disciplinado pela Lei nº 4.717/65, sendo seu principal objetivo a defesa dos interesses do povo, em que qualquer cidadão tem a legitimidade de anular ato lesivo ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com vistas à proteção do interesse da coletividade.

Dispõem os arts. 1º e 11 da Lei nº 4.171/65:

> *Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.*

Infere-se, pois, que em sede de ação popular, determinada pelos arts. 1º e 11 da Lei n° 4.171/65 e, ainda, pelo inciso LXXIII do art. 5° da Constituição Federal, deve-se pleitear a *"anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio"* dos entes ali destacados, de forma que a sentença que julgar procedente o pedido formulado na ação popular deverá decretar a invalidade do ato impugnado e, por consequência, condenar o responsável ao pagamento das perdas e danos.

Nesse norte, verifica-se que o ato jurisdicional a ser proferido na ação popular deve possuir natureza desconstitutiva, restringindo-se a eficácia condenatória à indenização por perdas e danos em relação aos responsáveis.

Sobre a matéria, pertinentes os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso[1]:

> *Sendo assim, podemos afirmar que a ação popular é uma ação popular é uma ação (des)constitutiva, ou "constitutiva-negativa" (onde se objetiva a anulação do ato imputado como lesivo ao patrimônio público) e condenatória (onde se pede a responsabilização do(s) agente(s) implicado(s) no ato sindicado, inclusive terceiros beneficiados diretamente, como quer o art. 6° da Le nº 4.717/65). Como diz José Afonso da Silva, "o que se pede, pois, imediatamente, na demanda popular, é uma sentença constitutiva negativa, isto é, uma sentença que decrete a invalidade do ato lesivo ao patrimônio daquelas pessoas, entidades ou instituições. Em decorrência dessa decisão, deverá a sentença condenar os responsáveis em perdas e danos".*
>
> *Portanto, nossa ação popular constitucional é de natureza desconstitutiva e condenatória, veiculada num processo de conhecimento.*

Na hipótese dos autos, infere-se que o demandante pretende em verdade uma tutela inibitória, a fim de que o Município se abstenha de promover fiscalização ao serviço de transporte motorizado privado (*Uber*).

Por evidente, a pretensão autoral não anteviu a anulação ou decretação de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público, ou à moralidade administrativa, ou ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Em verdade, o demandante combate suposta lesão à coletividade, visando única e exclusivamente uma tutela de obrigação de não fazer, o que, todavia, não se coaduna às condições da ação popular, impondo-se a manutenção da sentença recorrida, que concluiu pela inadequação da via eleita escolhida pelo autor.

O interesse de agir, no entender de Vicente Greco Filho, corresponde a uma relação de necessidade da tutela jurisdicional e adequação da via eleita (Direito Processual Civil Brasileiro, 1º Volume, 8ª edição, atualizada, 1993, Editora Saraiva, p. 80-81).

No mesmo sentido, colhe-se outra lição doutrinária[2]:

> *Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor a vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.*

Em casos análogos, confira-se as seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. CONTROLE

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 75.

2 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 257.

JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. ATO DE GESTÃO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER. NÃO CABIMENTO. Ao Judiciário é vedado intervir na discricionariedade e no juízo de conveniência e oportunidade da Administração em atos tipicamente de gestão pública. As providências que podem advir da eficácia de uma sentença em ação popular são, meramente, constitutivas e condenatórias (cf. art. 1º, 5º, § 4º, 11 e 12, da Lei da Ação Popular). Destarte, o pedido de cumprimento de obrigação de fazer, consistente na manutenção e execução de obras em estrada federal, não pode ser objeto de ação popular. Sentença de extinção mantida. Remessa oficial improvida. (TRF da 5ª Região, REOAC 346656/PE, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, Primeira Turma, unânime, DJ de 25/02/2005.)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. REQUISITOS ESPECÍFICOS. LESIVIDADE E ILEGALIDADE DO ATO NÃO CONFIGURADAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. - A viabilidade da demanda popular requer o atendimento a condições específicas, sendo imprescindível a configuração simultânea dos vícios da ilegalidade e lesividade do ato atacado. - À míngua de qualquer pedido anulatório, é manifesta a inadequação da via processual eleita, carecendo o autor de interesse de agir. - Apelação e remessa oficial (art. 19, Lei 4717/65), tida como interposta, improvidas. (TRF da 5ª Região, AC 103085/PE, Rel. Des. Fed. Castro Meira, Primeira Turma, unânime, DJ de 13/04/1998.)

A propósito, em caso análogo, já tive oportunidade de assentar, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POPULAR - EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - RETIRADA DAS SACARIAS UTILIZADAS COMO BARREIRA DE CONTENÇÃO DE ENCHENTES DO CÓRREGO PROSA - NECESSIDADE DE PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATO LESIVO PARA QUE SEJA POSSÍVEL A TUTELA COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE ANULAÇÃO DO ATO LESIVO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO COM O PARECER.

I - Em sede de ação popular, determinada pelos arts. 1° e 11 da Lei n° 4.171/65 e, ainda, pelo inciso LXXIII do art. 5° da Constituição Federal, deve-se pleitear a "anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio" dos entes ali destacados, de forma que a sentença que julgar procedente o pedido formulado na ação popular deverá decretar a invalidade do ato impugnado e, por consequência, condenar o responsável ao pagamento das perdas e danos.

II - O ato jurisdicional a ser proferido na ação popular deve possuir natureza desconstitutiva, restringindo-se a eficácia condenatória à indenização por perdas e danos em relação aos responsáveis. (TJMS. Apelação n. 0030401-86.2011.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 18/11/2014, p: 24/11/2014)

Sendo assim, estando a sentença hostilizada em perfeita consonância com o entendimento consolidado nesta Corte Estadual, negar provimento ao reexame necessário e ratificar a sentença é medida de rigor.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, confirmo a sentença proferida em primeira instância negando provimento ao presente reexame necessário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1402657-27.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DE VENCIMENTOS A SERVIDOR PÚBLICO SEGREGADO TEMPORARIAMENTE DA SOCIEDADE POR ENCONTRAR-SE RESPONDENDO POR PROCESSO CRIMINAL – PRISÃO CAUTELAR QUE INDUZ À IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE EXERCER SUAS FUNÇÕES – IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DOS SEUS RESPECTIVOS PAGAMENTOS – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO COM O PARECER DA PGJ.

Em cognição perfunctória, a concessão de liminar em mandado de segurança pode ser concedida desde que presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Injustificável a suspensão dos vencimentos de servidor público estadual, porquanto a medida cautelar imposta pelo juízo penal implica, tão somente, o afastamento das funções, pela impossibilidade material de exercê-las.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Edgar Lopes Cardoso, inconformado com a decisão proferida nos autos do mandado de segurança (feito nº 0806088-18.2017.8.12.0001, da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS) impetrado em face da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário-AGEPEN/MS, que indeferiu a liminar pleiteada na origem (f. 37-40/TJMS), interpôs o presente agravo de instrumento.

Alegou que se encontra preso preventivamente na colônia penal de Três Lagoas, desde 30 de novembro de 2016, por uma decisão interlocutória do juiz da 1ª Vara Criminal daquela Comarca, contudo, desde janeiro de 2017, os agravados, violando os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade dos vencimentos, suspenderam o pagamento de seus proventos, em decorrência da prisão cautelar decretada.

Aduziu que a probabilidade do direito está evidenciada na prática do ato administrativo ilegal que determinou a suspensão no pagamento de seus vencimentos.

Afirmou haver risco ao resultado útil do processo, em razão do fato de que a suspensão do pagamento dos seus salários acarretará prejuízos irreparáveis, como a interrupção do provento de seus 04 (quatro) filhos. Ressalta que as verbas suprimidas são de natureza alimentar e, ainda, que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em vista destas considerações, pleiteou a concessão do efeito suspensivo ativo ao agravo, determinando-se aos agravados, de imediato, a suspensão do ato coator, por estarem presentes os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano.

Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A antecipação da tutela recursal e os benefícios da justiça gratuita foram deferidos a favor do agravante (f. 44-50).

O juízo *a quo* prestou informações sobre o processo de origem, mencionando que a suspensão do pagamento dos subsídios devidos ao agravante deu-se em razão da paralisação do exercício de sua função e não em razão de encontrar-se respondendo por ação penal, razão por que aduz ter mantida a decisão agravada como proferida (f. 57-59).

A parte agravada, Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário-AGEPEN/MS, apresentou resposta ao recurso (f. 67-78), oportunidade em que defendeu a impossibilidade de concessão de tutela de urgência a favor do agravante, em razão de expressa vedação legal contida no art. 1º da Lei nº 9.494/97, alegando, ainda, a ausência da presença dos pressupostos legais para a concessão de tutela antecipada, razão por que requer o não provimento do recurso.

A PGJ manifestou nos autos (f. 84-88), opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Edgar Lopes Cardoso, inconformado com a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança (feito nº 0806088-18.2017.8.12.0001, da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS) impetrado em face da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário-AGEPEN/MS, que indeferiu a liminar pleiteada na origem (f. 37-40/TJMS).

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, vez que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Vedação de concessão de liminar em face da Fazenda Pública

Conforme relatado, verifica-se que a parte agravada defendeu que a liminar pleiteada pelo agravante encontra vedação no que dispõe a Lei nº 9.494/97.

Entretanto referida argumentação não prospera, porquanto ao caso inaplicável a vedação do art. 2º-B da Lei 9.494/19972[1], haja vista que o pleito não se trata de inclusão de vantagem em folha de pagamento, mas sim de restabelecimento de remuneração de servidor público.

Nesse sentido:

> *(...) Inexiste óbice à antecipação de tutela. A vedação contida na Lei nº 9.494/1997, a qual deve ser interpretada restritivamente, não abrange o restabelecimento de vantagens (e.g.: AgRg no AREsp 109.432/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28/03/2012, AgRg no AREsp 71.789/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/04/2012). 4. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 548.441/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 24/09/2014)

Requisitos para concessão de liminar em mandado de segurança

Extrai-se dos autos, que a insurgência recursal objetiva a concessão de liminar em mandado de segurança impetrado pelo agravante, na qualidade de servidor público submetido à custodia em virtude de prisão em processo criminal, contra ato administrativo que suspendeu o pagamento de seus vencimentos.

A concessão liminar da ordem mandamental depende da existência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, já que o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009 estabelece que conceder-se-á medida liminar em mandado de segurança quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

Dissertando sobre o assunto, Meirelles, Wald e Mendes[2] são categóricos:

> *A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança(...). Para a concessão da liminar, devem concorrer dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – fumus boni juris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento, não afirma direitos, nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado. A Lei n. 12.016/09 admitiu a antecipação da tutela em determinadas hipóteses específicas (...). A Lei n. 12.016/09, em seu art. 7º., inc. III, consignou expressamente a possibilidade de condicionamento da liminar à prestação de garantia, ao facultar ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica interessada, litisconsorte passiva necessária.*

In casu, em cognição perfunctória própria das medidas de urgência, é de rigor reconhecer que se encontram presentes os requisitos autorizadores da concessão liminar da ordem mandamental, consubstanciados no *fumus boni juris* e *periculum in mora*, a justificar a pretensão recursal do impetrante, ora agravante.

1 Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. Colaboração de Rodrigo Garcia, São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2010, p. 86

Isto porque, em que pese o servidor público, ora agravante, não estar no desempenho normal de suas funções, em virtude de ter sido preso preventivamente, a suspensão do pagamento de seus vencimentos sem prévia decisão condenatória transitada em julgado, *prima facie*, implica em punição antecipada incompatível com os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos, previstos nos artigos 5º, LVII, e 37, XV, ambos da Constituição Federal.

Sobre a matéria, em caso análogo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0136735-89.2013.8.26.0000, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 482006-4/MG, enunciou o entendimento de que é vedada a redução dos vencimentos de servidores públicos processados criminalmente, a saber:

> *ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I -* ***A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos.*** *II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.* (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7.11.2007 e publicado em 14.12.2007 – Destaquei).

E a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua firme no sentido de que incorre em ilegalidade o ato que procede a redução dos vencimentos de servidores processados criminalmente, como mostram as ementas abaixo:

> *ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido." No julgamento do ARE 705.174-AgR, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma deste Tribunal decidiu, por unanimidade de votos, que "o fato de o servidor público estar preso preventivamente não legitima a Administração a proceder a descontos em seus proventos". Veja-se trecho do voto do relator do caso: "Referido desconto também se afigura ilegal em vista das referidas faltas ao serviço decorrentes da prisão cautelar, pois atenta contra o princípio da irredutibilidade dos vencimentos do servidor público, o qual, apenas depois de regular processo administrativo, em que deve ser-lhe assegurada a ampla defesa, pode vir a ser privado de seus vencimentos, ainda que somente de uma parte de seu montante". Diante do exposto, com base no art. 21,*

> *§ 2º, do RI/STF, dou provimento ao recuso. Invertidos os ônus da sucumbência, ressalvada eventual concessão do benefício da justiça gratuita, sem prejuízo do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/1950. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 512/STF).* (Decisão monocrática proferida no ARE 969447/SP, relatada pelo Ministro (Apelação nº 0024314-94.2013.8.26.0053 Voto n° 16.936 Roberto Barroso, publicada em 3.6.16)
>
> *POLICIAL CIVIL PRISÃO CAUTELAR REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS IMPOSSIBILIDADE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS (CF, ART. 5º, INCISO LVII, E ART. 37, INCISO XV) RECURSO IMPROVIDO. (ARE 715.658-AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello). Desse modo, o acórdão recorrido merece ser reformado, uma vez que as instâncias ordinárias divergiram da orientação firmada pela jurisprudência desta Suprema Corte acerca da matéria. Isso posto, dou provimento ao recurso (art. 21, § 2°, do RISTF).* (ARE 1023698, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08/02/2017, publicado em Processo Eletrônico DJe-030 Divulg 14/02/2017 Public 15/02/2017)

Não se pode olvidar, ainda, que o art. 37, XV da Constituição Federal, ao tratar das exceções à irredutibilidade do subsídio e dos vencimentos não aloca entre as hipóteses ali relacionadas a do servidor encontrar-se sob prisão provisória, como ocorre no caso.

Neste contexto, procedendo-se uma ponderação frente aos princípios colidentes, sobrepõe-se à efetiva inexistência de contraprestação por parte do servidor, por absoluta impossibilidade material, impondo-se, deste modo, a salvaguarda de não ser considerado culpado e, consequentemente, não sofrer restrições em seu patrimônio por conta da persecução penal em andamento.

Esta conclusão, inclusive, remanesce do fato de que esta impossibilidade material decorre do interesse da própria Administração Pública, que houve por bem decretar excepcionalmente a restrição cautelar da liberdade do investigado, ora agravante.

Não fosse isso, e não menos importe, segue o fundamento de que o afastamento do agravante em decorrência de seu recolhimento em estabelecimento prisional não pode resultar na suspensão de seus vencimentos, porquanto, por força do que dispõe o inc. XIV do art. 178 do Estatuto do Servidores Públicos Estaduais (Lei nº 1.102/1990), *in verbis*:

> *Art. 178. Será considerado como de efetivo exercício o afastamento por motivo de:*
>
> *(...)*
>
> *XIV - recolhimento a prisão, se absolvido no final.*

Logo, resta evidenciado no caso o *fumus boni juris* a autorizar a concessão da liminar pleiteada pelo agravante e indeferida pelo juízo *a quo*.

Sob outro enfoque, resta demonstrado o *periculum in mora*, em razão dos vencimentos do agravante tratar-se de verba de caráter alimentar, que não só dirige-se ao seu sustento próprio, como também o de sua família, o que revela o prejuízo irreversível em caso de não ser concedida a medida pleiteada.

Dispositivo final

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, conheço deste recurso de agravo de instrumento interposto por Edgar Lopes Cardoso e dou-lhe provimento, para, reformando-se a decisão agravada, conceder a liminar pleiteada no processo de origem, a fim de suspender os efeitos do ato administrativo impugnado, assegurando ao agravante o recebimento de seus proventos de agente penitenciário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível II
Apelação nº 0008197-22.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO EMPRESARIAL – COBERTURA PARA DANOS CAUSADOS FORA DO ESTABELECIMENTO PELA DISTRIBUIÇÃO E/OU FORNECIMENTO DE COMESTÍVEIS E BEBIDAS – CLÁUSULA EXPRESSA NA APÓLICE – RESPONSABILIDADE CIVIL QUE INCLUI INDENIZAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO EM DEMANDA JUDICIAL SOFRIDA PELA EMPRESA SEGURADA – NEGATIVA DA SEGURADORA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO JUDICIAL MOVIDA EM FACE DO SEGURADO – DESEMBOLSO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A cláusula da apólice prevê cobertura por evento ocorrido fora do estabelecimento comercial quando preposto da empresa estiver realizando a distribuição ou fornecimento de produtos, como no caso em tela, em que o funcionário do recorrido se envolveu em acidente de trânsito quando estava a serviço com o veículo do comércio, cujo evento resultou na morte de uma pessoa, do qual advieram demandas judiciais.

A atualização monetária incidirá a partir do ajuizamento do processo nº 021.09.008673-3, uma vez que a partir desta data é que nasceu o direito ao autor de ser ressarcido do valor pago para contratação de advogado para patrocinar a causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Porto Seguros Companhia de Seguros Gerais, nos autos de Ação de Cobrança de n. 0008197-22.2010.8.12.0021 em que contende com Pedro Luiz Polizel Tavares Epp, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que: o acidente em questão ocorreu fora das instalações da recorrida, sendo que a apólice é clara no sentido de que o local de risco da cobertura é o endereço da autora, existindo, portanto, cláusula expressa de exclusão; na apólice de seguro contratada há exclusão para cobertura de danos decorrentes de veículos fora do imóvel segurado, tampouco contratação para dano material e

moral, este excluído também de forma taxativa, de modo que não existe direito de regresso ou pagamento de custas processuais, principalmente quando os serviços são contratados sem anuência da seguradora; Subsidiariamente, a atualização da correção monetária deve ser a partir da citação efetuada nestes autos.

Requer o provimento do apelo para julgar improcedente o pedido inicial.

O recorrido apresentou contrarrazões à p. 164/168.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Porto Seguros Companhia de Seguros Gerais, nos autos de ação de cobrança de n. 0008197-22.2010.8.12.0021 em que contende com Pedro Luiz Polizel Tavares Epp, oferece recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de p. 103/105, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento da importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigida pelo IGPM-FGV desde a data do ajuizamento do processo n. 021.09.008673-3, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data da citação.

O autor Pedro Luiz Polizel Tavares Epp ajuizou esta demanda alegando que seu funcionário sofreu um acidente de trânsito enquanto realizava a entrega de produtos, razão pela qual está sendo processado judicialmente.

Afirma que celebrou contrato de seguro com a requerida, o qual previa, entre outras coberturas, o pagamento de indenização em caso de responsabilização do segurado em ação judicial, além de cobrir a despesa com custas judiciais e honorários advocatícios, postulando assim o recebimento do seguro contratado para pagamento da verba honorária ao advogado que patrocina a referida causa.

Neste apelo, a seguradora sustenta, em suma, que o acidente ocorreu fora das instalações da recorrida, sendo que a apólice é clara no sentido de que o local de risco da cobertura é o endereço da autora, existindo, portanto, cláusula expressa de exclusão.

Afirma, ainda, que na apólice de seguro contratada há exclusão para cobertura de danos decorrentes de veículos fora do imóvel segurado, tampouco contratação para dano material e moral, este excluído também de forma taxativa, de modo que não existe direito de regresso ou pagamento de custas processuais, principalmente quando os serviços são contratados sem anuência da seguradora. Subsidiariamente, protesta que a atualização da correção monetária deve ser a partir da citação efetuada nestes autos.

Pois bem.

No caso em tela, a controvérsia gira em torno do fato de o sinistro ter ocorrido fora do estabelecimento comercial, discutindo-se se, nesta hipótese, estaria o evento inserido nas hipóteses de cobertura da apólice de seguro contratada ou não.

Inicialmente cumpre registrar que o presente caso é de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o art. 3º, § 2º, enquadra a atividade securitária como serviço sujeito às normas e aos princípios consumeristas.

A apólice e respectivo de nº 118.20.4.866-0 e 118.20.6.411-8, acostada à p. 22/41, prevê como *"local do risco"*, o endereço do estabelecimento comercial do apelado, e, dentre as coberturas contratadas e limites máximos de garantia, a indenização por *"responsabilidade civil"* no valor de R$ 50.000,00 (p. 22).

No item descritivo do termo *"responsabilidade civil"*, há a seguinte previsão, transcreve-se:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL PARA BARES, RESTAURANTES, CHOPERIAS, CHURRASCARIAS, PIZZARIAS, PADARIAS E SALÕES DE BUFÊ: Em substituição a alínea 'b' do item 1.1 das Condições Gerais de Responsabilidade Civil específico para o Plano de Seguro Empresa, a presente cobertura garante o reembolso ao Segurado das quantias pelas quais o segurado vier a ser responsável civilmente em sentença judicial transitada em julgado ou em acordo autorizado de modo expresso pela seguradora, relativas ao:*
>
> *a) Danos involuntários e corporais sofridos por seus empregados ou prepostos, exceto aqueles contratados para a função de vigia, resultantes de acidente súbito e inesperado, quando a serviço do Segurado ou durante o percurso de ida e volta ao trabalho, desde que a viagem seja realizada por veículo contratado pelo Segurado, estará garantida a indenização correspondente a sua responsabilidade no evento, independente do pagamento pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho previstas na Lei nº 8.213, de 24/07/91.*
>
> *Ao contrário do que consta na alínea 'h' do item 1.1.2 das Condições Gerais de Responsabilidade Civil específico para o Plano de Seguro Empresa estarão também amparados os danos causados pela distribuição e/ou fornecimento de comestíveis e bebidas para consumo local de risco, ou fora dele. (p. 24)*

A leitura desta cláusula não deixa margem de dúvida quanto à cobertura por evento ocorrido fora do estabelecimento comercial quando preposto da empresa estiver realizando a distribuição ou fornecimento de produtos, como no caso em tela, em que o funcionário do recorrido se envolver em acidente de trânsito quando estava a serviço com o veículo do comércio, cujo evento resultou na morte de uma pessoa, do qual advieram demandas judiciais.

Ademais, de acordo com o documento de p. 16/17, emitido pela apelante em 19/05/2010, o segurado comunicou a seguradora da existência de ação em juízo, bem como postulou a avaliação dos honorários advocatícios, ou seja, cumpriu com seu dever previsto na apólice de informar previamente a contratada e solicitar sua autorização quanto à contratação do causídico.

Entretanto, a requerida/recorrente negou a cobertura administrativa.

É inafastável que é devida a indenização, visto que o autor contratou o seguro para ter garantida a cobertura para todas os eventos envolvendo seu estabelecimento comercial, e, ao contrário do argumentado pela apelante, não só não há exclusão quanto ao evento em questão como há expressa previsão de cobertura.

Confira-se a jurisprudência em questões envolvendo seguro empresarial:

> *Apelação. Ação de cobrança. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da ré. Descabimento. Seguro empresarial. Ocorrência de sinistro. Furto qualificado. Prejuízos suportados pelo autor que se encontram em conformidade com os termos da apólice. Inexistência de exclusão de cobertura. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.* (TJSP – Apelação 0045346-85.2011.8.26.0002- Relator(a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/01/2016; Data de registro: 19/01/2016)

> *APELAÇÃO. Seguro empresarial. Cobrança. Seguradora recusa pagamento de prêmio. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Não provimento. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP).*
>
> *1. Abrangência contratual de cobertura ao sinistro informado - roubo consumado de valores atinentes à movimentação financeira de casas lotéricas seguradas. Ausência de agravamento do risco em razão do fato do transporte dos valores das duas casas lotéricas ter sido realizado, muito embora em conjunto, por apenas um representante legal de cada uma. Cláusula limitativa reconhecida como abusiva. Ausência de proibição, no contrato, da realização de interrupção no trajeto quando da entrega de valores para depósito em instituição financeira quando situada em momento interno ao expediente ordinário. Dever de ressarcimento ratificado, em relação às diferenças de indenização não pagas pela ré-apelante.*
>
> *2. Recurso desprovido.* (TJSP – Apelação 4001210-59.2013.8.26.0132 - Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Catanduva; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/04/2016; Data de registro: 06/04/2016)

Logo, o contrato de prestação de serviços advocatícios está inserido na cobertura da apólice e a ré tem a obrigação de indenizar o valor despendido a esse título até o limite da indenização.

Subsidiariamente, a recorrente protesta pela atualização da correção monetária a partir da citação efetuada nestes autos.

Não lhe assiste razão.

Correta a sentença ao estabelecer que a atualização monetária incidirá a partir do ajuizamento do processo nº 021.09.008673-3, uma vez que a partir desta data é que nasceu o direito ao autor de ser ressarcido do valor pago para contratação de advogado para patrocinar a causa.

Com efeito, a correção monetária serve para assegurar a real importância da quantia gasta, garantindo o mesmo poder de compra com o decorrer do tempo de acordo com a valorização ou não da moeda a fim de que a parte não sofra prejuízo financeiro pelo transcurso temporal.

E, nesse aspecto, deve-se assegurar a atualização a contar do efetivo desembolso do valor gerador da indenização, o qual se presume ocorreu com a contratação do causídico.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

Deixo de arbitrar honorários recursais porque a sentença foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 1973[1], motivo pelo qual não cabe a fixação da referida verba, nos termos do artigo 85, § 11º do Código de Processo Civil em vigor.

1 O Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de orientar a comunidade jurídica sobre a questão do direito intertemporal, referente à aplicação da regra nova ou da antiga, aprovou diversos enunciados administrativos, dentre os quais se destaca: Enunciado administrativo número 7 - "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".

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800154-96.2012.8.12.0052 - Anastácio
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – CONSEQUÊNCIAS GRAVES – INTERNAÇÃO E CIRURGIA – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Considerando-se as graves consequências do acidente sofrido e a internação hospitalar, além das intervenções cirúrgicas pela qual a apelada precisou se submeter e o afastamento inicial de 120 dias do trabalho e depois mais 30 dias, entendo que o montante da indenização pelos danos morais estabelecido na sentença (R$ 5.000,00) deve ser elevado para R$ 10.000,00, vez que tal quantia recompensa adequadamente a vítima por todo o sofrimento decorrente do sinistro.

No que tange aos danos estéticos, tem-se que o acidente narrado na inicial acarretou na vítima cicatriz e edema permanentes, porém deve ser mantido o valor da indenização fixada na sentença (R$ 5.000,00) a fim de possibilitar o cumprimento da obrigação e não caracterizar enriquecimento sem causa.

Em caso de responsabilidade extracontratual, quanto aos juros moratórios fluem a partir do evento danoso, conforme teor da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL – CULPA CONCORRENTE – CONDUTORA SEM HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – NÃO INTERFERÊNCIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO – ANIMAL (CÃO) SOLTO EM VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO – NÃO VERIFICADA CULPA DA VÍTIMA – DANOS MATERIAIS – CORREÇÃO MONETÁRIA – A PARTIR DO DESEMBOLSO – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – DATA DO SINISTRO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

A existência ou não de habilitação para dirigir é fato irrelevante, já que a vítima estava transitando normalmente e foi surpreendida pelo cão de propriedade do requerido, que se encontrava solto no meio da rua, ocasionado assim o atropelamento e a queda.

Na indenização por danos materiais decorrente de responsabilidade extracontratual, incide correção monetária a partir do desembolso e juros de mora a contar do evento danoso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de setembro de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Naiara Karen Jesus Cristaldo e Carlos Augusto Azevedo, nos autos de ação de indenização por ato ilícito c/c danos morais e materiais de n.0800154-96.2012.8.12.0052 em que contendem entre si, oferecem recurso de apelação.

A autora Naiara Karen Jesus Cristaldo, em síntese, aduz que: ajuizou ação de reparação por danos materiais, morais e estéticos porque em 10 de agosto de 2011, ao pilotar sua motocicleta Honda Biz 125 ES, cor prata, de placa HSS 0975, ao passar próximo da residência do requerido, veio a ser colidida pelo cachorro de propriedade deste, o que lhe ocasionou inúmeros ferimentos; condenação do apelado ao pagamento de R$ 5.000,00 de danos morais e R$ 5.000,00 a título de danos estéticos deve ser elevada, visto que permaneceu longo período em tratamento e ficou com cicatriz na perna direita, edema e sequela da fratura na tíbia direita, conforme atestado no laudo pericial realizado em juízo; quanto à fixação dos juros moratórios para os danos morais e estéticos, por se tratar de responsabilidade extracontratual, incide o disposto na súmula 54 do STJ, ou seja, devem ser fixados a partir do evento danoso (10/08/2011).

Ao final, requer o provimento do apelo nos termos expostos.

O réu Carlos Augusto Azevedo, em seu recurso, sustenta que: no cálculo indenizatório impõe-se considerar o fato de que houve culpa concorrente da autora, pois, à época do acidente, a mesma não possuía a habilitação necessária à condução de veículo automotor; condutor assume o risco de causar um resultado danoso ao conduzir veículo sem o devido preparo, capacidade e habilidade para tanto, isto porque, assim agindo, incrementa o risco da produção de um resultado indesejado; a culpa por violação de um dever objetivo de cuidado (imprudência, negligência ou imperícia), deve ser também imputada à condutora do veículo, ora apelada, e não somente ao apelante; o valor arbitrado não pode prosperar, visto que deu a devida atenção a Sra. Naiara Karen, tendo, inclusive, realizado acordo sobre o pagamento das despesas médicas decorrentes da internação e cumprido com o mesmo integralmente; para a atualização dos danos materiais, deve ser considerada a data da internação da apelada, qual seja, 10/08/2011, como termo inicial para fins de correção monetária e juros de mora.

Requer o provimento da súplica para reduzir as condenações relativas aos danos morais, estéticos e materiais pela metade, bem como corrigir o termo inicial dos juros e correção monetária da indenização por danos materiais.

Contrarrazões à p. 206/209 e 210/217.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Naiara Karen Jesus Cristaldo e Carlos Augusto Azevedo, nos autos de ação de indenização por ato ilícito c/c danos morais e materiais de n.0800154-96.2012.8.12.0052 em que contendem entre si, oferecem recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de p. 173/181, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, contendo o seguinte dispositivo:

Posto isso, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Naiara Karen Jesus Cristaldo em face de de Carlos Augusto Azevedo e condeno o réu a pagar-lhe:

a) R$ 5.000,00 (cinco mil reais), pela indenização decorrente dos danos morais;

b) R$ 5.000,00 (cinco mil reais), pela indenização decorrente dos danos estéticos;

c) R$ 436,56 (quatrocentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos), pela indenização de danos materiais.

Os valores relativos aos danos morais e estéticos serão corrigidos com atualização monetária, pelo IGPM/FGV, e de juros de mora, a partir da presente decisão. No que concerne aos danos materiais, a quantia será atualizada monetariamente pelo índice INPC/IBGE desde o desembolso em 10.09.2005, acrescidos de juros de 1% ao mês desde a citação até o pagamento.

Considerando que a autora decaiu em parte mínima do pedido, com fundamento no artigo 86, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, CONDENO a parte requerida ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono da autora, que, com fundamento no § 2° do artigo 85 do novo Código de Processo Civil, fixo em 10% sobre o valor da condenação, diante da qualidade dos trabalhos.

Com fundamento no artigo 487, inciso I, novo do Código de Processo Civil, decreto a extinção do processo, com julgamento de mérito.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquive-se, com as baixas e anotações necessárias.

A autora ajuizou a demanda alegando que no dia 10/08/2011 colidiu a motocicleta Honda Biz 125 ES, cor prata, placa HSS-0975, com o cão de propriedade do requerido, o que ocasionou inúmeros ferimentos, gastos com medicamentos e inúmeros tratamentos médicos, razão pela qual requereu a condenação do requerido ao pagamento de danos morais, estéticos e materiais, no importe de R$ 37.320,00, bem como ao pagamento das despesas médicas com tratamento.

Pois bem, inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade dos apelos, recebo-os em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, §3º, do CPC.

Passo ao exame das súplicas.

Recurso da autora

Danos morais e estéticos – valor da indenização

A recorrente sustenta que a condenação do apelado ao pagamento de R$ 5.000,00 de danos morais e R$ 5.000,00 a título de danos estéticos deve ser elevada, visto que permaneceu longo período em tratamento e ficou com cicatriz na perna direita, edema e sequela da fratuta na tíbia direita, conforme atestado no laudo pericial realizado em juízo.

Pois bem. Como é sabido, o dano moral, em si mesmo, não precisa nem pode ser provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem a mencionada ofensa aos direitos da personalidade e, por consequência, sofrimento e dor ao prejudicado. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência.

No caso, não restam dúvidas de que o acidente de trânsito narrado na inicial ocasionou danos morais passíveis de serem indenizados, porquanto o evento lesivo implicou transtornos e aborrecimentos que ultrapassaram os limites do simples desconforto decorrente de situação cotidianas.

Com relação à quantia indenizatória, o arbitramento deve ser feito com moderação e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se, ainda, em conta a condição social e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, para que não haja um enriquecimento sem causa deste último e, tampouco aquele fique sem punição.

Além disso, a indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta.

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se à gravidade do dano causado, ao grau de culpa e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento ilícito para o autor em detrimento

Neste sentido o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, baseado em decisão do STJ:

> *(...) para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e eqüitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa".* (*in* Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira, 4a. ed. 2001, p. 37).

O STJ tem o mesmo entendimento:

> *Inobstante a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, há de se considerar, na fixação do quantum indenizatório, as peculiaridades do caso em questão - vale dizer, o valor do título protestado, o grau de culpa da recorrente, a repercussão do fato danoso, a inexistência de informações sobre o desfazimento concreto de negócio, exceto indicação sobre uma compra à prazo de utensílio doméstico.* (RESP 705663 - PROC 200401668870 - RJ - 4ª T. Rel. Min. Jorge Scartezzini - DJU 18.04.2005, pg. 351)

No caso em análise, considerando-se os critérios acima destacados, em especial, as graves consequências do acidente sofrido e a internação hospitalar, além das intervenções cirúrgicas pela qual a apelada precisou se submeter e o afastamento inicial de 120 dias do trabalho e depois mais 30 dias, entendo que o montante da indenização pelos danos morais estabelecido na sentença (R$ 5.000,00) deve ser elevado para R$ 10.000,00, pois referida quantia não se mostra nem tão baixa – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevada – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Com efeito, o valor ora arbitrado se apresenta razoável com as circunstâncias dos autos, vez que recompensa adequadamente a vítima por todo o sofrimento decorrente do sinistro, já que teve fratura na tíbia e precisou ser operada e afastada de suas atividades laborais, gerando sérios transtornos em sua vida pessoal e profissional, além de alteração em seu estado de saúde que demandou cuidados, recuperação e tratamento.

Por outro lado, diante da extensão e consequências do dano, poder-se-ia falar em maior compensação à autora, porém a quantia em tela se afigura condizente com a condição financeira do

ofensor, o qual é funcionário público municipal e percebe renda diminuta, conforme comprovante de rendimentos acostado à p. 79.

Assim, tenho que a importância estabelecida guarda observância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atendendo à finalidade de punitiva-compensatória do instituto.

No que tange aos danos estéticos, tem-se que o acidente narrado na inicial acarretou na vítima cicatriz e edema permanentes, conforme destacado no laudo pericial confeccionado nestes autos e observado dos registros fotográficos acostados nos autos (p. 153/162).

Portanto, é inegável a existência de cicatriz na perna direita suportada pela autora. Entrementes, deve ser mantido o valor da indenização fixada na sentença (R$ 5.000,00) a fim de possibilitar o cumprimento da obrigação e não caracterizar enriquecimento sem causa.

Juros de mora

Deduz a apelante que, quanto à fixação dos juros moratórios para os danos morais e estéticos, por se tratar de responsabilidade extracontratual, incide o disposto na súmula 54 do STJ, ou seja, devem ser fixados a partir do evento danoso (10/08/2011).

Razão lhe assiste, na medida em que se tratando de responsabilidade extracontratual, o *dies a quo* deve corresponder à data do evento danoso, tratando-se, inclusive, de matéria sumulada no Superior Tribunal de Justiça. Gize-se:

> *Súmula 54: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."*

Nesse diapasão:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – INSCRIÇÃO DO NOME DA CONSUMIDORA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO EM RAZÃO DE UMA DÍVIDA QUITADA – DANO MORAL CONFIGURADO - IN RE IPSA – PRESCINDIBILIDADE DE PROVA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA DO TRINÔMIO REPARAÇÃO – PUNIÇÃO – PROPORCIONALIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA – FALTA INTERESSE DE AGIR – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA A CONTAR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54/STJ – PREQUESTIONAMENTO – CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDA. (...) Já quanto aos juros moratórios, aplica-se o teor da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado é o seguinte: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".* (TJMS, Apelação nº 0020911-40.2011.8.12.0001, Relator Des. Divoncir Schreiner Maran)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA – DÉBITO INEXISTENTE – DANOS MORAIS DEVIDOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – SÚMULA 54 DO STJ – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO CONSUMIDOR – RECONHECIDA – RECURSO DA BRASIL TELECOM S/A IMPROVIDO – RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. Em tema de indenização por dano moral, deve*

> *o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa. No caso de responsabilidade extracontratual, a indenização por danos morais a incidência de juros de mora a partir do evento danoso (ato ilícito), ao percentual de 1% ao mês, na forma como prevista na Súmula 54 do STJ e artigo 398, do CC. Tendo o autor decaído de parte mínima do pedido, devem os ônus sucumbenciais serem carreados integralmente à parte vencida.* (Apelação - Nº 0000117-37.2009.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste. Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro. 17.9.2013, 4ª Câmara Cível)

E, ainda:

> *Tratando-se de reparação de dano moral, os juros de mora incidem desde o evento danoso, em casos de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54/STJ), e desde a citação da parte ré, no caso de responsabilidade contratual.* (EDcl nos EREsp 903.258/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 06/05/2015, DJe 11/06/2015)

Como corolário, por se tratar de indenização por dano moral decorrente de relação extracontratual, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso.

RECURSO DO RÉU

Culpa concorrente

Neste ponto, o apelante pede a diminuição do *quantum* indenizatório em razão da culpa concorrente da vítima para a ocorrência do evento danoso, para tanto elenca que, diante do fato da vítima não possuir habilitação para dirigir, assumiu o risco de causar um acidente.

O pleito não comporta provimento.

Incabível afirmar-se culpa concorrente por não haver nos autos nenhuma demonstração de que o condutor estaria conduzindo seu veículo com imperícia que desse causa ao sinistro.

Pelo contrário, basta uma rápida análise do caso para se perceber o quanto o réu foi negligente, pois deveria tomar providências para manter seu cão preso, contudo, não o fez.

Deveras, ficou constatado que a requerente não possuía habilitação para conduzir veículo automotor à época dos fatos. Todavia, tal aspecto diz respeito à questão de ordem administrativa e que deve ser resolvida junto ao órgão de trânsito competente, não sendo apta a interferir na discussão sobre responsabilidade civil.

Frise-se que, no caso em comento, a existência ou não de habilitação para dirigir é fato irrelevante, já que a vítima estava transitando normalmente e foi surpreendida pelo cachorro de propriedade do requerido, que se encontrava solto no meio da rua, ocasionado assim o atropelamento e a queda.

Em casos semelhantes envolvendo animais em via pública, confira-se o entendimento jurisprudencial:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR ANIMAL NA PISTA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROPRIETÁRIO – ART. 936 DO CÓDIGO CIVIL – SINISTRO NÃO PRESENCIADO POR TERCEIROS – APLICAÇÃO DA TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA – CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA NÃO SÓ A TITULARIDADE DO ANIMAL, MAS, SOBRETUDO, DO SINISTRO CAUSADO PELO MESMO E DOS DANOS DELE DECORRENTES – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.* (TJMS. Apelação n. 0001060-08.2010.8.12.0047, Terenos,

3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 17/03/2015, p: 23/03/2015)

Apelação. Ação indenizatória. Acidente causado por animal de estimação. Todas as provas levam a crer que o responsável pelo incidente foi o cachorro das apelantes, que passou em frente à motocicleta do vigia noturno - ora apelado - no momento em que este fazia ronda no local, ocasionando sua queda e algumas lesões corporais. Inteligência do art. 936 do CC. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0008670-14.2013.8.26.0344; Relator (a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2014; Data de Registro: 21/03/2014)

Não se olvida a importância de possuir habilitação para dirigir, todavia, a falta da CNH é mera infração administrativa e como tal deve ser tratada, pois na hipótese dos autos, o acidente não ocorreu em decorrência da inabilitação da vítima, mas sim por estar o animal solto em via pública.

Sobre o tema, note-se o entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. FALTA DE DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR. CULPA CONCORRENTE. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Tendo sido reconhecido pela sentença e acórdão recorrido não haver sequer indícios de excesso de velocidade ou de outro ato culposo praticado pelo condutor do veículo da autora, o qual dirigia na via preferencial e foi abalroado em um cruzamento, não se justifica a conclusão de culpa corrente. 2. A consequência da infração administrativa (conduzir sem habilitação) é a imposição de penalidade da competência do órgão de trânsito, não sendo fundamento para imputar responsabilidade civil por acidente ao qual o condutor irregular não deu causa. 3. Recurso especial provido. (REsp 896.176/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012)

No mesmo sentido, confira-se a jurisprudência deste Sodalício:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – QUEDA EM VALA ABERTA E SEM SINALIZAÇÃO – MORTE DA VÍTIMA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE PERÍCIA TÉCNICA AFASTADA – INEXISTÊNCIA DO REFERIDO ESTUDO NÃO PREJUDICA O DESLINDE DO FEITO – MÉRITO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – CONDUTOR QUE NÃO USAVA CAPACETE E ENCONTRAVA-SE EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ NO INSTANTE DO SINISTRO – FATOS NÃO COMPROVADOS – CULPA CONCORRENTE – FALTA DE HABILITAÇÃO DO CONDUTOR – MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO COLABOROU PARA A OCORRÊNCIA DO EVENTO – CULPA DE TERCEIRO QUE EMPRESTOU O VEÍCULO À VÍTIMA AFASTADA – ACIDENTE CAUSADO EXCLUSIVAMENTE PELA OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. A inexistência de prova pericial não prejudica o deslinde do feito, porque as provas carreadas aos autos comprovam, com clareza, os fatos e a dinâmica do acidente. Não há comprovação de que a vítima estava sem capacete ou embriagada no momento do acidente. Ao contrário, a prova testemunhal é no sentido de que não existia indício de embriaguez na vítima quando do sinistro, nem tal circunstância era comum em seu cotidiano. Não se olvida a importância de possuir habilitação para dirigir, todavia, a falta da CNH é mera infração administrativa e como tal deve ser tratada, pois o acidente não ocorreu em decorrência da existência da vala e inexistência de qualquer tipo de sinalização indicando que aquela parte da via estaria com tráfego comprometido, e não pela ausência de habilitação. A alegação de que os fatos e danos decorreram do empréstimo do veículo à vítima é absurda e também não merece prosperar, já que a causa determinante do acidente foi a existência da vala concomitante a inexistência de sinalização. Considerando a condição sócio-econômica da vítima, as graves e eternas consequências do fato e a sua repercussão (aqui se considerando

o caráter sancionatório à Administração Pública, à semelhança da ré, que colocam em risco a coletividade deixando de zelar pela conservação e sinalização de suas vias), o valor fixado pelo juízo monocrático à título de indenização, no montante de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a ser dividido pelos autores, deve ser mantido. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJMS. Apelação n. 0001902-79.2009.8.12.0028, Bonito, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 25/10/2016, p: 26/10/2016)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO COMPROVADA - FALTA DE HABILITAÇÃO DA VÍTIMA - CULPA CONCORRENTE NÃO CARACTERIZADA - DANOS MATERIAIS - APENAS QUANDO EXISTENTE O NEXO DE CAUSALIDADE NAS DESPESAS - DANOS ESTÉTICOS E MORAIS CONFIGURADOS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A falta de habilitação da vítima para dirigir veículo automotor, por si só, não é apta a estabelecer a culpa concorrente para o fato, uma vez que caracteriza apenas infração administrativa. Restando comprovada a culpa pelo acidente automobilístico impõe-se a condenação aos danos materiais, desde que devidamente comprovado o gasto e o nexo de causalidade com as consequências do evento danoso, assim como aos danos morais, em decorrência do abalo físico e psíquico sofrido pela vítima. Permanecendo cicatriz visível no corpo da vítima, apta a causar constrangimento, é possível a condenação em danos estéticos. Recurso parcialmente provido. (TJMS. Apelação n. 0102289-66.2008.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 12/11/2013, p: 04/12/2013)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - TRATOR CONDUZIDO POR EMPREGADO - AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO - CARRETA ACOPLADA - CARONA - MORTE - ALEGADA CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA - NÃO OCORRÊNCIA - ESTRADA DE TERRA - BARRANCO - DESLIZAMENTO - IMPRUDÊNCIA DO CONDUTOR - DANO MATERIAL - PENSÃO 2/3 - LIMITE ATÉ 65 ANOS - AUSÊNCIA DE PEDIDO DA AUTORA PARA QUE SEJA ATÉ 70 ANOS DE IDADE - DANO MORAL - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. (TJMS. Apelação n. 0000908-73.2007.8.12.0011, Coxim, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Rubens Bergonzi Bossay, j: 24/07/2012, p: 09/08/2012)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CAUSADOS POR ACIDENTE DE TRÂNSITO - MOTORISTA QUE ADENTRA VIA PREFERENCIAL SEM A CAUTELA NECESSÁRIA - CULPA EXCLUSIVA - VÍTIMA SEM HABILITAÇÃO E SEM USAR CAPACETE DE SEGURANÇA - IRRELEVÂNCIA - CULPA CONCORRENTE NÃO COMPROVADA - DANO MORAL - CONFIGURADO - IMPORTÂNCIA FIXADA A TÍTULO DE DANOS MORAIS QUE SE REVELA SUBSERVIENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DPVAT - ABATIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUAL SEGURADORA TERIA PAGO O PRÊMIO DO DPVAT - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA A PARTIR DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE.'(TJMS. Apelação n. 0500406-43.2004.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Rêmolo Letteriello, j: 02/03/2010, p: 05/03/2010)

Assim, nos termos da fundamentação acima, tem-se que não houve comprovação das excludentes de responsabilidade alegadas pelo apelante, de forma que impõe-se a imputação de culpa na sua conduta.

Danos materiais – atualização da condenação

Aduz o recorrente que para a atualização dos danos materiais, deve ser considerada a data da internação da apelada, qual seja, 10/08/2011, como termo inicial para fins de correção monetária e juros de mora.

Evidenciado o prejuízo material sofrido pela autora, o apelante foi condenado ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 436,56.

De acordo com o posicionamento jurisprudencial uníssono, em se tratando de responsabilidade extracontratual, a correção monetária dos valores devidos a título de dano material incide da data do efetivo prejuízo e os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (incidência da Súmula 54/STJ).

Veja-se o entendimento pacífico da Corte Superior:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 186 E 187 DO CC/2002. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO. CULPA DO PREPOSTO DA EMPRESA RECORRENTE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. EVENTO DANOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O eg. Tribunal de origem, à luz das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que a culpa pelo acidente em discussão foi exclusivamente do motorista do caminhão de propriedade da ré. A alteração de tal conclusão demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal é uníssona no sentido de que "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual", sejam os danos morais ou materiais (incidência da Súmula 54/STJ). 3. Não há interesse recursal quanto ao pleito de fixação do termo inicial da correção da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, tendo em vista que as instâncias ordinárias já determinaram a incidência da correção monetária da forma pleiteada. 4. Agravo interno a que se nega provimento.* (AgInt no REsp 1511700/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017)

> *AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO DE VEÍCULOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. Alegação genérica de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois a parte recorrente somente argumentou que as questões postas nos aclaratórios interpostos na origem não foram respondidas, sem pontuar, de forma específica, quais seriam e qual a sua relevância para solução da controvérsia. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Falta de emissão de juízo de valor acerca da comprovação dos danos materiais, concomitante com ausência de regular invocação de afronta ao art. 535 do CPC/1973, configura falta de prequestionamento do tema. Incidência das súmulas 282/STF e 211/STJ. . No caso de responsabilidade extracontratual, a correção monetária dos valores devidos a título de dano material incide da data do efetivo prejuízo. Já quanto aos danos morais, a correção monetária sobre o quantum devido a título de danos morais incide a partir da data do arbitramento (Súmula 362/STJ) e os juros de mora, desde o evento danoso (Súmula 54/STJ). 4. Agravo interno não provido.* (AgInt no AREsp 846.923/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016)

Por conseguinte, como na sentença restou estabelecida a correção do valor a partir do desembolso, tal determinação deve ser mantida.

Entrementes, quanto aos juros de mora, fixados a contar da citação, impõe-se a reforma da decisão para que sejam computados desde o evento danoso – 10/08/2011.

Diante do exposto, conheço do recurso da autora Naiara Karen Jesus Cristaldo e dou-lhe provimento parcial para majorar a indenização por danos morais para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e para fixar que os juros de mora na condenação por danos morais e estéticos sejam contados a partir da data do acidente – 10/08/2011.

Conheço do apelo manejado pelo réu Carlos Augusto Azevedo e dou-lhe provimento em parte apenas para determinar que, na indenização por danos materiais, os juros moratórios incidam a contar do evento danoso – 10/08/2011.

Nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, fixo honorários recursais de 2% sobre o valor da condenação, sendo 1,5% devido ao patrono da autora e 0,5% devido ao patrono do réu, ante a sucumbência recursal ora verificada pelo acolhimento proporcional dos pedidos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 27 de setembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0000007-27.2016.8.12.0032 - Deodápolis
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE COM O ALUNO DA AUTO ESCOLA DURANTE A AULA – IMPERFEIÇÃO DA PISTA – CULPA DE TERCEIRO – CASO FORTUITO INTERNO – SÚMULA N. 187/STF – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MORAL – PENSIONAMENTO – INCAPACIDADE DO APRENDIZ – PRESUMIDO – *QUANTUM* – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS RENDIMENTOS ANTERIORES – REDUÇÃO PARA 1,5 SALÁRIOS MÍNIMOS – DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.

A culpa exclusiva de terceiro pode elidir a responsabilidade da autoescola caso se cuide de caso fortuito externo, isto é, não ligado a atividade desenvolvida pela empresa, a exemplo de desastres e consequências climáticas. Por outro lado, as situações oriundas de fortuito interno – ligado a atividade do prestador do serviço – não tem essa aptidão. Situação verificada nos autos, a fazer incidir a Súmula n. 187/STF.

Ainda que se admitisse a culpa de terceiro em relação ao defeito na pista como causa determinante para a ocorrência do acidente é circunstância absolutamente inerente à empresa porquanto o acidente ocorreu em situação de fortuito interno, em atividade ínsita a prestação do serviço, não se havendo que falar em rompimento do nexo causal.

Em face da ausência de prova dos rendimentos do autor, correta a redução do pensionamento para 1,5 salário mínimos, uma vez que este montante foi pleiteado pela recorrente.

A constituição de capital para garantia da pensão é devido nos termos da Súmula 313, do STJ.

A debilidade do aprendiz é passível de reparação extrapatrimonial, uma vez que se trata de dano moral inerente a função, sendo desnecessária a demonstração do prejuízo decorrente de tal fato.

O valor fixado a título de indenização por danos morais, por se mostrar reduzido, merece maior atenção às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo de rigor sua elevação para R$ 45.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Auto Escola Deodápolis Ltda - ME, nos autos de indenização por danos materiais e morais, de nº 0000007-27.2016.8.12.0032 em que contende com Ademir Lopes Constantino, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que: trata-se de evidente omissão do Poder Público, ou seja, a culpa do acidente não foi do recorrente, mas um fator externo imprevisível e o próprio do Estado, devendo caracterizar-se o fortuito externo como excludente da responsabilidade civil do recorrente, ou ainda a culpa de terceiro, em função do enorme buraco presente na pista; nitidamente fugiu do seu controle, aplicando-se no caso o instituto do fortuito externo, pois agindo com zelo total para com seus clientes, fornecendo carros em perfeitas condições e com profissional habilitado para tanto, não havia como prever a existência desse fortuito no meio do caminho que causou o acidente; o dever de segurança do fornecedor, expresso no art. 14, § 1º do CDC, diz respeito à fornecer o veículo em perfeitas condições de estado, com todos os elementos de segurança do mesmo em pleno funcionamento, bem como fornecer um instrutor habilitado para auxiliar, o que indiscutivelmente foi feito. Em contrapartida, não se pode exigir do fornecedor que ele seja responsável com pelo recapeamento das vias públicas, o que, notoriamente, e também de acordo com o entendimento supra citado, é dever do Estado; agia de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN e o próprio CTB, que determina que o aluno, no curso de prática de direção veicular, tenha experiência com direção em via rural que, por sua vez, inclui estradas e rodovias, vide Resolução nº 285, de 29 de Julho de 2008, expedida pelo CONTRAN e o Código de Trânsito Brasileiro - Lei 9.503, de 23 de Setembro de 1997; a pensão é incabível, merecendo julgamento improcedente, em face do reconhecimento de excludente de responsabilidade pois o autor vem tendo melhoras consistentes, já consegue desenvolver inúmeras funções básicas para sua sobrevivência e não necessita de um profissional da enfermagem durante o dia todo, passa apenas por sessões de fisioterapia regularmente, as quais o ajudaram a recuperar diversos movimentos de seu corpo; o montante estabelecido a título de pensão não é razoável, sendo desproporcional ao caso, limitando a 1,5 salários mínimos.

Há confusão da decisão quanto ao fundo de renda ou gravame imobiliário, sendo um artifício inviável e impossível não passando de invenção jurídica, sem embasamento legal, doutrinário ou jurisprudencial, tratando-se de algo absolutamente antijurídico.

A improcedência quanto a indenização por danos morais é medida correta, ante o reconhecimento da excludente de responsabilidade da recorrente, porém, assim não sendo, requer que o mesmo seja minorado a ponto de ser um valor viável de cumprir sem comprometer o seu funcionamento e rotatividade.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente a fim de reformar a sentença na forma exposta (p. 492-505).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo não provimento do mesmo (p. 510-516).

O autor apresenta recurso adesivo sustentando, em linhas gerais, a necessidade de majoração dos danos morais dos R$ 35.000,00 fixados para e R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), pois o montante estabelecido na sentença está muito abaixo dos danos sofridos, pois o acidente gerou lesão medular grave de caráter permanente conforme pericia do INSS (p. 517-523).

Intimada a ré para apresentar resposta ao recurso adesivo deixou transcorrer o prazo sem manifestação (p. 531).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Auto Escola Deodápolis Ltda - ME, nos autos de indenização por danos materiais e morais, de nº 0000007-27.2016.8.12.0032 em que contende com Ademir Lopes Constantino.

O dispositivo da sentença restou firmado nos seguintes termos:

> *(...) Condeno a ré a pagar pensão mensal, no valor equivalente a 03 (três) salários mínimos ao autor, enquanto perdurar a incapacidade do autor para o labor. Confirmo os efeitos da tutela antecipada (f. 38-40 e 387-388). Determino a constituição de fundo garantidor no valor de 180 salários mínimos, aferidos no momento da constituição, ou gravame imobiliário de mesmo valor. Condeno a ré a indenizar a autora em R$ 35.000,00, a título de danos morais. Indefiro o pedido de AJG formulado pela ré. Condeno a ré a pagar honorários advocatícios ao advogado da parte autora, no valor de 10% sobre a condenação. Correções monetárias pelo IGPMFGV; juros de 12% ao ano, capitalizados anualmente, tudo com incidência a partir da citação. Custas a cargo da ré. Declaro resolvido o mérito (CPC, 487, I). (...)*

Nexo de causalidade

Segundo se infere dos autos em outubro/2015, o autor iniciou aulas práticas em veículo automotor para retirar a carteira nacional de habilitação, porém na data de 19/10/2015, por volta das 14 horas e 40 minutos, na aula de autoescola na rodovia, o autor perdeu o controle da direção do veículo que dirigia sob os cuidados do instrutor Manoel Jucimar Gomes da Costa, saindo da pista, capotando, vindo a parar em uma pastagem de uma propriedade rural (p. 231-232).

O exame de corpo de delito realizado em 21/10/2015, concluiu por lesão corporal de natureza grave com descrição de estado paraplégico (p. 21-22).

Segundo a narrativa do autor, após tentar desviar de um buraco na pista, teve a direção do automóvel virada para o sentido oposto pelo instrutor da autoescola, vindo a ocasionar o capotamento do veículo (p. 12).

Pois bem, a responsabilidade da recorrente - pessoa jurídica de direito privado – é objetiva, nos termos do que dispõe o art. 14, *caput*[1], do CDC, só podendo ser elidida quando demonstrada a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou, ainda, quando prestado o serviço, restar demonstrado a inexistência de defeito, conforme dispõe o § 3º[2], do aludido dispositivo legal.

Evidente nos autos a ocorrência do sinistro, porém se deve valorar a condição de aprendiz do autor, por se encontrar em condição especial, e inexistir prova em contrário, não detém a mesma experiência e capacidade de condução do homem médio, e, para sua responsabilização, seria necessário comprovar que este descumpriu de algum modo as ordens e/ou o contrato firmado com a autoescola, desobedecendo ao instrutor de forma expressa.

O art. 158, do CTB, dispõe acerca do aprendiz:

1 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.

2 § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste.
II – a culpa exclusiva de consumidor ou de terceiro.

> *A aprendizagem só poderá realizar-se:*
>
> *I - nos termos, horários e locais estabelecidos pelo órgão executivo de trânsito;*
>
> *II - acompanhado o aprendiz por instrutor autorizado.*

A doutrina de Sílvio de Salvo Venosa distingue as modalidades da culpa nos seguintes temos:

> *A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. Quando as consequências da conduta são imprevistas ou imprevisíveis, não há como configurar a culpa. Esse é o centro da atenção do julgador no caso concreto, nem sempre fácil de definir. O ato situa-se na esfera do caso fortuito ou força maior. A falta de cautela, cuidado e atenção exteriorizam-se, de forma geral, pela imprudência, negligência ou imperícia. Esses três decantados aspectos da culpa são formas de exteriorização da conduta culposa. É imprudente, por exemplo, o motorista que atravessa cruzamento preferencial sem efetuar parada prévia em seu veículo ou ali imprime velocidade excessiva (...)*[3].

Inexistindo prova de que o condutor aprendiz tenha adotado conduta culposa que lhe possa ser atribuída como causa adequada do sinistro, conclui-se que o recorrente descumpriu ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC/73, atual art. 373, inciso II, do CPC).

Isto porque, ainda que se vislumbre a existência de imperfeições na pista de rodagem (p. 23-25) em que foram as aulas executadas, presume-se que a autoescola tenha cumprido os termos, horários e locais estabelecidos pelo órgão executivo de trânsito, logo, ciente das suas condições e dos alertas a serem repassados para os alunos acerca do trajeto a ser cumprido.

Assim, não há como acolher eventual caso fortuito ou força maior, cumprindo a empresa, do ramo de autoescola, ter em mente que sua atuação se dá em um nicho de educação de trânsito, essencial para evitar risco pessoais e patrimoniais aos condutores, passageiros e pedestres neste vasta cadeia que envolve o trânsito, tanto urbano como rural, sendo responsável, dentro deste contesto de responsabilidade objetiva, em zelar pela rota apresentada aos seus alunos/consumidores na aplicação das aulas práticas.

A intercorrência ocorrida, sem entrar na seara de real responsabilidade daquele, haja vista que não é objeto desta demanda, não exime a recorrente da responsabilidade, pelo simples fato de exercer atividade de condução veicular, assumindo o risco e a responsabilidade pelos eventuais danos que sua atividade resultar.

Tal conclusão, inclusive, é emprestada pela Súmula 187, do STF: "*A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.*"

Aqui cabe discernir que nos contratos de ensino de condução/transporte de transporte a culpa exclusiva de terceiro oriunda de fortuito externo é apta a excluir o nexo de causalidade, ao passo que a culpa exclusiva de terceiro em evento danoso oriundo de fortuito interno não exclui o nexo de causalidade.

Desta feita, nestes contratos, a culpa exclusiva de terceiro pode elidir a responsabilidade do transportador caso se cuide de caso fortuito externo, isto é, não ligado a atividade desenvolvida, como consequências exclusivamente climáticas. Entrementes, as situações oriundas de fortuito interno, interligadas a atividade do prestador do serviço, não tem essa aptidão.

3 **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25

No caso em análise, ainda que se admitisse o defeito na pista de rolamento como causa determinante para a ocorrência do acidente, o que sequer ficou inequívoco, é circunstância absolutamente inerente à empresa, porquanto o acidente ocorreu em situação de fortuito interno, em atividade intrínseca a prestação do serviço, não havendo rompimento do nexo causal.

Nessa senda:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO - DESCARRILHAMENTO DE TREM - ABALROAMENTO EM CRUZAMENTO - FALECIMENTO - CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO - FORTUITO INTERNO - DANO MORAL - PEDIDO CERTO - DECISÃO ULTRA PETITA - QUANTUM - RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - DANO MATERIAL - ATRELAMENTO AO SALÁRIO MÍNIMO - PENSÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO- POSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIMENTO E PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA DECOTAR A DECISÃO ULTRA PETITA. Nos contratos de transporte, a culpa exclusiva de terceiro oriunda de fortuito externo é apta a excluir o nexo de causalidade. Já a culpa exclusiva de terceiro em evento danoso oriundo de fortuito interno - ligado a atividade do prestador do serviço - não exclui o nexo de causalidade, incidindo a Súmula n. 187/STF: "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". O abalroamento de trem em via férrea com ônibus de empresa de transporte coletivo urbano, ocorrido na região central da cidade, em cruzamento devidamente sinalizado, configura fortuito interno. Em havendo pedido certo de condenação em danos morais, o magistrado deve se limitar ao quantum requerido, sob pena de julgamento ultra petita. "Conforme a reiterada jurisprudência do STJ, em se tratando de pensionamento decorrente de ato ilícito, é possível a vinculação da pensão ao salário mínimo." (AgRg no AREsp 464.989/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 09/04/2014) Cuidando-se de responsabilidade contratual, de obrigação ilíquida (mora ex persona), os juros de mora devem ser contados a partir da citação (art. 405 do CC/02).* (Apelação - Nº 0019352-34.2000.8.12.0001 - Relator – Relator(a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/10/2014; Data de registro: 23/10/2014)

Logo, configurados o fato danoso, o nexo causal e o dano alegado, não há falar em afastamento da responsabilidade da apelante.

Colho, ainda, os seguintes julgados:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - AUTOESCOLA - DEVER DE REPARAÇÃO - DANOS MORAIS MANTIDOS - DANOS ESTÉTICOS REDUZIDOS- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. O sofrimento psicológico experimentado pela vítima que teve necessidade de atendimento hospitalar e os respectivos procedimentos médicos, justificam a indenização por danos morais. A amputação do dedo médio caracteriza danos estéticos a ser indenizado.* (TJMS. Apelação n. 0002947-71.2011.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 08/07/2014, p: 08/08/2014)

> *APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. PEDESTRE QUE CAMINHAVA NA MARGEM DIREITA DE RODOVIA. A responsabilidade da empresa de ônibus concessionária de serviço público é objetiva em relação a terceiros usuários ou não-usuários do serviço de transporte,*

prescindindo da prova da culpa pelo evento ocorrido, segundo decorre do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta do preposto da transportadora e os danos sofridos pela autora, e não demonstrada qualquer excludente de responsabilidade, ônus que cabia à demandada, patente a sua responsabilidade pelo acidente de trânsito. (...) APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROVIDA. APELAÇÃO DA DEMANDADA IMPROVIDA. APELAÇÃO DA SEGURADORA PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70036029932, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 02/06/2010)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DA EMPRESA RÉ – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ÓBITO DE PASSAGEIRA – CULPA DE TERCEIRO – CASO FORTUITO INTERNO – SÚMULA N. 187/STF – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MORAL IN RE IPSA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – DENUNCIAÇÃO À LIDE – LIDE SECUNDÁRIA – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. I – Nos contratos de transporte, a culpa exclusiva de terceiro pode elidir a responsabilidade do transportador caso se cuide de caso fortuito externo, isto é, não ligado a atividade desenvolvida pelo transportador, a exemplo de desastres e consequências climáticas. Por outro lado, as situações oriundas de fortuito interno - ligado a atividade do prestador do serviço - não tem essa aptidão. Situação verificada nos autos, a fazer incidir a Súmula n. 187/STF. II - Ainda que se admitisse o mal súbito do motorista do coletivo onde viajava a genitora da autora como causa determinante para a ocorrência do acidente, o que sequer ficou inequívoco, é circunstância absolutamente inerente à empresa de transporte coletivo porquanto o acidente ocorreu em situação de fortuito interno, em atividade ínsita a prestação do serviço, não se havendo que falar em rompimento do nexo causal. III – A perda da genitora inegalvemente é passível de reparação extrapatrimonial à autora, uma vez que se trata de dano moral in re ipsa, sendo desnecessária a demonstração do prejuízo decorrente de tal fato. IV – O valor fixado a título de indenização por danos morais, por não se mostrar ínfimo ou exagerado, mas sim estabelecido em atenção às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, há de ser mantido. V – Inexistindo contratação para a cobertura a que restou condenada a ressarcir na presente demanda, imperativa se mostra a manutenção da decisão que julgou improcedente a lide secundária. (TJMS - 23 de fevereiro de 2016 3ª Câmara Cível Apelação - Nº 0839963-18.2013.8.12.0001 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson)

Deste modo, correta a sentença que imputa a responsabilidade das apelantes no dever de ressarcir os prejuízos suportados pelas requerentes/apeladas.

Da pensão alimentícia, do valor e da forma de pagamento

A apelante sustenta ser incabível a pensão, merecendo julgamento improcedente, em face do reconhecimento de excludente de responsabilidade pois o autor vem tendo melhoras consistentes, já consegue desenvolver inúmeras funções básicas para sua sobrevivência e não necessita de um profissional da enfermagem durante o dia todo, passa apenas por sessões de fisioterapia regularmente, as quais o ajudaram a recuperar diversos movimentos de seu corpo. Inclusive, compreende haver confusão da decisão quanto ao fundo de renda ou gravame imobiliário, sendo um artifício inviável e impossível não passando de invenção jurídica, sem embasamento legal, doutrinário ou jurisprudencial, tratando-se de algo absolutamente antijurídico.

Pugna, em não sendo afastada a pensão, que o montante estabelecido a título de pensão, por não ser razoável e mostrar-se desproporcional ao caso, seja limitado a 1,5 salários mínimos.

Com efeito, observa-se da sentença que:

> *não constatei que a paraplegia que acomete a parte autora seja irreversível, havendo apenas notícias de que ela esteja em processo de reabilitação, necessitando dos tratamentos indicados pelos médicos. Ademais, malgrado tenha sido decretada a preclusão da juntada das provas da ré, analisando-as, em busca da verdade real, verifiquei que o autor vem tendo significativas melhoras. Portanto, não é possível afirmar, com base no conjunto probatório, ser a lesão irreversível. Dessarte, a pensão deverá ser paga enquanto perdurarem os tratamentos, bem como, acaso não seja permanente, enquanto perdurar a situação que impossibilite o autor a retornar ao labor. (p. 467)*

Os documentos encartados nos autos efetivamente não dão conta da incapacidade permanente, nem mesmo observa-se o suposto laudo pericial do INSS indicado à p. 514, indicando a incapacidade permanente do apelado, o qual seria acostado pelo procurador do autor por ocasião das contrarrazões.

Consultando o feito denota-se que em nenhum momento a recorrente produziu provas para ilidir a presunção de necessidade do requerente, pelo contrário o laudo médico acostado pela autoescola indica as condições e limitações do acidentado (p. 419-425), além da própria prestação de auxílio da empresa através dos cheques da p. 362-371, em que se observam quantias desde R$ 421,32 até R$ 2.909,16, durante os meses de novembro/2015, dezembro/2015 e janeiro de 2016.

Destarte, demonstra a inviabilidade do autor em continuar a sua atividade como faqueiro (p. 01), correto o pensionamento pela empresa de formação de condutores.

Porém o magistrado fixou como indenização por danos materiais o pensionamento mensal no valor de três (03) salários mínimos, enquanto perdurar a incapacidade para o trabalho. Fundamentou seu entendimento de ser *"insofismável que em decorrência das lesões suportadas pelo requerido o mesmo além de não estar apto para trabalhar, também encontra-se impossibilitado de executar qualquer atividade, dependendo de terceiros para realizar até mesmo as tarefas mais comezinhas da vida cotidiana"* (p. 39).

Pois bem. Como se vê dos autos, não há dúvidas de que o requerente encontra-se incapacitado para o exercício de qualquer atividade laboral, conforme se destacada do laudo da p. 33 e 419-425.

Além disso, restou demonstrado que o autor trabalha como faqueiro, haja vista assim restar indicado na peça preambular e na procuração (p. 01 e 16), havendo contestação quanto a este ponto.

Por sua vez, estabelecem o *caput* e o parágrafo único do art. 950, do CC, que:

> *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.*

Assim, o autor tem direito ao recebimento de pensão mensal, porquanto comprovada a incapacidade para o trabalho e somente durante este período.

Entretanto, conquanto esteja o autor definitivamente incapacitado para o labor, tenho que a pensão fixada na sentença deve ser reduzida.

Isso porque, o valor da pensão é calculado com base na renda que a vítima auferia à época do acidente. Restando o ofendido inabilitado para o labor que desempenhava, tal verba indenizatória deve equivaler a importância que parou de receber em face da incapacitação. Na falta de comprovação da renda percebida, deve ser arbitrada tomando por base indenizatória um salário mínimo.

Neste sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA – MÉRITO – ABALROAMENTO ENTRE ÔNIBUS E MOTOCICLETA – CONVERSÃO À ESQUERDA – INTERCEPTAÇÃO DA PREFERENCIAL – CULPA DO RÉU CARACTERIZADA – MOTOCICLISTA QUE, EM PERÍODO NOTURNO, CONDUZIA O VEÍCULO COM OS FARÓIS APAGADOS – DIFICULDADE DE VISUALIZAÇÃO PELO MOTORISTA DO ÔNIBUS – CULPA CONCORRENTE RECONHECIDA – INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA DO AUTOR – PENSIONAMENTO MENSAL DEVIDO – REDUÇÃO DO VALOR – VITALÍCIA – DANO MORAL – CRITÉRIOS FIXAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – SÚMULA 54, DO STJ – DEDUÇÃO – SEGURO OBRIGATÓRIO – PROVA DE RECEBIMENTO DE PELO AUTOR – CABIMENTO – SÚMULA 246, DO STJ – SUCUMBÊNCIA PROPORCIONAL – SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "A fundamentação sucinta não se confunde com falta de motivação" (STJ, HC 294092 / SP, Relator Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, j. 10/02/2015). Havendo culpa do réu, que realizou a conversão à esquerda e interceptou a trajetória da motocicleta, que trafegava pela preferencial, inegável se apresenta a sua responsabilidade pela reparação dos danos. No entanto, a constatação de que o autor conduzia a motocicleta, em período noturno, com os faróis apagados, o que dificultou a visualização pelo motorista do ônibus, porém, não impossibilitou, porquanto as testemunhas que estavam no interior do veículo, como passageiros, afirmaram ter avistado a motocicleta, contribui para a ocorrência do evento, restando caracterizada a culpa concorrente. "A pensão indenizatória, prevista no artigo 950 do Código Civil, é devida nos casos em que a lesão corporal suportada pela vítima impeça o exercício de seu ofício ou profissão ou diminua sua capacidade de trabalho, situação do apelante. In casu, face à inexistência de prova dos rendimentos da vítima, a pensão deve corresponder a um salário mínimo mensal, diante dos precedentes deste Tribunal, e da própria Constituição Federal (artigo 7º, inciso VII)". Constatada a invalidez parcial ou total da vítima de acidente de trânsito, não há se falar em limitação da idade para recebimento da pensão mensal até os 65 anos, porque, a rigor, deverá ser vitalícia, quando permanente, ou até a cessação da incapacidade, quando temporária. Não existem meios objetivos para a fixação do quantum indenizatório. O julgador, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, deve atentar sempre para as circunstâncias fáticas, a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, de forma que não possibilite enriquecimento sem causa do ofendido, mas que vise a inibir o ofensor à prática de futuras ofensas. Nos termos do enunciado n. 54, da Súmula do STJ, os juros de mora, no caso de responsabilidade extracontratutal, incidem a partir da data do evento danoso. Nos termos da Súmula 246, do STJ "o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.* (TJMS. Apelação n. 0013008-56.2008.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 26/01/2016, p: 29/02/2016)

> *Na impossibilidade de demonstração da renda mensal do autor, o parâmetro de um salário mínimo por mês é absolutamente adequado diante dos precedentes deste Tribunal, e da própria Constituição Federal (artigo 7º, inciso VII). (...).* (TJMS, AC de n. 0035904-64.2006.8.12.0001, Campo Grande, Des. Rel. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, j. 12/11/2013).

> *A pensão indenizatória, prevista no artigo 950 do Código Civil, é devida nos casos em que a lesão corporal suportada pela vítima impeça o exercício de seu ofício ou profissão ou diminua sua capacidade de trabalho, situação do apelante. In casu, face à inexistência de prova dos rendimentos da vítima, a pensão deve corresponder a um salário mínimo mensal, porque este é, segundo ordenamento constitucional, o menor valor para atender às necessidades vitais do indivíduo. (...).* (TJMS, AC n. 2011.010693-5/0000, Dourados, Des. Rel. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Câmara Cível, j. 20/07/2011).

> *INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL E MORAL POR MORTE. ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A obrigação de indenizar baseada na responsabilidade objetiva do Estado independe da existência de culpa ou dolo. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. O dano material pode ser definido a partir de sua relação com interesses avaliáveis patrimonialmente. Segundo o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, na falta de comprovação da renda da vítima, o valor da pensão deve ser fixado com base no salário mínimo. Nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, segundo o qual, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, o magistrado deve fixar a verba honorária de maneira equitativa.* (TJ-MG 102200600027340011 MG 1.0220.06.000273-4/001(1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 03/12/2009, Data de Publicação: 12/01/2010)

> *ACIDENTE DE TRÂNSITO INDENIZAÇÃO - MORTE DA VÍTIMA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - TUTELA ANTECIPADA VALOR DA PENSÃO MENSAL FALTA DE COMPROVAÇÃO DA RENDA DA VÍTIMA - FIXAÇÃO EM UM SALÁRIO MÍNIMO ART. 475-Q, § 4º DO CPC RENDA DOS RÉUS COMPATÍVEL RAZOABILIDADE. - À vista da falta de comprovação da renda da vítima, é razoável a aplicação do § 4º do art. 475-Q do CPC, para que os alimentos possam ser fixados tomando por base o salário mínimo. - Os documentos trazidos pelos réus demonstram que a renda mensal não corresponde aos vencimentos atuais, que se presumem maiores atualmente. Agravo não provido.* (TJ-SP - AI: 970158620118260000 SP 0097015-86.2011.8.26.0000, Relator: José Malerbi, Data de Julgamento: 08/08/2011, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/08/2011)

Ademais, não há qualquer impedimento para que a pensão seja fixada em salários mínimos, porquanto a redação do artigo 475-Q, § 4º, do CPC, que autoriza a fixação dos alimentos com base no salário mínimo, não fere o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal.

Isso porque, a intenção do legislador infraconstitucional foi manter, ao longo do tempo (enquanto perdurar a obrigação), o mesmo padrão monetário da obrigação; manter o padrão remuneratório da pensão em igualdade de condições com o do salário mínimo. Por sua vez, a Constituição Federal proíbe a utilização do salário mínimo como indexador econômico, situação esta que não se verifica no pensionamento estabelecido nesta demanda.

Logo, não comprovado os rendimentos auferidos pela vítima anteriormente ao acidente indicado na inicial o autor faz juz ao recebimento de pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo e meio (1,5), tão somente em face do reconhecimento deste montante pelo réu (p. 501), caso contrário o valor de um salário mínimo seria suficiente diante da jurisprudência apontada em face da ausência de prova quanto aos rendimentos do autor.

Há, ainda, a determinação de constituição de fundo de renda ou gravame imobiliário, a fim de garantir o cumprimento da obrigação, no montante suficiente para quitar cinco anos de pensionamento, o equivalente a 180 salários mínimos, aferidos na data da constituição (p. 468).

Ao contrário do que sustenta o recorrente, a previsão legal para constituição de capital para garantia da pensão tem previsão no Código de Processo Civil, nos seguintes moldes:

> *Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.*
>
> *§ 1º O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação.*
>
> *§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.*
>
> *§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.*
>
> *§ 4º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo.*
>
> *§ 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.*

Não se olvida, ainda, que a constituição de renda se presta a garantir o pagamento de prestações futuras (e não pretéritas), posto que as vencidas, evidentemente, já perderam essa natureza alimentar.

Inclusive a Corte Superior já sumulou tal entendimento desde muito:

> *Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.* (Súmula 313, Segunda Seção, julgado em 25/05/2005, DJ 06/06/2005, p. 397)

Assim, correta a constituição de capital, haja vista que, segundo a doutrina, a sua finalidade é a de garantir e viabilizar o adimplemento da obrigação alimentar devida pela prática de ato ilícito, com evidente cunho de cautelaridade na norma. Trata-se aparentemente de norma voltada precipuamente aos alimentos indenizativos, reconhecidos por título judicial ou extrajudicial. Diante da natureza cautelar da medida, em situações excepcionais, pode o juiz decidir de ofício pela constituição de capital, visando a evitar que o executado dilapide seu patrimônio e frustre o pagamento da obrigação alimentar. A norma atual, ao contrário, é imperativa, pois *"caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital"*, o que sugere a necessidade da prestação de garantia e não uma possibilidade.[4]

Deste modo, mantenho a determinação singular de constituição de fundo garantidor no montante suficiente para quitar cinco anos de pensionamento, ou seja, no valor de 90 salários mínimos e não mais de 180 salários mínimos, uma vez que houve a redução da pensão de 03 (três) para 1,5 salários mínimos.

Do montante dos danos morais

Passo aos exames conjunto do pedido referente ao valor da condenação em danos morais uma vez que os pleitos do apelo dá ré e do recurso adesivo do autor tocam este tema.

4 **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo** / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier - 1 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 885-886.

Os litigantes aduzem que a indenização por dano moral no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), para o requerente é insuficiente, ao passo que para a requerida compreende como senão a quantia elevada e mostra-se em dissonância com as peculiaridades do caso em concreto.

Pois bem, no que diz respeito à quantia fixada a título de danos morais, é firme o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

Outra não é a orientação extraída do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro. Vejamos:

> *a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor; b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima; c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando o à insolvência; d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe; e) deverá o julgador fixá la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio econômica de ambos; f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa; g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo; h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.* (in "Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. RT, São Paulo: 2001, pág. 1.030)

Portanto, há de se concluir que na quantificação do dano moral, deve o julgador valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não se constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Nesse contexto, em observância ao grau de culpa e a lesividade do ato que culminou no acidente de trânsito, a condição econômica favorável da empresa Auto Escola Deodápolis Ltda. – ME, porém, microempresa, bem como considerando que o autor é pessoa de baixa renda e encontra-se debilitado, não apresentando movimentos voluntários em membros inferiores, tenho como justa a majoração da indenização para R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), uma vez que essa quantia atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do dano moral, além de ser possível de ser reparado pelas ré, compensando, inclusive, com dignidade as dores sofridas pelos demandantes, em razão dos dissabores causados pelo evento danoso.

Por oportuno:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PLACA DE PARE EM CRUZAMENTO – VIA PREFERENCIAL – DEVER DE REPARAÇÃO – DANOS MORAL E ESTÉTICO – VALORES MANTIDOS – PENSÃO DEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Assume o risco pelos danos o condutor que desrespeita a sinalização de trânsito e adentra via preferencial provocando acidente.* ***Se o quantum indenizatório atendeu aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantido.*** *(TJMS, AC de n.0000997-40.2010.8.12.0028, Bonito, Des. Rel. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j. 14/01/2014). Destacado.*

> *"(...). **VI – <u>A perda do esposo</u> acarreta profunda dor e tristeza aos membros da família, verdadeiro sentimento de perda inabalável, eis que ficam eles privados de seu convívio para sempre. VII – Considerando a gravidade dos fatos, dos danos e de sua repercussão, perene, frise-se, bem como a condição sócio-econômica das partes, ressaltando que a vítima não exerce atividade remunerada, e era dependente do de cujus, cuja renda mensal sequer foi mencionada, tenho que a indenização a título de danos morais <u>deve ser fixada em R$ 30.000,00</u> (trinta mil reais), valor que atende satisfatoriamente aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e também à sua dupla finalidade, qual seja, confortar a vítima pelo dano e punir seu causador.** (...)".* (TJMS, AC de n. 0013209-14.2009.8.12.0001, Campo Grande, Des. Rel. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, j. 17/12/2013). Destacado.

Diante do exposto, conheço dos recursos, a apelação da ré Auto Escola Deodápolis Ltda - ME e o recurso adesivo do autor Ademir Lopes Constantino, para dar parcial provimento a ambos, a fim de reduzir a pensão mensal para o valor correspondente a um salário mínimo e meio (1,5 salários mínimos), manter a determinação de constituição de fundo garantidor no montante correspondente a cinco anos de pensionamento, ou seja, no valor de 90 salários mínimos, em função da redução da pensão, e a majoração dos danos morais para R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Mantenho a sucumbência na forma estabelecida na primeira instância, haja vista que apenas uma parte reduzida do recurso da ré foi acolhido – no tocante a redução da pensão – e, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC, majoro o honorário recursal em favor do autor em 1%, perfazendo um total de honorários advocatícios de 11% da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801273-45.2012.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL COMBINADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – HABILITAÇÃO DE CURSO DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA DEVE SER FEITA PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO LOCAL DE SUA REALIZAÇÃO TELEPRESENCIAL – DANOS MATERIAIS RESSARCIDOS NA MODALIDADE SIMPLES – DANOS MORAIS MANTIDOS – PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA SEGUNDA APELANTE E DESPROVIMENTO DO RECURSO DA PRIMEIRA APELANTE.

A habilitação de curso na modalidade à distância é feita pelos Conselhos de Educação Estadual do local em que o curso será ministrado telepresencialmente. A habilitação do curso em sua sede não supre a autorização dos CEE em local diverso.

Em havendo a configuração de ato ilícito, a devolução dos valores pagos a título de mensalidades e outros encargos, como reparação de danos materiais, é medida que se impõe. Entretanto, a devolução deve se dar na forma simples, pois a restituição em dobro configuraria *bis in idem* em relação aos danos morais arbitrados na sentença.

São devidos danos morais por frustração ao registro do certificado de conclusão de curso juntamente ao COREN/MS, pois são evidentes os danos de tal jaez devido à referida frustação. A correção monetária se dá a partir da prolação da sentença, e os juros de mora fluem a partir da citação, por se tratar de relação contratual.

Em havendo nítido intuito protelatório na oposição de embargos de declaração contra a sentença, é de rigor a manutenção da multa imposta pelo juízo *a quo*.

Recursos conhecidos. Apelo da primeira recorrente, Teixeira & Araújo, improvido. Apelo da segunda recorrente, Maria José, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda e dar parcial provimento ao apelo de Maria José Nunes Correa, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de agosto de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Teixeira e Araújo Eventos e Curso Ltda. e Maria José Nunes Correa contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista que, nos autos de ação ordinária, ajuizada por Zenobia Leite Gonçalves, julgou procedente o pedido inicial, resolvendo o contrato entabulado entre as partes e condenando as requeridas-apelantes a restituírem, em dobro, os valores pagos pela apelada, devidamente corrigidos. Condenou-as, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

A primeira apelante alega (f. 408/430) que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, aduzindo que os cursos por ela ofertados são credenciados, autorizados e devidamente reconhecidos. Assim, o Conselho Estadual de Educação em Alagoas credenciou ela apelante e autorizou o funcionamento de seus Cursos de Educação Profissional Técnica de Nível Médio, na modalidade educação à distância. Alega ainda, que a solicitação de seu credenciamento junto ao MEC estava sendo providenciado, eis que questionou juntamente a este ministério, através da Demanda n.º 3.246.462 sobre as providências necessárias para o oferecimento de cursos nesta modalidade, qual seja, à distância (EAD), fora do Estado sede. Que obteve a resposta de que não há necessidade de regulação/autorização pelo MEC nos cursos de educação profissional técnica de nível médio, devendo ser aprovado, autorizado e fiscalizado pelas secretarias estaduais de educação ou pelos conselhos estaduais de educação; não havendo desta feita, necessidade de credenciamento junto ao Conselho Estadual Educação de Mato Grosso do Sul, eis que já se encontra credenciada junto ao Conselho Estadual do Estado de sua sede. Alega que não merece prosperar a condenação a ela imposta, pois que a responsabilidade em transmitir as aulas via satélite para todo o Brasil foi realizada a contento. Assim, não há se falar em dano moral, tampouco em material, eis que a apelada assistiu a todas as aulas ministradas, participou de todas atividades implementadas. Assevera, em suma, que o serviço foi devidamente prestado.

A segunda apelante alega (f. 434/450) que o curso não necessita de autorização para funcionamento, mas sim de mera anuência do Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul. Aduz que os demais alunos que concluíram o curso, inclusive em outras cidades onde também era ministrado o curso na modalidade EAD, obtiveram o diploma de conclusão e o devido registro junto ao Conselho Regional, na respectiva área de formação. Alega em suma, que não há previsão legal de que os cursos oferecidos pela apelante, para que sejam implantados em Mato Grosso do Sul, necessitassem de autorização do Conselho Estadual de Educação/MS, havendo tão somente necessidade de mera informação junto ao CEE/MS da disponibilização do curso, posto que a autorização e credenciamento para seu funcionamento é de competência do Ministério da Educação. Assim, não existiu qualquer omissão de informação quanto à suposta inadequação do curso. Argumenta a inexistência de previsão legal para a devolução em dobro das mensalidades uma vez que não houve qualquer cobrança indevida. Assevera, ainda, que a multa aplicada em sede de embargos declaratórios não se afigura correta, vez que sua interposição não teve intuito protelatório, mas somente de sanar as contradições da sentença.

Em contrarrazões (f. 497/508), a apelada relata que restou cabalmente demonstrado nos autos que o curso ofertado pelas apelantes não possuía a competente autorização para funcionamento. Que o curso oferecido possui o registro e autorização para funcionamento expedido pelo Conselho de Educação de Alagoas, não o tendo no Estado de Mato Grosso do Sul. Assevera que faz jus à percepção dos valores decorrentes de dano material e moral, vez que restou devidamente reconhecida a nulidade do contrato por ocasião da sentença, bem como, em virtude do curso não a habilitar para o exercício profissional pretendido. No mais, requereu a manutenção da sentença *a quo*.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Antes de adentrar no julgamento dos recursos, reputo necessário anotar que, nada obstante a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) ter entrado em vigor em 18.03.2016, ao presente caso são aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que tanto a sentença recorrido como os próprios recursos foram aviados sob a égide deste último *Códex*

Passo a análise dos recursos de forma conjunta.

Preliminarmente à análise do mérito da questão, convém anotar que os documentos acostados à apelação (f. 453/490) devem ser desentranhados dos autos, uma vez que precluso o direito da apelante, tendo em vista o encerramento da fase instrutória.

No mérito, tenho que o recurso da primeira apelante deve ser improvido e o da segunda apelante merece provimento, mas apenas em parte.

O cerne da questão consiste na existência ou não do direito da apelada, ao final do curso fornecido pelas apelantes, obter, a partir de seu certificado de conclusão de curso (na modalidade à distância), o registro junto ao Conselho Regional de Enfermagem do Estado de Mato Grosso do Sul – COREN/MS.

Para que uma instituição de ensino seja considerada habilitada a ofertar cursos na modalidade EAD necessário se faz o cumprimento do disposto nos artigos 9º e 15, da Deliberação CEE/MS nº 9000/2009, abaixo transcritos:

> *Art. 9º Credenciamento é o ato pelo qual uma instituição de ensino é declarada habilitada a oferecer cursos na modalidade educação a distância, atendidas as disposições legais pertinentes.*
>
> *§ 1º Compete ao Conselho Estadual de Educação o credenciamento de instituições de ensino com sede no Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 15. A instituição de ensino poderá oferecer cursos na modalidade da educação a distância em polos de apoio presencial, situados em municípios do Estado de Mato Grosso do Sul diversos da sede oficial, após autorização de funcionamento pelo Conselho Estadual de Educação.*

A primeira apelante, Teixeira & Araújo, tem seu credenciamento declarado no CEE de sua sede, qual seja, em Alagoas, não o tendo no Estado de Mato Grosso do Sul. Assim, não está devidamente habilitada a exercer seu curso neste Estado. Consequência lógica de sua inabilitação é a impossibilidade de registro de seu curso junto ao COREN/MS. Por certo que há possibilidade de se efetuar eventuais registros juntamente ao COREN/AL, uma vez que em sua sede, o curso é totalmente regular e válido. Ocorre que, descabido seria obrigar os alunos matriculados em local diverso do da sede (Alagoas) a se deslocarem para registrar seu certificado. Ademais, não há relatos nos autos de que as apelantes teriam informado a seus alunos de que o registro devesse ser feito no COREN/AL ou de que se responsabilizariam por esse registro, já que tal registro não poderia ser feito no COREN/MS.

Assim, tendo em vista que a formação educacional ofertada pela primeira recorrente não se presta à habilitação dos pretensos profissionais no registro de classe correlato, configurada está a prática de ato ilícito indenizável, razão pela qual a restituição dos valores correspondentes a mensalidade do

curso e contratação de seguro de vida, que correspondem aos danos materiais sofridos pela apelada, é medida que se impõe.

Entretanto, a devolução de referidas importâncias é devida na forma simples, e não em dobro, como determinado pelo juízo *a quo*. Primeiro, porque a cobrança realizada pelo curso não o foi de forma indevida, conforme preceitua o artigo 940 do CC, primeira parte. E, segundo, porque eventual cobrança em dobro desse valor implicaria em *bis in idem* em relação à indenização por danos morais estabelecida na sentença, e cuja análise, neste apelo, será realizada adiante.

Assim, tenho que o recurso da segunda apelante, Maria José, nesse aspecto, merece prosperar, mas apenas para que a restituição de valores se dê na forma simples.

Quanto aos danos morais, concluo, pela análise dos autos, que a consequência imediata do não reconhecimento do curso em epígrafe é a frustração da expectativa da apelada em obter seu registro junto ao COREN/MS e eventual possibilidade de efetiva atuação na área de técnica de enfermagem, razão pela qual resta evidente o dano moral suportado pela recorrido, pelo que reconheço seu direito à indenização pelo referido dano, cujo valor deve permanecer no patamar estabelecido pela sentença de primeiro grau, a saber, R$ 10.000,00, que reputo adequado e suficiente, por ser razoável e proporcional ao dano experimentado pela parte.

O recurso, também nesse aspecto, é de ser desprovido.

A primeira recorrente requereu, alternativamente, caso mantida a condenação no pagamento de danos morais, que a correção monetária e os juros tenham fluência a partir da data do arbitramento.

Mais uma vez sem razão essa apelante.

Ressalto, por primeiro, que quanto à correção monetária não há sequer interesse recursal, tendo em vista que a sentença recorrida já fixou referida correção como sendo a partir da data do arbitramento.

Por outro lado, em se tratando de indenização por danos morais com origem em relação contratual, é estreme de dúvida que a fluência dos juros de mora tem início a partir da citação, conforme decidido na sentença, pelo que esta não merece qualquer reforma nesse particular. No mesmo sentido:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE OCORRIDO ENTRE A PLATAFORMA E O VAGÃO DA COMPANHIA DO METRÔ. VALOR INDENIZATÓRIO. DANOS MORAIS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA 83/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. In casu, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, de majorar o valor da indenização por danos morais, demanda necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, à luz do óbice contido na Súmula 7 do STJ. 2. Em relação à fixação do termo inicial dos juros de mora, o aresto hostilizado não merece reforma. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser a citação o termo inicial para a incidência dos juros de mora em caso de responsabilidade contratual, como ocorre in casu, em que se discute a responsabilidade da Empresa de Transporte de Passageiros pelos danos causados em razão de acidente envolvendo passageiro. Aplicação da Súmula 83/STJ. (...) 5. Recursos parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.* (STJ. REsp nº 1.645.743/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 21.02.2017).

Por derradeiro, tenho que a multa aplicada à segunda apelante, em sede de embargos declaratórios, deve ser mantida, uma vez que a oposição de tais embargos teve nítido caráter protelatório. Tal conclusão

se deve ao fato de que a recorrente, em seus embargos de declaração, utilizou-se dos mesmos argumentos utilizados neste apelo, restando evidente, portanto, que apenas almejou rediscutir o julgado, naquela ocasião, por mero inconformismo, de forma indevida e pela via inadequada. Por tal razão, entendo que não merece reparo a multa fixada pelo juízo de primeiro grau, em decorrência do nítido intuito protelatório da apelante. No mesmo sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. 1. Inexistentes as hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida os segundos embargos de declaração que têm nítido caráter infringente. 2. Os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado. 3. Embargos de declaração opostos com o intuito procrastinatório da parte ensejam a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, em 1% sobre o valor da causa. 4. Embargos de declaração rejeitados.* (STJ. EDcl nos EDcl no CC 128673 / AM. Segunda Seção. Rel: Min. Moura Ribeiro. Julgamento: 08.04.2015).

Ante o exposto, conheço de ambos recursos e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela segunda apelante, Maria José Nunes Corrêa, tão-somente para o fim de reformar a sentença na parte que determinou a restituição em dobro de todos os valores percebidos pelas apelantes concernentes ao negócio, consignando que a restituição será na forma simples, com as correções conforme constaram na sentença, permanecendo inalterada aquela quanto às demais insurgências.

Por outro lado, nego provimento ao recurso da primeira apelante, Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. - Residência Saúde, e mantenho a sentença em seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Teixeira & Araújo Eventos e Cursos LTDA e deram parcial provimento ao apelo de Maria José Nunes Correa, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 01 de agosto de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0806379-49.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE DECRETO MUNICIPAL – CONTENÇÃO DE DESPESAS – INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS – VEDAÇÃO TEMPORÁRIA A DETERMINADOS SERVIÇOS OU CONDIÇÕES – CONSEQUENTE AUSÊNCIA DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO SUBJETIVO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – INCABÍVEL NA VIA ELEITA – RECURSO DESPROVIDO.

Conforme preconiza a Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança tem por escopo proteger direito líquido e certo, diante de ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por autoridade pública ou equiparada, situação inexistente no caso em tela.

A suspensão referida no decreto não se refere ao direito em si, mas ao serviço ou condição cuja realização foi obstada para contenção de despesas, do que obviamente decorre ausência de pagamento.

Não há evidência de violação a direito subjetivo de servidor, o que, de todo modo, demandaria dilação probatória, não admitida na via estreita do mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de agosto de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Sindicato dos Odontologistas de Mato Grosso do Sul interpõe o presente recurso de apelação em face de Prefeito do Município de Dourados, pretendendo a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança, por falta de prova pré-constituída, entendendo pela inadequação da via eleita.

O apelante, representando seus filiados odontólogos servidores municipais, impetrou o *mandamus* em face da publicação do Decreto Municipal nº 2.510/2016, que teria usurpado sua competência regulamentar, violando a Constituição da República e o Estatuto do Servidor Municipal de Dourados, ao suspender direitos dos servidores, para contenção das despesas de pessoal.

Alega impugnar tão somente o decreto como veículo introdutor da norma. Assevera que a regulamentação tem por escopo a fiel execução da Lei, não podendo suspender seus efeitos, mormente sem fixação de prazo de término da suspensão. Invoca os princípios da legalidade e da hierarquia das normas.

Também materialmente o ato seria inconstitucional, por vedar direitos sociais como gozo de férias, concessão de gratificações, pagamento de horas extras, dentre outros. Cita casos que seriam análogos, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu haver ofensa à Constituição.

A liminar pleiteada foi indeferida pela decisão de f. 269/270.

O apelado, intimado, quedou-se inerte (f. 265).

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso (f. 275/279).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Relatados.

A despeito dos argumentos esposados pelo apelante, não possuem o condão de suplantar os fundamentos lançados no *decisum* objurgado, que devem prevalecer.

Conforme preconiza a Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança tem por escopo proteger direito líquido e certo, diante de ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por autoridade pública ou equiparada, situação que não vislumbro no caso em tela.

O inconformismo do impetrante direciona-se ao Decreto Municipal nº 2.510/2016, particularmente seu artigo 2º, que dispõe:

> *Art. 2º. Fica vedada, temporariamente, no âmbito do Poder Executivo Municipal, a prática de qualquer ato que importe no aumento da despesa com pessoal, tais como:*
>
> *I. novas concessões de gratificação por dedicação exclusiva;*
>
> *II. contratação de temporários, ressalvado a contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;*
> *III. gozo de licença prêmio, exceto quando o afastamento do requerente não implicar na admissão de substituto;*
>
> *IV. pagamento de serviços extraordinários (horas extras), exceto para atender serviços de saúde em que seja indispensável atuação de servidor para o regular funcionamento do órgão público e os serviços dos vigias e dos vigilantes patrimoniais do Município;*
>
> *V. afastamento para estudo ou curso, com ônus para a origem;*
>
> *VI. afastamento ou cedência, com ônus para a origem, para outros órgãos ou entes federados;*
>
> *VII. concessão de acréscimo de carga horária;*
>
> *VIII. gratificação por plantão de serviço, exceto para atender a serviços de saúde em que seja indispensável e exigida a atuação de profissional habilitado;*
>
> *IX. férias, ressalvado o pedido de segunda quinzena.*

Pela inteligência do citado dispositivo, ao contrário do alegado, observo que não houve suspensão de direitos dos servidores previstos na Constituição da República e no Estatuto do Servidor Municipal de Dourados, de modo que o decreto não desborda de sua finalidade legal.

Isso porque as vedações estabelecidas referem-se ao próprio serviço que dá ensejo a determinada gratificação ou pagamento. Assim, a título de exemplo, é o exercício de serviço extraordinário que está suspenso (salvo as exceções fixadas), para evitar o correspondente pagamento, exatamente com o propósito de contenção de despesas.

Assim, apesar da aparente redação defeituosa do decreto, por não dizer antes que o próprio serviço ou condição (dedicação exclusiva) está suspenso para então, como decorrência lógica, suspender o resultado ou pagamento, exatamente essa é a conclusão única possível da estipulação: a suspensão referir-se-ia, e refere-se, ao próprio serviço, cuja realização foi obstada para contenção de despesas, do que obviamente decorre ausência de pagamento.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça confirmou, em caso assemelhado, acórdão TJ-ES com respeito a limitação fixada em decreto municipal:

> *AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL nº 425697 - ES (2013/0369259-3)*
>
> *RELATOR : MIN. SÉRGIO KUKINA*
>
> *AGRAVANTE : ALEX ANTÔNIO LAMONATO E OUTROS*
>
> *AGRAVADO : MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM*
>
> *DECISÃO*
>
> *Trata-se de agravo manejado contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, a, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado (fls. 479/481):*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITORES FISCAIS NÃO TRIBUTÁRIOS. GRATIFICAÇÃO POR ESCALAS ESPECIAIS. REDUÇÃO DE DESPESAS COM PESSOAL. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1) A Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 22 e 23) prevê a tomada de medidas para contenção de gastos com pessoal anteriores à redução de despesas com cargos em comissão e função gratificadas. Como esta invariavelmente acarretará a exoneração de servidores, há de ser precedida de providências paliativas de menor gravidade como, conforme vislumbrado no caso concreto, a restrição (rectius: maior controle) de escalas especiais de trabalho, que oneravam a Fazenda Municipal com o pagamento de gratificações aos servidores destacados.*
>
> *...*
>
> *3) Como o ato administrativo não vedou o pagamento de gratificações por escala especial, mas tão-somente restringiu a ocorrência do pressuposto fático que o justifica, é impossível se vislumbrar dano ao principio da legalidade, pois o que a Lei indicada pelos recorrentes garante é o pagamento da gratificação desde que seja efetivamente realizada a escala especial.*

4) O alegado dano à continuidade da atividade estatal não se pode presumir do ato atacado, que impôs maior controle à realização de escalas especiais, restringindo a sua aplicação. Tal prejuízo apenas seria de passível acolhimento caso robustamente demonstrado que as referidas escalas são essenciais à Administração Municipal, e que o ato atacado viria de encontro à boa prestação do serviço público.

5) A constatada carência de provas também é válida para afastar o quinto e último fundamento recursal, no qual sustenta-se que a manutenção do ato coator ensejará desvio de função ante a necessidade de prestação do serviço correlato. Ora, carecendo os autos de provas no sentido de que ditas escalas extraordinárias são essenciais, mostra-se desarrazoado entender que o Decreto atacado pelos impetrantes acarretará a submissão de servidores a desvio de função para suprir eventuais - e abstratas - necessidades municipais.

6) Releva pontuar, em arremate, que a pretensão deduzida, ao sustentar o direito à percepção de gratificação eminentemente eventual, inequivocamente tem como premissa oculta a existência de um direito adquirido a um regime jurídico-administrativo que, até a edição do ato atacado, favorecia os recorrentes. É sabido, contudo, que inexiste direito adquirido a regime jurídico, conforme remansosa jurisprudência do E. STF.

7) Recurso conhecido para manter a sentença denegatória da segurança.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC. Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 22 e 23, § § 1º e 2º da Lei Complementar nº 101/. Sustenta

tese de negativa de prestação jurisdicional. Defende que a Lei de Responsabilidade Fiscal não pode ser usada para violar direito de servidores. Afirma que, nos termos da lei complementar nº 101, primeiro deverá ocorrer a redução dos cargos de provimento em comissão e depois a redução temporária da jornada de trabalho. Ouvido o Ministério Público Federal, opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 669/673).

É o relatório.

O inconformismo não prospera.

(...)

Releva pontuar, em arremate, que a pretensão deduzida, ao sustentar o direito à percepção de gratificação eminentemente eventual, inequivocamente tem como premissa oculta a existência de um direito adquirido a um regime jurídico-administrativo que, até a edição do ato atacado, favorecia os recorrentes.

É sabido, contudo, que inexiste direito adquirido a regime jurídico, conforme remansosa jurisprudência do E. STF. Vale advertir que este, aliás, foi um dos fundamentos que ensejaram a manutenção, por esta E. Quarta Câmara, da decisão proferida pelo juízo a quo que indeferiu o pedido liminar no mandamus, resultando em acórdão ementado nos seguintes termos:

AGRAVO INTERNO N0 AGRAVO DE INSTRUMENTO - liminar em mandado de segurança - teses que compõem o mérito da ação mandamental impossibilidade de exame, sob pena de supressão de instância - inexistência de direito adquirido a regime jurídico orientação consolidada no âmbito dos tribunais superiores - CONCESSÃO DE LIMINAR A FIM DE OBTER PAGAMENTO DE QUALQUER NATUREZA - VEDAÇÃO LEGAL - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] Segundo a orientação jurisprudencial consolidada do Supremo Tribunal Federal, acompanhada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, assim,

a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, contanto que seja preservado o valor nominal da remuneração. Nesse sentido, ao menos em juízo de cognição sumária e, por tal razão, sem prejuízo de ulterior reexame da questão, não há ilegalidade no art. 8o do Decreto n° 20.251, expedido pela Municipalidade de Cachoeiro de Itapemirim, uma vez que não há um direito adquirido do servidor público (auditor fiscal) de realizar escala especial. O art. 7o, § 2°, da lei do mandado de segurança (Lei n° 12.016/2009) proíbe a concessão de liminar quando, além de outras hipóteses, pretender a obtenção de pagamento de qualquer natureza. Agravo Interno conhecido e improvido. (TJES, Classe: Agravo Interno - (Arts 557/527, II CPC) Agv Instrumento, 11099002286, Relator : Ney Batista Coutinho, Órgão julgador: Quarta Câmara Cível, Data de Julgamento: 23/02/2010, Data da Publicação no Diário: 05/04/2010).

Nesse contexto, é de se constatar que o Tribunal de origem firmou convicção acerca da legalidade no Decreto nº 20.251/2009, expedido pela Municipalidade de Cachoeiro de Itapemirim e publicado para fins de redução da despesa com pessoal, porquanto atende às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como traduz medida paliativa de menor gravidade, em relação à redução de despesas com cargos em comissão e função gratificadas. A desconstituição de tal premissa demandaria a análise de dispositivos de legislação local, pretensão insuscetível de ser apreciada em recurso especial, conforme a Súmula 280/STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário").

De outro lado, verifica-se que remanesceu íntegro o fundamento do aresto estadual segundo o qual a pretensão deduzida, ao sustentar o direito à percepção de gratificação eminentemente eventual, inequivocamente tem como premissa oculta a existência de um direito adquirido a um regime jurídico-administrativo que, até a edição do ato atacado, favorecia os recorrentes. É sabido, contudo, que inexiste direito adquirido a regime jurídico. Incidente, pois, a Súmula 283/STF.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 19 de novembro de 2014.

Ministro Sérgio Kukina

Relator

(Ministro Sérgio Kukina, 21/11/2014)

Ademais, não há qualquer evidência de violação a direito subjetivo de servidor, o que, de qualquer forma, demandaria dilação probatória, não admitida na via estreita do mandado de segurança. Como anotado pelo Ministério Público, *"até que provas indiquem o contrário, trata-se de ato discricionário da Administração Pública. Destarte, fixada a premissa de que o ato se revolve de discricionariedade, evidente que não cabe ao Judiciário, mormente através de mandado de segurança, invadir temas de conveniência e oportunidade. Desta feita, não há, na espécie, violação à direito subjetivo dos representados da apelante que possa ser atestado nesta via estreita, porquanto eventual comprovação de ilegalidade reclama a devida instrução probatória"* (f. 277).

Pelas razões esposadas, concluo que se impõe a manutenção da sentença objurgada.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao presente recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 08 de agosto de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1403197-75.2017.8.12.0000 - Camapuã
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – LIMINAR CONCEDIDA – FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – DESARRAZOADA – PRAZO EXÍGUO PARA CUMPRIMENTO – NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO – RECURSO PROVIDO, EM PARTE E EM TERMOS.

Não se mostra necessária e adequada a fixação de multa neste momento processual, nos termos do artigo 400, parágrafo único, do NCPC, visto que sequer houve oportunidade do requerido se manifestar quanto ao pedido e de cumprir ou descumprir a determinação, bem como diante da ausência de certeza da própria existência do aditivo contratual pleiteado.

O prazo estabelecido para exibição dos documentos revela-se exíguo, especialmente em razão das cédulas rurais originárias terem sido emitidas em 1988, com vencimento mais recente para 1993, o que certamente justifica a necessidade de mais tempo para cumprimento da medida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o relator, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

Des. Nélio Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco do Brasil S.A. ,contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Camapuã, nos autos de ação de exibição de documentos com pedido de tutela antecipada, movida por Edimor Capitanio, que deferiu o pedido liminar, determinando ao agravante a exibição das cópias de eventuais aditivos das cédulas rurais indicadas na inicial e os extratos de cada operação (planilhas financeiras), sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada a 30 dias.

Alega, em síntese, que a multa aplicada é excessiva e poderá causar o enriquecimento ilícito do agravado. Ressalta que houve desvirtuamento do instituto, tendo em vista que tal imposição se mostra rigorosa, sem observância à razoabilidade, além de que sua aplicação na hipótese não tem qualquer embasamento legal, já que na ação de exibição de documentos é incabível a aplicação de multa cominatória, conforme Súmula 372 do STJ.

Pede o provimento do recurso, para que seja revogada a multa fixada.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, o agravado rebate todos os argumentos do recorrente, pedindo o desprovimento do recurso.

VOTO (EM 06/06/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Camapuã, nos autos de ação de exibição de documentos com pedido de tutela antecipada, movida por Edimor Capitanio, que deferiu o pedido liminar, determinando ao agravante a exibição das cópias de eventuais aditivos das cédulas rurais indicadas na inicial e os extratos de cada operação (planilhas financeiras), sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada a 30 dias.

Alega, em síntese, que a multa aplicada é excessiva e poderá causar o enriquecimento ilícito do agravado. Ressalta que houve desvirtuamento do instituto, tendo em vista que tal imposição se mostra rigorosa, sem observância à razoabilidade, além de que sua aplicação na hipótese não tem qualquer embasamento legal, já que na ação de exibição de documentos é incabível a aplicação de multa cominatória, conforme Súmula 372 do STJ.

Pede o provimento do recurso, para que seja revogada a multa fixada.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, o agravado rebate todos os argumentos do recorrente, pedindo o desprovimento do recurso.

De início importante destacar que o presente recurso será analisado de acordo com as regras do novo Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão combatida foi proferida quando já em vigor o referido *codex.*

Observo que no caso, a insurgência do agravante restringe-se aos seguintes pontos: inviabilidade de aplicação da multa cominatória na ação de exibição de documentos e, falta de razoabilidade no valor fixado.

Sobre a inviabilidade da aplicação da multa cominatória na ação de exibição de documentos, o recorrente baseia tal argumento na Súmula 372 do STJ que preconiza: *"Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória".*

No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidade acerca das medidas que podem ser adotadas pelo juiz para compelir a parte à exibição, é o que se extrai do art. 400, parágrafo único, *in verbis: "sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido".*

A norma citada, portanto, supera o entendimento constante na Súmula 372 do STJ, alhures citada. Em verdade, essa súmula já vinha sendo relativizada pelo próprio STJ que, na vigência do CPC/1973, admitiu a fixação de *astreintes* na hipótese de direitos indisponíveis.

A propósito:

> *[...] Tratando-se de pedido deduzido contra a parte adversa – não contra terceiro –, descabe multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível. No curso de uma ação que tenha objeto próprio, distinto da exibição*

> *de documentos, a consequência da recusa em exibi-los é a presunção de veracidade, por disposição expressa do art. 359 do CPC. Sendo assim, a orientação da jurisprudência do STJ é no sentido do descabimento de astreintes na exibição incidental de documentos. No entanto, a presunção é relativa, podendo o juiz decidir de forma diversa da pretendida pelo interessado na exibição com base em outros elementos de prova constantes dos autos. Nesse caso, no exercício dos seus poderes instrutórios, pode o juiz até mesmo determinar a busca e apreensão do documento, se entender necessário para a formação do seu convencimento. Já na hipótese de direitos indisponíveis, a presunção de veracidade é incabível, conforme os arts. 319 e 320 do CPC, restando ao juiz somente a busca e apreensão. Cumpre ressalvar que, nos casos que envolvem direitos indisponíveis, por revelar-se, na prática, ser a busca e apreensão uma medida de diminuta eficácia, tem-se admitido a cominação de astreintes para evitar o sacrifício do direito da parte interessada. […]* (STJ, REsp 1.333.988-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 09.04.2014).

Outros precedentes: (cf. STJ, REsp 1359976/PB, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014).

Em outras palavras, o novo código deixa expresso que a presunção de veracidade não impede que o juiz adote outras medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias, tal como a imposição de multa cominatória.

Na lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, existem casos nos quais a presunção de veracidade não poderá ser aplicada:

> *(...) nos casos em que: (i) for inadmissível a confissão como meio de prova (p. ex., quando os fatos presumidos como verdadeiros disserem respeito a direitos que não admitam conciliação – art. 351 do CPC; (ii) o único meio de prova admissível for o instrumento público (art. 366, CPC); (iii) por outro modo o documento ou a coisa foi exibida (p. ex., outra pessoa o juntou aos autos); (iv) o pedido de exibição foi impugnado por um litisconsorte, no caso de a exibição ter sido pedida contra mais de uma pessoa; (v) houver, nos autos, elementos de prova suficientes para afastar a presunção de que são verídicos os fatos que se queria provar.* (Curso de direito processual civil. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 196).

Assim, o que se prioriza é a exibição do documento ou coisa propriamente dita, em vez de simplesmente entender suficiente a presunção de veracidade em face da parte adversária.

Importante consignar que na ação de exibição, a primeira providência é de natureza pura e simplesmente mandamental, consistente na determinação do juiz para que a parte exiba o documento ou coisa. Descumprido o mandamento (ordem), podem-se reputar verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar. Como nem sempre a aplicação da presunção de veracidade dos fatos é viável, o CPC/2015 confere ao juiz poder para agregar um *plus* à tutela mandamental e é aí que entram as medidas a que se refere o parágrafo único, que como dito, permite sejam fixadas multa ou outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

Desse modo não mais prevalece a disposição contida na súmula 372 do STJ, já que vai de encontro às normas processuais que regem a matéria ali tratada.

Quanto ao alegado excesso e falta de razoabilidade do valor fixado, da mesma forma não assiste razão ao agravante.

Isso porque o julgador singular estabeleceu a multa cominatória com estreita observância à razoabilidade e proporcionalidade, além de ter fixado limite para a sua incidência.

Há que se levar em conta, ainda, o caráter coercitivo das *astreintes*, que não visam compensar, remunerar ou indenizar a parte, mas somente garantir a autoridade das decisões.

Em outras palavras, tal penalidade pecuniária é um instrumento, ferramenta do Poder Judiciário com a finalidade de garantir o interesse público (a eficácia da prestação jurisdicional, em última análise).

Por conseguinte, além de estar correta a imposição das astreintes no caso, o valor fixado se mostra ainda adequado ao fim buscado com tal penalidade, ou seja, deve servir como fator inibitório de eventual descumprimento da determinação judicial e, ao mesmo tempo, não provoque o enriquecimento sem causa do favorecido, o que se observa no caso em debate.

Por todas essas considerações, nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (des. Nélio), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 20/06/2017)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Peço vênia ao eminente relator para divergir de seu voto.

Trata-se, na origem, de ação de exibição de documentos, em que o Juízo concedeu a liminar pleiteada para determinar *"ao banco requerido que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente cópias de eventuais aditivos das cédulas rurais indicadas na inicial e os extratos de cada operação (planilhas financeiras), sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), limitada, inicialmente, a 30 dias"*.

É bem verdade que o Novo Código de Processo Civil possibilita ao Juiz adotar medidas coercitivas para que o documento seja exibido, conforme o parágrafo único do artigo 400.

Todavia, o dispositivo legal apresenta a expressão *"sendo necessário"*, que é o tópico de divergência. Isso porque não vislumbro como necessária a fixação de multa neste momento processual, em que sequer houve oportunidade do requerido se manifestar quanto ao pedido e de cumprir ou descumprir a determinação.

É possível, por exemplo, que a instituição financeira alegue não possuir o documento ou não ter havido aditivo contratual, caso em que deverá ser adotado o procedimento descrito no parágrafo único do artigo 398: *"Se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade"*.

Tanto mais que na decisão de origem, o magistrado determina a exibição de eventuais aditivos, ou seja, de documentos cuja existência sequer pode ser (ainda) afirmada.

Ademais, entendo que o prazo estabelecido para exibição dos documentos revela-se exíguo, especialmente em razão das cédulas rurais originárias terem sido emitidas em 1988, com vencimento mais recente para 1993, o que certamente justifica a necessidade de mais tempo para cumprimento da medida.

Dessa forma, concluo pela desarrazoabilidade da multa fixada e desproporcionalidade do prazo estabelecido para cumprimento da liminar concedida na origem, razão pela qual a primeira deve ser excluída – sem prejuízo de nova fixação em caso de descumprimento injustificado – e o segundo majorado de dez para trinta dias.

Ante o exposto, dou provimento, em parte e em termos, ao presente agravo de instrumento, para o fim de determinar a exclusão da multa imposta, sem prejuízo de nova fixação, em sendo necessário, e a majoração do prazo de cumprimento da liminar para trinta dias.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o relator, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1.º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Nélio Stábile e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802303-60.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELA POLÍCIA MILITAR – POSSIBILIDADE – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO NÃO CONFIGURADA – LEGALIDADE DA PRISÃO – CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.

A estruturação das polícias com a atribuição de especialidades para cada órgão, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública, escopo comum a todos os entes policiais. As autoridades policiais têm o dever legal, e não mera discricionariedade, de efetuar a prisão dos indivíduos que se encontrem em flagrante delito. Havendo indícios dá prática de infração penal, com elementos acerca da autoria e materialidade, a prisão é obrigatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível III - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Leoncio Marques da Silva Neto interpôs recurso de apelação em face da sentença (f. 352-359) proferida em 1º de julho de 2014 por Bonifácio Hugo Rausch Juiz da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que na ação de ação de indenização por danos materiais e morais proposta em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 364-381), alega que foi preso ilegalmente pelos policiais militares, que estariam atuando fora de sua competência, investigando infração penal cuja competência é exclusiva da Polícia Civil. Aduz que a atuação não se deu no estrito cumprimento do dever legal. Afirma que foi submetido a tratamento desumano, sofrendo tanto física como psicologicamente e que teve sua moral humilhada perante seus familiares e a sociedade. Requer o provimento do recurso e o Estado de Mato Grosso do Sul, responsabilizado civilmente pelos danos materiais e morais sofridos.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 390-399), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Leoncio Marques da Silva Neto, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul que, na ação e indenização por danos materiais e morais proposta em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 352-359:

> *São improcedentes os pedidos da parte autora. Condeno-a ao pagamento de honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa, corrigida desde a distribuição e com juros a partir da citação, cuja execução fica suspensa até que a parte contrária prove a cessação do alegado estado de miserabilidade (Lei 1.060/50). Parte autora isenta de custas. Declaro que houve resolução do mérito (CPC, 269, I).*

Das razões recursais

Em razões recursais (f. 364-381), alega que foi preso ilegalmente pelos policiais militares, que estariam atuando fora de sua competência, investigando infração penal cuja competência é exclusiva da Polícia Civil. Afirma que foi submetido a tratamento desumano, sofrendo tanto física como psicologicamente. Aduz que teve sua moral humilhada perante seus familiares e a sociedade. Requer o provimento do recurso e o Estado de Mato Grosso do Sul, responsabilizado civilmente pelos danos materiais e morais sofridos.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 390-399), pugnando pelo improvimento do recurso.

Breve relato dos fatos

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais movida por Leoncio Marques da Silva Neto em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma que no dia 04 de fevereiro de 2011, conduzia sua motocicleta (Marca Honda/CG 150, Titan, de placa HSM-1690), com destino a residência de um primo localizada na cidade de Dourados/MS, quando na saída de Fátima do Sul, avistou Sandro Rogério de Brito, e lhe ofereceu uma carona.

Ao chegarem deixou o passageiro próximo ao antigo clube Ubiratan, na Av. Marcelino Pires. Ao retornar da residência de seu parente, novamente encontrou Sandro, e lhe ofereceu carona para retornarem à Fátima do Sul. Após, próximo ao Travessão do Guilherme, na região rural Barreirão, foram abordados por dois homens, ordenando que parassem. Afirma que com medo, parou no acostamento momento em que percebeu tratar-se de policiais militares à paisana.

O policial afirmou ter visto o passageiro arremessar algo no acostamento, e após averiguação constatou se tratar de substância conhecida como *"crack"*. Diante de tais fatos ambos foram presos em flagrante delito pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Foram denunciados pelo Ministério Público Estadual, onde responderam pelo crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, que tramitou na 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, processo n. 010.11.000354-3, do qual resultou na condenação de Sandro Rogério de Brito e na absolvição do autor, com fundamento na insuficiência de provas.

Aduz que os policiais militares agiram de forma arbitrária, pois se deslocaram próximo ao KM 20 da rodovia BR/MS 376 que é de competência da Policia Militar Rodoviária Estadual, exercendo função para qual não é competente, mas sim da Policia Civil.

Afirma que teve sua moral humilhada perante seus familiares e a sociedade, em razão do ato ilícito praticado pelos policiais militares, pugna assim a indenização por danos morais e materiais.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação à f. 293-314, argumentando que o requerente não foi vítima de abuso de autoridade ou arbitrariedade, visto que a legislação foi corretamente aplicada ao seu caso.

O processo foi saneado à f. 328-329.

Alegações finais apresentadas à f. 337-341 e 344-351 reiterando seus argumentos.

Sobreveio a sentença objeto do recurso à f. 352-359.

Da lei processual a ser aplicada na análise do recurso

É necessário esclarecer, diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) no dia 18.03.2016, qual é a legislação a ser aplicada no julgamento deste recurso, se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) ou se o Código Processual de 2015.

No que pertine à sua vigência, o CPC/2015 prevê:

> *Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*
>
> *Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.*
>
> *Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*
>
> *§ 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*
>
> *§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*
>
> *§ 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.*
>
> *§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.*
>
> *§ 5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código.*

Considerando que o CPC/2015 foi publicado em 17.03.2015 e que a *vacatio legis* é de um ano, o novo CPC, como dito, entrou em vigor em 18.03.2016.

Confira-se, a respeito, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves[1]

> *A vacatio legis do Novo CPC é de um ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045. Significa que, após a publicação oficial, ainda teremos um ano de vigência do CPC/1973, sendo esse o período para que todos se familiarizem com o Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever 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.*
>
> *No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): nº 267: 'Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado'; nº 268: 'A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código'; n. 275: 'Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 1º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior'.*

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho:[2]

> *Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões,sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data. (...)*
>
> *A pergunta que fica é: - Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição?*
>
> *A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data de sua existência.*
>
> *Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em 18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso.*

Na hipótese dos autos, a sentença foi proferida em 01 de julho de 2014 (f. 359), de modo que se aplicam ao recurso as disposições do CPC/1973.

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil**. Lei 13.105/2015 – Inovações/Alterações/Supressões comentadas. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. 589.

2 GOMES FILHO, David de Oliveira. **Aplicação da Lei no tempo – CPC 2015**. Revista Trimentral de Jurisprudência TJMS n. 198. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016.

Do mérito

Sabidamente, a evolução da responsabilidade do Estado pode ser dividida em quatro grandes etapas: a irresponsabilidade, marcada pela máxima de que o *"Rei não erra"*, própria dos regimes absolutistas; a irresponsabilidade em relação aos atos de império e a responsabilidade em relação aos atos de gestão, que dependia da identificação do agente e demonstração de culpa deste; a culpa anônima do serviço, em que o Estado apenas responderia pelos atos decorrentes da má prestação do serviço, da não prestação, prestação tardia ou prestação insuficiente; e a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva.[3]

José dos Santos Carvalho Filho[4], dissertando sobre a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva, afirma*:*

> *Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.*
>
> *Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado.*
>
> *É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.*
>
> *Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.*

Hely Lopes Meirelles[5], sobre a matéria, comenta:

> *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 Público.* ***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*** *(...).* Grifo nosso.

Na atualidade, o sistema jurídico reconhece a responsabilidade objetiva do estado, consagrada nas disposições do art. 37, § 6º, da CF/88.

Confira-se:

> *§ 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.*

Nesta hipótese, dispensa-se a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) bastando a demonstração da conduta, dano e nexo de causalidade, de modo que a responsabilidade do Estado só será excluída se demonstrar a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

3 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

4 CARVALHO. José dos Santos Filho. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, P. 556.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 ed., 2001, Ed. Malheiros Editores, p. 691.

Nesse sentido:

> *ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. COLISÃO ENVOLVENDO VEÍCULO DO AUTOR E ÔNIBUS PERTENCENTE À PREFEITURA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA (ART. 37, § 6.º DA CF) EXTENSIVA A TERCEIRO NÃO USUÁRIO DO SERVIÇO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE PROVAR A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA OU A EXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE SUA RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. Ainda que não configurada a culpa do preposto da ré pela colisão entre o veículo de transporte coletivo urbano e o automóvel do autor, a ré responde objetivamente pelos danos causados. A pessoa jurídica de direito público prestadora de serviço público só não responderia pelos danos imputados ao autor se demonstrada a culpa exclusiva da condutora do carro do apelante ou o caso fortuito ou a força maior, o que não se verifica na espécie. Evidenciada a responsabilidade civil objetiva da ré, faz jus o autor ao recebimento de reparação pelos danos materiais, consistentes nas despesas para conserto do veículo. Recurso provido.* (TJSP; Apelação N. 0007284-56.2011.8.26.0428; Relator(a): Gilberto Leme; Comarca: Campinas; 35ª Câmara de Direito Privado; julgado em 19/10/2015).

Pois bem.

Sobre a segurança pública a Constituição Federal dispõe:

> *Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*
>
> *I - polícia federal;*
>
> *II - polícia rodoviária federal;*
>
> *III - polícia ferroviária federal;*
>
> *IV - polícias civis;*
>
> *V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.*

Como se vê a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, exercida em prol da preservação da ordem pública, que não figura como atributo exclusivo da polícia civil mas de todos os órgãos estatais policiais.

A Administração Pública estrutura-se para estabelecer as atribuições de cada ente mas não há que se falar em exclusividade na atuação de um único órgão policial para cada atribuição. É visível que não é objetivo da legislação restringir a preservação da ordem pública apenas a um dos órgãos policiais, foi atribuído a Polícia Civil a competência de polícia investigativa, mas não de forma exclusiva.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL E ESTELIONATO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONDUÇÃO DOS TRABALHOS. AGÊNCIA DE*

INTELIGÊNCIA DA POLÍCIA MILITAR. ILEGITIMIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REQUERIMENTO DA CONSTRIÇÃO. ELABORAÇÃO PELO PARQUET. MEDIDA CONSTRITIVA DEFERIDA POR MAGISTRADO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento, restando apenas a avaliação de flagrante ilegalidade. 2. A interpretação do artigo 6.º da Lei n.º 9.296/96 não pode ser demasiadamente estrita, sob pena de degenerar em ineficácia, entendendo-se, assim, que a condução dos trabalhos de interceptação telefônica por órgão da Polícia Militar - Agência de Inteligência - não implica ilegitimidade na execução da medida constritiva. ***3. Não obstante a estruturação das polícias com a atribuição de especialidades para cada órgão, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública, escopo comum a todos os entes policiais.***

4. O requerimento para a medida excepcional foi efetivado pelo Ministério Público Estadual e deferido pela autoridade judicial, não se configurando qualquer eiva em dado proceder. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 328.915/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015) – destaquei

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NULIDADE. INVESTIGAÇÕES E BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR REALIZADAS PELA POLÍCIA MILITAR. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. PRESCINDIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. LIMITES DO MANDADO JUDICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MALFERIMENTO DE DIREITOS DURANTE A DILIGÊNCIA POLICIAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NESTA SEDE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. ***2. "A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, evidenciando a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar e da busca e apreensão por aquela corporação realizada, mediante ordem judicial." (HC 316.687/MG, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015).*** *3. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, considerado de natureza permanente, sequer seria obrigatório o mandado de busca e apreensão para operar-se o flagrante. 4. A questão dos limites de cumprimento do mandado judicial não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, para concluir, como se pretende, no sentido do "malferimento dos direitos individuais de inúmeros moradores, além da mencionada utilização de capuz escondendo o rosto dos algozes", seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na estreita via eleita. 5. Habeas corpus não conhecido.* (HC 339.572/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016) - destaquei

Assim, a prisão em flagrante efetuada por policiais militares à paisana com atribuições de policiamento investigativo, não fere o artigo 144, da Constituição Federal, haja vista não ter havido qualquer violação ou usurpação de função de quem quer que seja.

A prisão do apelante se deu em flagrante (f. 28/40) e realizada de maneira licita, sem violência física, abusos ou excessos, quando haviam elementos suficientes acerca da prática delituosa e indícios de envolvimento do apelante no fato e perdurou até o momento em que foi deferido o pedido de liberdade provisória por ele apresentado (f. 160) e, posteriormente foi absolvido por falta de provas, de modo que não há falar-se em direito a indenização.

Neste sentido:

> *CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes. 3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem. 5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes. 6. Agravo regimental improvido.* (RE nº 553.637/SPED, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 25/9/09).

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA, ENTENDEU NÃO TER OCORRIDO ERRO JUDICIÁRIO, AFASTANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 02/03/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em ação na qual o agravante postula a condenação do ora agravado no pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de prisão preventiva que reputa ilegal, pois posteriormente absolvido, na ação penal. III. No caso, nos termos em que a causa fora decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - no sentido de que não fora demonstrara a existência de erro judiciário apto a ensejar a condenação do agravado em indenizar os danos morais que teriam sido causados ao agravante, em virtude da decretação de sua prisão preventiva - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. IV. O alegado dissídio jurisprudencial não foi devidamente comprovado, pois ausente a necessária similitude fática entre os julgados confrontados. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que é inviável "analisar recurso que trata de danos morais com base na divergência pretoriana, pois, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos serão sempre distintos.* (STJ, AgRg no REsp 1.442.539/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 19/05/2014). V. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 838.382/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017)

Ressalta-se que não há nos autos exame de corpo de delito que demonstre a alegada violência sofrida pelo autor.

Posto isto, tem-se que os agentes estatais agiram no estrito cumprimento da função de policiais, não constando elementos a demonstrar eventuais abusos capazes de gerar direito à indenização, assim ausente dano a ser indenizável pelo Estado.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto e, no mérito, nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800252-29.2015.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALTA DE PAGAMENTO DE CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA – PENDÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL PARA DISCUSSÃO DE VALORES – CULPA GRAVE NÃO EVIDENCIADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); causem prejuízo ao erário público (art. 10); atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

As regras insertas no art. 10 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com cautela, mesmo porque uma interpretação ampliativa poderá classificar de ímprobas condutas meramente irregulares, assente que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do elator.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Maria Odeth Constância Leite dos Santos interpôs apelação em face da sentença (f. 352-358) proferida em 23 de agosto de 2016 por Vinicius Pedrosa Santos Juiz da 1ª Vara, que na ação civil pública por improbidade administrativa proposta por Município de Caracol - MS, julgou procedentes os pedidos, reconhecendo a ocorrência de atos de improbidade administrativa, aplicando-lhe as sanções de suspensão de direito políticos, proibição de contratar com o Poder Público, pagamento de multa civil e ressarcimento integral do dano, revistas no art. 12, II, da L. 8.249/92, bem como nas custas processuais.

Em razões recursais (f. 365-383), alega que não houve ato de improbidade administrativa, seja porque não ocorreu em conduta dolosa, seja por ausência de dano ao erário e prática de atos ilícitos, uma vez que os valores referentes ao consumo energia elétrica do município encontravam-se *sub judice.*

Requer:

> *(...) CONHECER e PROVER o presente recurso, reformando a sentença guerreada para o fim de, afastar da Sr.a Maria Odeth a condenação de prática de atos de improbidade, pela ausência de dano ao erário, de ato ilícito e inexistência de realização de ato contrário aos princípios da honestidade, lealdade e boa-fé. Ainda, por ausência de dolo ou culpa da recorrente.*
>
> *Não obstante, caso a sentença seja mantida, a pena deve ser revista, uma vez que a mesma deve ser aplicada em conformidade com a gravidade do fato, devendo ser reduzida ao mínimo ou ao patamar razoável a gravidade do ato.*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 401-404), pugnando pelo improvimento do recurso.

Em manifestação, o Ministério Público conhece e pugna pelo improvimento do recurso (f. 413-422).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Odeth Constância Leite dos Santos em face da sentença proferida em 23/8/2016, pela Juiz da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta por Município de Caracol - MS, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial.

Confira-se a parte dispositiva da sentença (f. 352/358):

> *Posto isso, julgo procedentes as pretensões, com resolução do mérito, reconheço a ocorrência de atos de improbidade administrativa por conduta de Maria Odeth Constância Leite dos Santos, nos termos do art. 10, caput, da Lei 8.429/92, e aplico as seguintes sanções do art. 12, II, do texto legal em comento: a suspensão de direitos políticos pelo lapso temporal de cinco anos e a perda de eventual função pública por ela exercida na atualidade; a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; a condenação ao pagamento de multa civil, a ser revertida em favor do Município de Caracol / MS, duas vezes quantum prejuízo ocasionado ao erário municipal, a ser apurado em liquidação de sentença; a condenação ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, com atualização monetária pelo IGP-M e incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a incidir das respectivas datas em que deveriam ter sido realizados os pagamentos das tarifas energéticas, a ser apurado em posterior liquidação de sentença.*
>
> *Condeno a demandada ao pagamento das despesas processuais. Incabível honorários advocatícios. Se este provimento for objeto de recurso, deverá o cartório observar, de ofício e independentemente de nova conclusão, as disposições gerais dos recursos contidas no art. 994 e ss. do CPC, notadamente o § 5º do art. 1.003 de que o lapso temporal para responder é de quinze dias, excetuados os embargos de declaração e ressalvados os prazos em dobro*[1]*. Após, remetam-se os autos ao TJMS, com os nossos cordiais cumprimentos. Publique-se. Intimem-se. Cientifique o Ministério Público. Transitado em julgado, arquive-se.*

1 Litisconsortes com diferentes procuradores, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Ministério Público.

Das razões recursais.

Em razões recursais (f. 365-383), alega que não houve ato de improbidade administrativa, seja porque não incorreu em conduta dolosa, seja por ausência de dano ao erário e prática de atos ilícitos, uma vez que os valores referentes ao consumo de energia elétrica do município encontravam-se *sub judice.*

Requer:

> *(...) CONHECER e PROVER o presente recurso, reformando a sentença guerreada para o fim de, afastar da Sr.a Maria Odeth a condenação de prática de atos de improbidade, pela ausência de dano ao erário, de ato ilícito e inexistência de realização de ato contrário aos princípios da honestidade, lealdade e boa-fé. Ainda, por ausência de dolo ou culpa da recorrente.*
>
> *Não obstante, caso a sentença seja mantida, a pena deve ser revista, uma vez que a mesma deve ser aplicada em conformidade com a gravidade do fato, devendo ser reduzida ao mínimo ou ao patamar razoável a gravidade do ato.*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 401-404), pugnando pelo improvimento do recurso.

Em manifestação, o Ministério Público conhece e pugna pelo improvimento do recurso (f. 413-422).

Breve relato dos fatos.

O Município/autor alega que a demandanda foi eleita, no ano de 2008, prefeita do município de Caracol e, ciente dos débitos anteriores junto à concessionária de energia elétrica, não os quitou, incorrendo em ato de improbidade administrativa por causar um prejuízo de R$ 2.046.934,99 ao ter se omitido na apuração da responsabilidade de débito advindo da gestão anterior (desde agosto de 2001) e prolongando a inadimplência da dívida, descumprindo os pagamentos das contas mensais de energia elétrica durante todo o mandato como prefeita da cidade no interregno de 2005 a 2012.

Notificada, a requerida Maria Odeth apresentou defesa, negou a prática de atos ímprobos e justificou a falta de pagamento em razão de cobrança indevida realizada pela companhia de energia elétrica consistente em débitos prescritos, excesso de arrecadação de PIS/COFINS, reajuste ilegal das tarifas vencidas e exigência de débitos pertencentes a terceira pessoa.

O Ministério Público manifestou pelo recebimento da inicial.

Afastados os argumentos da defesa preliminar e recebeu-se a inicial.

Citada, a requerida ofertou contestação, reiterou os termos da defesa preliminar; afirmou, ainda, ter cometido apenas ilegalidades administrativas e pleiteou a improcedência do pedido ou aplicação de pena mínima.

O MP apresentou parecer favorável à condenação da requerida.

Sobreveio a sentença objeto do recurso.

Pois bem.

Sabidamente, o caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 destina-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11).

Na lição de Waldo Fazzio Júnior[2]:

> *O ato de improbidade é o agir ou o não agir, isto é, a conduta comissiva ou omissiva do agente público, que investe contra a probidade administrativa. Enriquecimento ilícito (no art. 9º) é seu efeito subjetivo, a saber, sobre o agente público. Negativo, porque o agente público coloca interesse particular (seu ou de outrem) acima do interesse público. Lesão ao erário (no art. 10) é o efeito objetivo, de natureza econômica, ou seja, o prejuízo para o patrimônio público econômico.*
>
> *Assim, qualquer ato de improbidade administrativa atenta contra a probidade administrativa, entendida como síntese coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública.*
>
> *Vale considerar que o ato de improbidade administrativa é, sobretudo, um ilícito, uma conduta comissiva ou omissiva adversa a um dever.*

Consoante entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a modalidade culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (artigos 9º e 11 da LIA), que exigem a modalidade dolosa.

Confira-se julgado abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92. CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo,* ***para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10****. 2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido.* (STJ. AgRg no AREsp 532421 / PE n.º 2014/0142733-0. Ministro Humberto Martins. DJe 28/08/2014) (Destaquei)

Maria Sylvia Zanella di Pietro[3] pondera que:

> *o enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.*

2 FAZZIO. Waldo Júnior. **Atos de Improbidade Administrativa**. 2 ed. São Paulo: Atlas. P. 77.

3 PIETRO. Maria Sylvia di. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas. P. 686.

E mais (p. 689):

> *(...) a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre os meios e os fins.*

A conduta ímproba imputada à demandada Maria Odeth foi enquadrada no art. 10, *caput,* requerendo, o Município autor, a aplicação das sanções constantes do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92.

Confira-se:

> *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. 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:*
>
> *(...)*
>
> *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;*

As duas Turmas da 1ª Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configure as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10.

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. (...) 3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. (...) 8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.* (REsp 1662580/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO IMPROBO. INCIDÊNCIA DA*

> *SÚMULA N. 83/STJ. AGENTE PÚBLICO. DOLO OU MÁ-FÉ NA CONDUTA. NÃO COMPROVAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. (...) II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, para a configuração do ato ímprobo, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11, ou ao menos culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92. (...) VI - Agravo Interno improvido.* (AgInt no AREsp 498.221/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 16/03/2017)

Incontroversa a inadimplência do município de Caracol com a Enersul desde o mês de agosto de 2001 até o fim do mandato da demandada como prefeita, em dezembro de 2012. Incontroversa também que ao iniciar seu mandato como prefeita de Caracol, em janeiro de 2005, a demandada recebeu da administração anterior tarifas de energia elétrica em atraso desde agosto de 2001.

Consta dos autos que em 9.10.2009 (f. 45/51) a concessionária de energia elétrica iniciou ação de cobrança referente ao período de 10/2004 a 9/2009, no bojo da qual foi apresentada contestação (f. 161/178) e reconvenção (f. 199/212), em 6.5.2010.

Na referida demanda foi proferida sentença (f. 295/301), em 9.5.2014, julgando procedente a ação de cobrança, condenando o Município ao pagamento dos débitos em aberto, bem como a procedência da reconvenção para declarar abusiva a cobrança de tarifa em índices superiores ao reposicionamento tarifário de 43,23% de 2003, relativa ao período de abril de 2004 a dezembro de 2007, determinando a devolução em dobro.

O fato de o débito estar em aberto, inicialmente, e posteriormente em discussão judicial, por si só, não importa em ato de improbidade.

Não se olvida que o administrador público tem o dever de gerir as finanças públicas com responsabilidade, mediante ações para prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que se verificou no caso autos, conforme infere-se da contestação e reconvenção ofertadas no processo de cobrança promovido pela concessionária de energia elétrica.

Entretanto, tais fatos não evidenciam ação ou omissão que cause lesão ao erário ensejando perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Município, que importam em prejuízo ao erário público (art. 10 da LIA), porquanto não é possível presumir que a requerida agiu com dolo ou culpa grave ao deixar de quitar os débitos de energia, posteriormente questionados nas vias próprias.

Fato é que na ação de cobrança proposta pela empresa de energia elétrica foi reconhecido, em reconvenção, a abusividade da cobrança no período de abril de 2004 até dezembro de 2007, e determinando a devolução em dobro dos valores cobrados.

Para que possa haver a subsunção direta na descrição típica de um ilícito administrativo, não basta a simples causalidade material: exige-se ainda um liame subjetivo que estabeleça a conexão entre a conduta típica e a participação do agente público, precedida de dolo ou de culpa grave, capaz de comprometer a dignidade da função pública, o que não se verifica nos presentes autos.

Ausente o elemento subjetivo e se agiu com inépcia o administrador, cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade.

Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.*

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611)."De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 5. Recurso especial provido. (REsp 734.984/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16/06/2008)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás, na qual postula a condenação de ECI NASCIMENTO TELES, ex-Prefeito de Hidrolândia/GO, e de ARAÚJO MIRANDA CONSTRUÇÕES E ASSESSORIA E PUBLICIDADE, pela prática de ato de improbidade administrativa. III. O acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que "não comprovadas, efetivamente, as condutas comissivas descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que pudessem ensejar condenação dos requeridos às sanções elencadas no art. 12 do normativo em questão, mesmo porque não comprovados os elementos subjetivos do dolo ou da culpa na prática da conduta" e que "ausente a prova da má-fé na conduta do agente público e/ou de auferimento de vantagem patrimonial ilícita em detrimento de dano ao erário, torna-se impossível condenar os requeridos às sanções constantes da Lei n.º 8.429/92". Inadmitido o Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Goiás e negado provimento ao respectivo Agravo, sustenta o ora agravante que "a conduta ímproba que atenta contra os princípios da Administração Pública, seja na forma comissiva ou omissiva, reclama a aplicação de sanções por parte do Poder Público, independentemente de dolo ou culpa do agente". IV. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte

Especial, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 31/03/2014. V. Nos termos em que a causa fora decidida, infirmar os fundamentos do acórdão, para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, do elemento subjetivo doloso e da ocorrência de dano ao Erário, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. VI. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 135.281/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 13/09/2016)

Por fim, consigna-se que quanto à alegação do autor acerca do dever de a requerida reservar os valores a fim de adimplir o débito ao final da ação, não há informação nos autos de que não se desincumbiu do múnus, mesmo porque o débito é mesmo do Município, sem notícias de que a demandada tenha enriquecido ilicitamente a partir dos fatos apurados nestes autos.

Não bastasse, o pedido limitou-se à demandada Maria Odeth pela dívida angariada ao longo de sua gestão, não havendo notícias de que o mesmo tenha ocorrido também em relação ao ex-prefeito.

Por tais motivos, a sentença deve ser reformada para julgar improcedente o pedido inicial de condenação em improbidade administrativa imputada a Maria Odeth Constância Leite dos Santos.

Dispositivo

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de apelação interposto por Maria Odeth Constância Leite dos Santos para julgar improcedente o pedido de condenação em ato de improbidade administrativa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0803805-05.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CARTÃO DE ALIMENTAÇÃO – DIREITO A SER CONCEDIDO AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS EFETIVOS DESDE A ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR N. 046/2011 – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – RESPONSABILIDADE DO CONTRATANTE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Os servidores públicos municipais efetivos fazem jus ao recebimento do cartão alimentação, no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, desde a entrada em vigor da Lei Complementar n. 046/2011. Hipótese em que reconhecido o direito do autor à percepção do valor correspondente ao período inadimplido de 09/2011 a 02/2014.

Os honorários contratuais devem ser suportados pela autora, pois o requerido não participou da formação da relação jurídico contratual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de agosto de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Município de Paranaíba interpôs apelação em face da sentença (f. 127-132) proferida em 03.05.2017 por Plácido de Souza Neto, Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Paranaíba que, na ação de obrigação de fazer c/c ação de cobrança proposta por José Uisley Araújo em face do recorrente, julgou procedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 137-148), afirma que o cartão alimentação foi instituído sem a necessária dotação orçamentária.

Destaca que o pagamento da verba depende de regulamentação.

Sustenta o descabimento de condenação ao pagamento de honorários contratuais.

Requer a reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados improcedentes.

Pleiteia, ainda:

manifestação expressa desta elevada Corte a respeito de todas ofensas mencionadas, especialmente à Constituição da República (art. 5º, LIV e art. 37, XV, 93, IX), Lei Federal (Art. 11, art. 489, e 320 do CPC).

Da mesma maneira, prequestionamos a contrariedade aos julgados do STF (REXT 653.736, RE n. 597.838-AgR; RE n. 601.985-AgR, RE n. 375.936- AgR; RE n. 550.650-AgR; RE n. 603.453-AgR) do STJ (STJ REsp 1362294); Recurso Especial n. 197.033 RJ.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 151-155), pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Paranaíba, objetivando a reforma da sentença proferida em 03.05.2017 pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Paranaíba que, na ação de cobrança ajuizada por José Uisley Araújo em face do Município de Paranaíba, julgou procedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 127-132:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedido iniciais ajuizados por José Uisley Araújo em desfavor do Município de Paranaíba, para o fim de:

1 - condenar o réu ao pagamento de R$ 2.345,20 (DOIS MIL E TREZENTOS E QUARENTA E CINCO REAIS E VINTE CENTAVOS) à parte autora, devidamente corrigido na forma do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a observância do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4425 e 4357, desde a citação.

2 - condenar o réu ao pagamento de quantia equivalente a 30% (trinta por cento) do valor apurado nos moldes indicados no item 1 retro, a título de indenização por danos materiais.

Ante a sucumbência, condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas em atraso devidas até a data da prolação da presente sentença, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º, do CPC, considerando a reduzida complexidade e tempo despendido na presente demanda.

Sem custas, nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual 3.779/2009.

Resolvo o mérito da ação, nos termos do art. 487, inc. I, do CPC.

Considerando que o valor da condenação é inferior ao limite previsto no art. 496, § 3º, inc. III, do CPC, deixo de determinar a remessa dos autos à instância superior, para fins de reexame necessário.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se com as anotações e baixas necessárias.

Em razões recursais (f. 137-148), afirma que o cartão alimentação foi instituído sem a necessária dotação orçamentária.

Destaca que o pagamento da verba depende de regulamentação.

Sustenta o descabimento de condenação ao pagamento de honorários contratuais.

Requer a reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados improcedentes.

Breve relato dos fatos.

José Uisley Araújo ajuizou ação de cobrança em face do Município de Paranaíba, ao argumento de que é servidor público municipal e de que, com a edição da Lei Complementar Municipal n. 46/2011, passou a fazer jus ao cartão alimentação, no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais.

Alegou que, embora a Lei Complementar Municipal n. 46/2011, que criou o *"cartão alimentação"*, no valor mensal de R$ 50,00, a ser entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos ou comissionados, tenha entrado em vigor em 06.04.2011, o benefício somente foi pago a partir de 03/2014, de modo que tem direito adquirido às parcelas inadimplidas desde a vigência da lei (09/2011 a 02/2014).

Afirmou que o art. 44 e parágrafos da Lei Complementar n. 46/2011, preveem os requisitos para concessão do benefício, quais sejam, ser funcionário público efetivo ou comissionado e não ter nenhuma falta no mês anterior, dispensando qualquer regulamentação.

Sustentou ser devido o ressarcimento dos danos materiais, consistente em honorários advocatícios contratuais.

Requereu o pagamento retroativo do benefício *"cartão alimentação"*, referente ao período de 09/2011 a 02/2014, totalizando R$ 2.345,20 (dois mil, trezentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos), bem como o ressarcimento dos honorários contratuais pactuados entre a requerente e seu patrono, no importe de 30% sobre o valor da condenação, observada a tabela de honorários da OAB/MS.

Em contestação (f. 97-102), o Município de Paranaíba afirmou a inexistência de dotação patrimonial para o pagamento da vantagem.

Alegou que o art. 4º da Lei Complementar n. 046/2011 depende de regulamentação.

Defendeu o descabimento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios contratuais.

Pleiteou a improcedência dos pedidos.

Impugnação à contestação à f. 111-114.

Por fim, sobreveio a sentença recorrida.

Mérito

A Lei Complementar Municipal n. 046, de 06/04/2011, que dispõe sobre a reorganização administrativa e do novo quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Paranaíba, e com base na qual o recorrido embasa seu pedido, assim estabelece quanto ao cartão alimentação:

> *Art. 44 – Ficará criado o Cartão Alimentação que será entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos e comissionados no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais.*
>
> *§ 1º - O cartão criado no caput deste artigo tem a finalidade de auxiliar nas despesas com alimentação dos servidores públicos municipais.*
>
> *§ 2º - O servidor que por qualquer motivo vier a ter falta, justificada ou não, não terá direito ao cartão alimentação no mês subsequente a falta.*

O que se verifica, portanto, é que a lei prevê a entrega do cartão alimentação, no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, aos servidores públicos municipais efetivos e comissionados.

Na hipótese em comento, o requerente ingressou no serviço público em 21.05.2007, no cargo de vigia (f. 10-11).

Portanto, em 06/04/2011, data em que passou a vigorar a Lei Complementar n. 46, o autor preenchia o requisito exigido no *caput* do art. 44 para o recebimento do cartão alimentação (ser servidora pública municipal efetiva), o qual, no entanto, somente lhe foi pago a partir de 03/2014.

A alegação do apelante no sentido da inexistência de dotação orçamentária para o pagamento do benefício no período reclamado, todavia, não subsiste frente ao disposto no art.49 da Lei Complementar n. 46/2001.

Confira-se:

> *Art. 49. As despesas decorrentes da execução desta lei Complementar, serão atendidas no exercício de 2011 com os recursos previstos nas dotações consignadas no orçamento remanejadas de acordo com as necessidades.*

Não fosse isso, como bem ressaltado pelo magistrado *a quo*, *"Apesar de suas alegações, o Município não comprovou que à época da criação da lei não havia previsão orçamentária para instituição do vale alimentação ou a inexistência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias"* (f. 129).

Da mesma forma, não prospera a afirmação do recorrente no sentido de que o art. 44 da Lei Complementar n. 046/2011 depende de regulamentação para ser executável, pois inexiste na norma a alegada previsão expressa de regulamentação.

O próprio fato de a municipalidade, desde 03/2014, estar entregando o cartão alimentação, no valor de R$ 50,00 mensais, ao recorrido, já denota que se trata de norma autoaplicável, caso contrário o benefício não estaria sendo adimplido mensalmente por falta de norma regulamentadora.

Nesse contexto, e sendo incontroverso que o recorrido preenche os requisitos para concessão do cartão alimentação desde a entrada em vigor da Lei Complementar n. 046/2011, de ser mantida a sentença que condenou o apelante ao pagamento do valor de R$ 2.345,20 (dois mil, trezentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos), correspondente às parcelas inadimplidas no período de 09/2011 a 02/2014.

A respeito da questão, confira-se os julgados proferidos neste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – CARTÃO ALIMENTAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N.º 46/2011 – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – CONCESSÃO DEVIDA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE FATO IMPEDITIVO AO DIREITO PLEITEADO – RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O município de Paranaíba, por meio da Lei Complementar Municipal n.º 46/2011, criou o cartão alimentação a ser entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos e comissionados, no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, com a finalidade de auxiliar nas despesas com alimentação. 2. Sendo a autora servidora pública municipal, enquadrando-se no rol de beneficiados da artigo 44, da LCM n.º 46/2011 e, comprovado que referido benefício não foi a ela pago, não tendo o município demonstrado qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito, impõe-se a manutenção da sentença de procedência. 3. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente os*

honorários advocatícios contratuais eventualmente pagos ao advogado para a adoção de providências extrajudiciais podem ser objeto de ressarcimento (REsp 1274629/AP). 4. Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide. (TJMS. Apelação n. 0803286-30.2016.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 25/07/2017, p: 26/07/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ANALISADA COM O MÉRITO – CARTÃO ALIMENTAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 46/2011 – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – CONCESSÃO DEVIDA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE FATO IMPEDITIVO AO DIREITO PLEITEADO – RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O município requerido, por meio da Lei Complementar Municipal n. 46/2011, editou a lei que criou o cartão alimentação a ser entregue a todos os servidores públicos municipais, efetivos e comissionados no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, com a finalidade de auxiliar nas despesas com alimentação. Verificado que a autora é servidora pública do Município de Paranaíba, enquadrando-se no rol de beneficiados do artigo 44 da LCM 46/2011 e, comprovado que referido benefício não foi a ela pago, não tendo o requerido demonstrado qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, impõe-se a manutenção da sentença. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente os honorários advocatícios contratuais eventualmente pagos ao advogado para a adoção de providências extrajudiciais podem ser objeto de ressarcimento (REsp 1274629/AP). Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide. (TJMS. Apelação n. 0803948-91.2016.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 25/07/2017, p: 26/07/2017)

Neste tópico, portanto, nego provimento ao recurso.

Honorários contratuais

Apesar de fazer jus ao valor referente ao cartão alimentação, é improcedente o pedido de restituição dos honorários contratuais.

Embora não ignore o posicionamento doutrinário de Daniel Amorim Assumpção Neves e de José Miguel Garcia Medina, quanto ao cabimento da condenação para ressarcimento dos honorários contratuais, mantenho o posicionamento de que é descabida tal pretensão.

Isso porque o Município apelante não participou da relação contratual entabulada entre o apelado e seu advogado, nem interferiu no ajuste quanto ao valor dos honorários contratados, inexistindo nexo causal a justificar a obrigação quanto ao pagamento dos respectivos honorários.

Em pese haver dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.1347.25/MG, DJe de 24/6/2011; REsp n. 1.027.797/MG, DJe de 23/2/2011), da relatoria da Min. Nancy Andrighi, que dispõem que os honorários contratuais integram o valor devido a título de perdas e danos (mencionados nas citações acima), vale ressaltar que o entendimento atual na segunda Seção do Tribunal da Cidadania é de que não há obrigação de restituição dos honorários contratuais despendidos pela parte vencedora do processo.

Nesse sentido é o teor dos julgados abaixo:

> *RECURSO ESPECIAL. 1. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR ESTABELECIDO NA ORIGEM. MONTANTE RAZOÁVEL. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 2. DANOS MATERIAIS.* ***HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR****. SÚMULA 83/STJ. 3. HONORÁRIOS. MODIFICAÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ANÁLISE DA COMPLEXIDADE DO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO CAUSÍDICO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 4. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...) Sucede que conforme o atual entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça,* ***não há obrigação de restituição dos honorários contratuais despendidos pela parte vencedora do processo.*** *(...) Nota-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito. Feita essa constatação,* ***conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação).*** *(...) Vale dizer, o termo 'honorários de advogado' contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.* (STJ – Resp. 1.482.350/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 29/9/2014, Dje. 9/10/2014) (Grifei e sublinhei)

> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO DO RECLAMANTE, COBRADOS AO RECLAMADO PARA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE. 1) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A DESPEITO DE ORIENTAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, MAS EMBARGOS CONHECIDOS DADA A PECULIARIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA; 2) INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, NO ÂMBITO GERAL DO DIREITO COMUM, RESSALVADA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO; 3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO PARADIGMA; 4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS. [...] 2.- No âmbito da Justiça comum, impossível superar a orientação já antes firmada por este Tribunal, no sentido do descabimento da cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratados pelo Reclamante para a Reclamação Trabalhista, porque o contrário significaria o reconhecimento da sucumbência por via oblíqua e poderia levar a julgamentos contraditórios a respeito do mesmo fato do patrocínio advocatício na Justiça do Trabalho. 3.- Manutenção do Acórdão Embargado, que julgou improcedente ação de cobrança de honorários contratuais ao Reclamado, a despeito da subsistência do julgamento paradigma em sentido diverso, pois não sujeito à devolução recursal nestes Embargos de Divergência. 4.- Embargos de Divergência improvidos.* (EREsp n. 1.155.527/MG, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 28/6/2012.)

Na ocasião desse julgado, indo-lhe os autos com vista, escreveu a Ministra Nancy Andrighi o seguinte:

> *(...) após melhor analisar a questão concluo, assim como o fez o i. Min. Relator, pela* ***necessidade de rever meu posicionamento.*** *Todavia, faço-o por fundamento diverso daquele trazido nos precedentes da 4ª Turma, ao qual se filiou o voto condutor.*
>
> *De acordo com esses julgados, ao apresentar sua defesa, o reclamado não pratica ato ilícito sujeito a responsabilização; ao contrário, exerce apenas o direito ao contraditório, assegurado constitucionalmente.*
>
> *A premissa é verdadeira, não havendo como dela discordar. Porém ela não serve de proposição para o silogismo construído, pois o dever de indenizar, na hipótese em*

questão, não deriva do exercício do direito à ampla defesa, mas do ato ilícito que dá causa à própria reclamação trabalhista, cuja prática é reconhecida na decisão que julga procedentes os respectivos pedidos.

A despeito disso, vislumbro motivo diverso a justificar a revisão do meu posicionamento, qual seja, a contrapartida que será gerada pelo reconhecimento do direito ao reembolso dos honorários contratuais.

Com efeito, ***ao admitir que o autor deve ser indenizado pelo réu do que aquele gastou com seu patrono, haveremos, por simetria, de reconhecer também o direito do réu em caso de total improcedência dos pedidos de ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais que tiver pago.***

Nessa hipótese, a alegação feita no voto condutor inexistência de ato ilícito gerador de dano indenizável procede e ganha pertinência. Melhor explicando, muito embora tenhamos, por reciprocidade, de reconhecer o direito do réu de, resultando vencedor na ação (improcedência total dos pedidos), ***ser indenizado pelo autor dos honorários contratuais pagos ao seu advogado, não terá o autor praticado nenhum ato ilícito capaz de dar ensejo a esse dever de indenizar. Na realidade, terá apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente garantido (sendo certo que, no particular, não se está a cogitar das situações em que há abuso desse direito, com o ajuizamento de ações temerárias). Diante disso, a rigor*** ***não há como justificar o dever de indenizar do autor.***

Note-se, por oportuno, que a indenizabilidade dos honorários advocatícios, da forma como prevista nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, vem inserida no contexto do inadimplemento de uma obrigação, ou seja, pressupõe a prática de um ato ilícito*. Feita essa constatação,* ***conclui-se que, à luz dos mencionados dispositivos legais, são inexigíveis os honorários contratuais pagos em virtude do exercício, pela parte contrária, de um direito legítimo (de ação)****. Dessarte, não obstante as considerações por mim tecidas no julgamento do REsp 1.027.797/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 23.02.2011,* ***penso que a expressão 'honorários de advogado', utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo****, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.*

Vale dizer, ***o termo 'honorários de advogado' contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.***

Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito mas, pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais. (Grifei e sublinhei)

Por fim, na mesma esteira segue o julgado abaixo do TJMS:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CLIENTE NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES – ***CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – OBRIGAÇÃO DA PARTE QUE CONTRATOU*** *– QUANTUM ARBITRADO AQUÉM DO RAZOÁVEL E DAS DIRETRIZES DA JURSIPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL E DO STJ – MAJORAÇÃO – JUROS DE MORA – SÚMULA 54 DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

> *Os honorários sucumbenciais têm como objetivo remunerar o advogado que representou os interesses da parte vencedora pelos serviços prestados.* ***Os honorários advocatícios contratados são obrigação da parte contratante, não sendo admitido transferir tal obrigação à parte vencida, que não tenha participado da contratação.*** *(...)* (TJMS – Terceira Câmara Cível. Apelação 2012.0166335-4, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 26/6/2012) (Grifei e sublinhei)

Portanto, os honorários advocatícios contratuais são obrigação do contratante, não sendo admitido transferir tal obrigação à parte que não tenha participado da contratação.

Portanto, a sentença merece reforma neste ponto.

Prequestionamento

O Município de Paranaíba pleiteia, ainda:

> *(...) manifestação expressa desta elevada Corte a respeito de todas ofensas mencionadas, especialmente à Constituição da República (art. 5º, LIV e art. 37, XV, 93, IX), Lei Federal (Art. 11, art. 489, e 320 do CPC).*
>
> *Da mesma maneira, prequestionamos a contrariedade aos julgados do STF* (REXT 653.736, RE n. 597.838-AgR; RE n. 601.985-AgR, RE n. 375.936- AgR; RE n. 550.650-AgR; RE n. 603.453-AgR) do STJ (STJ REsp 1362294); Recurso Especial n. 197.033 RJ).

Referidos dispositivos preveem:

> *Constituição Federal*
>
> *Art. 5º. (...)*
>
> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*
>
> *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: (...)*
>
> *XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.*
>
> *Art. 93. (...)*
>
> *IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*
>
> *Código de Processo Civil*
>
> *Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*
>
> *Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.*

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé".

Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Não há falar em violação a referidos dispositivos, porque: a sentença foi devidamente fundamentada; a condenação do Município ao pagamento de valores foi ocorreu após a observância do devido processo legal e a petição inicial foi instruída com os documentos indispensáveis para o processamento da ação.

Os julgados mencionados no pedido, por sua vez, referem-se aos postulados da irredutibilidade de subsídios e da inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO E A FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRESERVAÇÃO DO VALOR NOMINAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE N. 563.965.

*1. O regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário, não viola o direito adquirido (Precedentes: RE n. 597.838-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 24.2.11; RE n. 601.985-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 1.10.10; RE n. 375.936-AgR, Relator o Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, DJ de 25.8.06; RE n. 550.650-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 27.6.08; RE n. 603.453-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 01.02.11, entre outros). 2. Reconhecida a repercussão geral do tema no julgamento do RE n. 563.965-RG/RN, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, confirmando a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido à forma de cálculo de remuneração, enfatizando, ainda, a legitimidade de lei superveniente que, sem causar decesso remuneratório, desvincule o cálculo da vantagem incorporada dos vencimentos do cargo em comissão ou função de confiança outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (*RE 653736 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, Processo Eletrônico DJe-082 Divulg 02-05-2013 Public 03-05-2013)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS. MANUTENÇÃO DA REMUNERAÇÃO TOTAL. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, ante a ausência de direito adquirido a regime jurídico, é legítimo que lei superveniente modifique a composição dos vencimentos dos servidores públicos, desde que não haja decesso remuneratório. II – Agravo regimental improvido. (RE 597838 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-037 Divulg 23-02-2011 Public 24-02-2011 Ement VOL-02470-02 PP-00339)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. ABSORÇÃO POR SUBSÍDIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A FÓRMULA DE COMPOSIÇÃO DA REMUNERAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 601985 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-185 Divulg 30-09-2010 Public 01-10-2010 Ement vol-02417-07 PP-01397)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. MUDANÇA NO REGIME JURÍDICO. GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE VENCIMENTOS. Muito embora o servidor público não tenha direito adquirido a regime jurídico, o decréscimo no valor nominal da sua remuneração implica ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos. Esta é a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental desprovido. (RE 375936 AgR, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 25-08-2006 PP-00023 Ementa Vol-02244-04 PP-00762 RTJ VOL-00202-01 PP-00303)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. AUXÍLIO-INVALIDEZ. REDUÇÃO. REMUNERAÇÃO. PRESERVAÇÃO DO VALOR NOMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. 1. Não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração. Precedentes. 2. Para afirmar que houve redução da remuneração seria necessária a análise dos fatos e provas. Incide no caso a Súmula n. 279 deste Tribunal Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 550650 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 divulg 26-06-2008 public 27-06-2008 ement vol-02325-07 PP-01358)

Não há violação aos referidos postulados, porque a verba foi instituída por lei, cuja inconstitucionalidade sequer foi aventada, de modo que a sentença pautou-se no princípio da legalidade, observando o que dispõe a Lei Complementar Municipal n. 046/2011.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Paranaíba, apenas para afastar a sua condenação ao pagamento dos danos materiais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 16 de agosto de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1400853-24.2017.8.12.0000
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO – REJEITADA – MÉRITO – SERVIDORA PÚBLICA – PRORROGAÇÃO DE LICENÇA REMUNERADA PARA CURSAR PÓS-GRADUAÇÃO EM NÍVEL DE MESTRADO – IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO A PARTIR DO 24º MÊS – INTELIGÊNCIA DO ART. 162, I E § 2º, DA LEI ESTADUAL N. 1.102/90 – ERRO DE INTERPRETAÇÃO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CASSAÇÃO DA LICENÇA REMUNERADA – POSSIBILIDADE – AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO – DEVOLUÇÃO DE VENCIMENTOS PAGOS – NÃO CABIMENTO – BOA-FÉ DA SERVIDORA – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

Restando evidente a autoria do ato impugnado que, por meio de decreto, tornou sem efeito ato anterior que havia prorrogado licença para estudo com ônus para a administração, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Governado do Estado.

Na linha de precedentes do Tribunal da Cidadania, não é correta a devolução de verba paga indevidamente a servidor em decorrência de erro da própria Administração Pública, quando se constata que o recebimento pelo beneficiado se deu de boa-fé, como no caso dos autos.

Logo, constatado o erro de interpretação da lei regente pelo Poder Público, cabível o saneamento da irregularidade dentro do poder de autotutela da administração. O que já foi pago, contudo, não pode ser devolvido, sob pena de ofensa à moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé objetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva do governador, no mérito, por maioria, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Absteve-se de votar, por estar ausente no início do julgamento o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 2 de agosto de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Marina Castilhos Souza Umaki Zardin ajuíza mandado de segurança contra ato imputado ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em resumo, se qualifica como servidora pública estadual do quadro permanente de pessoal da Secretaria de Estado de Saúde, lotada no cargo/função de especialista de serviços de saúde/farmacêutico-bioquímico, matrícula n. 112804024, tendo ingressado na carreira em 08.07.2002.

Narra que por meio do Decreto *"P"* N. 2.444, de 9 de junho de 2014, publicado no DOE n. 8.696 de 16 de junho de 2014, a autoridade impetrada autorizou o afastamento da ora impetrante para fins de cursar pós-graduação em nível de mestrado, com ônus para a origem nos termos do art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, pelo período de 24 meses, com validade a contar de 1º de maio de 2014.

Posteriormente, através do Decreto *"P"* n. 2.946, de 9 de julho de 2016, publicado do DOE n. 9.206 de 15 de julho de 2016, a autoridade coatora autorizou o pedido de afastamento para estudo em prorrogação, com ônus para a origem nos termos do citado art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016.

Ocorre que, no início do mês de outubro de 2016, diz ter sido surpreendida com o ato coator na medida em que não recebeu remuneração no mês de referência. Em contato com a administração, ficou sabendo que o motivo da ausência de pagamento do mês de outubro, novembro e 13º salário, é que a impetrante, em tese, não poderia usufruir a prorrogação da licença com ônus para a origem, no que concerne ao período de 2 de maio de 2016 a dezembro de 2016, haja vista vedação legal disposta no art. 162, I e parágrafo segundo da Lei Estadual n. 1.102/90.

Diante do contexto, sustenta que o simples fato de não ter sido intimada para manifestar acerca do não pagamento do seu salário, demonstra evidente arbitrariedade levada a efeito pela autoridade impetrada, haja vista que em momento algum lhe foi dada oportunidade de apresentar suas razões contra o suposto corte de pagamento de seus vencimentos, violando-se, destarte, o princípio da ampla defesa e do contraditório insculpidos no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Não nega a existência e validade do princípio da autotutela da administração sobre seus atos. Todavia, salienta que até mesmo o poder de autotutela da Administração possui limites a fim de não ultrapassar interesses individuais e coletivos, sob pena de violação ao contraditório, a segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade. No caso, houve violação dos mencionados princípios porque a autoridade coatora, sem oportunizar o contraditório, suspendeu o pagamento de outubro, novembro e 13º salário da ora impetrante, por entender que a mesma não poderia usufruir a prorrogação da licença para estudo a partir de 25º mês, tendo a administração, ainda, determinado que houvesse o desconto dos salários da impetrante em razão de ter recebido, indevidamente, os salários de maio, junho, julho, agosto e setembro, totalizando R$ 27.143,96, haja vista que usufruiu a prorrogação indevidamente.

Requereu a concessão de medida liminar para o fim de declarar a nulidade do ato que suspendeu integralmente o pagamento do salário da impetrante, *"eis que não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como houve boa-fé da servidora, eis que haviam pareceres jurídicos e ato da própria Administração autorizando a prorrogação da licença para estudo com ônus para a origem, e que se abstenha de promover qualquer desconto no salário da mesma, em absoluta boa-fé, não devendo ser compelida a devolver qualquer verba, determinando-se que a autoridade impetrada promova imediatamente o pagamento da remuneração da impetrante com relação aos meses de outubro/2016, novembro/2016 e 13º salário/2016, em atenção ao princípio da boa-fé"* (f. 18-19; 140-141). No mérito, pugna pela confirmação da liminar.

Instruiu a ação mandamental com os documentos de f. 20-141.

Despacho de f. 143, determinando-se a regularização das custas iniciais.

A impetrante apresentou comprovante de pagamento e requereu a juntada das guias processuais complementares (f. 146-150).

Foi deferida em parte o pedido de liminar, determinando que a autoridade coatora se abstenha de efetuar qualquer desconto futuro na remuneração da impetrante até final julgamento de mérito.

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, apresentou informações e defesa, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

No mérito, defende a legalidade da anulação do Decreto *"P"* n. 2.946, de 09.07.2016, pois a administração apenas exerceu o poder de autotutela ao verificar que a licença para estudo, com ônus para a origem, não poderia ter sido prorrogada a partir do 25º mês. Aduz que o devido processo legal foi devidamente respeitado, na medida que, constatada a ilegalidade da prorrogação de licença para estudo (com ônus para a origem), tomou as providências necessárias para apurar e sanar a irregularidade (f. 167-177).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 196-210), pela rejeição da preliminar de ilegitimidade do Governador do Estado e, no mérito, pela concessão parcial da segurança, *"uma vez que a Administração excedeu os limites das autotutelas ao proceder ao desconto integral do salário da Impetrante, devendo assim ocorrer à devolução, mas em parcelas que não prejudiquem a subsistência da Impetrante, pois se trata de verba alimentar."*

VOTO (EM 28/06/2017)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança ajuizado por Marina Castilhos Souza Umaki Zardin contra ato imputado ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme deixei consignado em relatório, a impetrante se qualifica como servidora pública estadual do quadro permanente de pessoal da Secretaria de Estado de Saúde, lotada no cargo/função de especialista de serviços de saúde/farmacêutico-bioquímico, matrícula n. 112804024, tendo ingressado na carreira em 08.07.2002.

Diz que por meio do Decreto *"P"* N. 2.444, de 9 de junho de 2014, publicado no Diário Oficial do Estado n. 8.696 de 16 de junho de 2014, a autoridade impetrada autorizou o afastamento da ora impetrante para fins de cursar pós-graduação em nível de mestrado, com ônus para a origem nos termos do art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, pelo período de 24 meses, com validade a contar de 1º de maio de 2014.

Posteriormente, através do Decreto *"P"* n. 2.946, de 9 de julho de 2016, publicado do DOE n. 9.206 de 15 de julho de 2016, a autoridade coatora autorizou o pedido de afastamento para estudo em prorrogação, com ônus para a origem nos termos do citado art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016.

Ocorre que, no início do mês de outubro de 2016, diz ter sido surpreendida com o ato coator na medida em que não recebeu remuneração no mês de referência. Em contato com a administração, ficou sabendo que o motivo da ausência de pagamento do mês de outubro, novembro e 13º salário é que a impetrante, em tese, não poderia usufruir a prorrogação da licença com ônus para a origem, no que concerne ao período de 2 de maio de 2016 a dezembro de 2016, haja vista vedação legal disposta no art. 162, I e parágrafo segundo da Lei Estadual n. 1.102/90.

Diante do contexto, sustenta que o simples fato de não ter sido intimada para manifestar acerca do não pagamento do seu salário, demonstra evidente arbitrariedade levada a efeito pela autoridade impetrada, haja vista que em momento algum lhe foi dada oportunidade de apresentar suas razões contra o suposto corte de pagamento de seus vencimentos, violando-se, destarte, o princípio da ampla defesa e do contraditório insculpidos no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

A impetrante não nega a existência e validade do princípio da autotutela da administração sobre seus atos. Todavia, salienta que até mesmo o poder de autotutela da administração possui limites a fim de não ultrapassar interesses individuais e coletivos, sob pena de violação ao contraditório, a segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade. No caso, houve violação dos mencionados princípios porque a autoridade coatora, sem oportunizar o contraditório e ampla defesa, suspendeu o pagamento de outubro, novembro e 13º salário da ora impetrante, por entender que a mesma não poderia usufruir a prorrogação da licença para estudo a partir de 25º mês, tendo a administração, ainda, determinado que houvesse o desconto dos salários da impetrante em razão de ter recebido, *"indevidamente"*, os salários de maio, junho, julho, agosto e setembro, totalizando R$ 27.143,96, haja vista que usufruiu a prorrogação indevidamente.

Requer a concessão da segurança para o fim de declarar a nulidade do ato que suspendeu integralmente o pagamento do seu salário, porquanto não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório; por outro lado, em havendo o reconhecimento de que houve boa-fé da servidora-impetrante (na medida em que haviam pareceres jurídicos e ato da própria Administração autorizando a prorrogação da licença para estudo com ônus para a origem), que a autoridade coatora se abstenha de promover qualquer desconto no salário da ora impetrante, dado que agiu com absoluta boa-fé, não devendo ser compelida a devolver qualquer verba; em consequência, seja a autoridade impetrada compelida a promover imediatamente o pagamento da remuneração da impetrante com relação aos meses de outubro/2016, novembro/2016 e 13º salário/2016, em atenção ao princípio da boa-fé (f. 18-19; 140-141).

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, apresentou informações e defesa, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

No mérito, defende a legalidade da anulação do Decreto *"P"* n. 2.946, de 09.07.2016, pois a administração apenas exerceu o poder de autotutela ao verificar que a licença para estudo, com ônus para a origem, não poderia ter sido prorrogada a partir do 25º mês. Aduz que o devido processo legal foi devidamente respeitado, na medida que, constatada a ilegalidade da prorrogação de licença para estudo (com ônus para a origem), tomou as providências necessárias para apurar e sanar a irregularidade (f. 167-177).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 196-210), pela rejeição da preliminar de ilegitimidade do Governador do Estado e, no mérito, pela concessão parcial da segurança, *"uma vez que a Administração excedeu os limites das autotutelas ao proceder ao desconto integral do salário da impetrante, devendo assim ocorrer a devolução, mas em parcelas que não prejudiquem a subsistência da impetrante, pois se trata de verba alimentar"*.

Ato seguinte, este relator chamou o feito à ordem para determinar a intimação da impetrante para manifestar acerca da preliminar de ilegitimidade passiva do Governador suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, diligência essa com fundamento no art. 10 do NCPC e nos termos da orientação deste órgão colegiado (f. 215).

A impetrante manifestou-se às f. 217-220, alegando que o ato apontado como coator, qual seja, o Decreto *"P"* n.º 5.732, de 13 de dezembro de 2016, retificou ato anterior consolidando a licença em prorrogação para estudo; contudo, sem ônus para a origem. Tal ato administrativo, autorizando a prorrogação

da licença sem ônus, decorreu do exercício do poder de autotutela da administração e foi praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Ao final, bate-se pela rejeição da preliminar.

Passo, então, à análise da preliminar.

Preliminar de ilegitimidade passiva do Governador

Verifica-se que o ato apontado como coator, qual seja, o Decreto *"P"* nº 5.732, de 13 de dezembro de 2016, que autorizou retroativamente a concessão de licença para estudo sem ônus para o órgão de origem, foi praticado exclusivamente pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme se verifica do documento juntado nos autos às fls. 121.

Colho, a propósito, o referido ato administrativo, in verbis:

> *Decreto "P" N. 5.732, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2016.*
>
> *O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais, resolve:*
>
> *AUTORIZAR o afastamento para estudo, em prorrogação, da servidora MARINA CASTILHOS SOUZA UMAKI ZARDIN, matrícula. 112804024, ocupante do Cargo de Especialista de Serviços de Saúde, função Farmacêutico-Bioquímico, classe C, código 50014, pertencente ao Quadro Permanente de Pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, lotada na Secretaria de Estado de Saúde,* ***sem ônus para a origem, com fulcro no art. 162, I, da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016, tornando sem efeito o Decreto "P" n. 2.946, de 4 de julho de 2016, publicado no Diário Oficial n. 9.206, de 15 de junho de 2016*** *(Processo n. 27/000931/2014).*
>
> *CAMPO GRANDE-MS, 13 DE DEZEMBRO DE 2016.*
>
> *REINALDO AZAMBUJA SILVA*
>
> *Governador do Estado*

Em síntese, tem-se o seguinte cenário: em um primeiro momento, por meio do Decreto *"P"* N. 2.444, de 9 de junho de 2014, publicado no DOE n. 8.696 de 16 de junho de 2014, o Governador do Estado autorizou o afastamento da ora impetrante para estudo com ônus para a origem, e o fez com fundamento no art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90. O referido afastamento, pelo período de 24 meses, teve validade a contar de 1º de maio de 2014.

Posteriormente, através do Decreto *"P"* n. 2.946, de 9 de julho de 2016, publicado do DOE n. 9.206 de 15 de julho de 2016, a autoridade coatora autorizou o pedido de afastamento para estudo em prorrogação, com ônus para a origem nos termos do citado art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016.

Passado algum tempo após o ato de prorrogação da licença, mais precisamente em outubro de 2016, foi aberto processo administrativo e, ao final, constatou-se que o afastamento em prorrogação com ônus violaria, em tese, o art. 162, I e parágrafo segundo da Lei Estadual n. 1.102/90, porquanto a licença remunerada para estudo, teria o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses.

Diante dessa realidade, por meio do Decreto *"P 5.732"*, de 13 de dezembro de 2016, citado acima, a autoridade impetrada *"convalidou"* o afastamento da impetrante para estudo em prorrogação, porém sem ônus para a origem. Consequentemente, dentro do seu poder de autotutela (*ius imperi*), a autoridade

coatora tornou sem efeito o Decreto *"P"* 9.206 de 15 de julho de 2016, que havia autorizado a prorrogação de licença com ônus para a origem.

Destarte, restando evidente a autoria do ato impugnado, com o parecer, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado.

Mérito

É incontroverso que a impetrante obteve a licença remunerada para cursar pós-graduação em nível de mestrado (com ônus para a origem). A aludida licença se deu por meio do P N. 2.444, de 9 de junho de 2014, publicado no DOE n. 8.696 de 16 de junho de 2014, tendo por fundamento o art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90. O prazo da licença remunerada, fundado no citado dispositivo, seria pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, com validade a contar de 1º de maio de 2014.

Após o termo da licença remunerada, por meio do Decreto *"P"* n. 2.946, de 9 de julho de 2016, publicado do DOE n. 9.206, de 15 de julho de 2016, a autoridade impetrada autorizou a licença remunerada em prorrogação, citando, uma vez mais, o art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016.

A impetrante, então, vinha usufruindo normalmente a licença remunerada em prorrogação; em princípio o fez em boa-fé, em sua acepção subjetiva, haja vista que a má-fé não se presume. Aliás, a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: "*a boa-fé se presume; a má-fé se prova."*

Contudo, por meio do Decreto 5.732, de 13 de dezembro de 2016, citado acima, a autoridade coatora, dentro do seu poder-dever de autotutela dos atos administrativos, modificou a situação jurídica anterior. Assim, a licença em prorrogação, antes remunerada, passou a ser não remunerada, ou seja, sem ônus para a origem. O fundamento se deu em razão de uma repaginação/reinterpretação do quanto disciplinado no art. 162, I, da Lei Estadual n. 1.102/1990. Eis o conteúdo do citado dispositivo legal, *in verbis:*

> *DA LICENÇA PARA ESTUDO OU MISSÃO OFICIAL*
>
> *"Art. 162. O funcionário poderá obter licença para estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, nas seguintes condições:*
>
> *I - com direito à percepção do vencimento e das vantagens do cargo, desde que reconhecido pelo Governador o interesse para a Administração e o afastamento não ultrapassar a vinte e quatro meses;*
>
> *II - sem direito à percepção de vencimentos e das vantagens do cargo, quando não reconhecido o interesse para a Administração. (...)*
>
> *§ 2º Em nenhuma hipótese, o período da licença poderá exceder a quatro anos consecutivos, incluídos os períodos de prorrogação.* Destaquei.

Do dispositivo retro, extrai-se que o funcionário pode obter licença para estudo com direito à percepção do vencimento e vantagens do cargo (ou seja, com ônus para a origem), desde que reconhecido pelo governador o interesse para a administração e o afastamento não ultrapassar 24 (vinte e quatro) meses. Acima do período 24 meses, e no máximo até quatro anos, a licença se opera sem remuneração.

No caso versando, constatado pela Administração que a impetrante estava usufruindo uma prorrogação de licença remunerada a partir do 24º mês (no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016), corretamente, s.m.j, fez uso de seu poder-dever de autotutela, que é nada mais nada menos do

que a prerrogativa do poder público de revogar seus próprios atos quando eles se tornem inconvenientes ou inoportunos, ou invalidá-los, quando ilegais ou ilegítimos. Resultou, daí, que a autoridade impetrada fez expedir o Decreto 5.732, de 13 de dezembro de 2016, que, retroativamente, autorizou a continuidade (prorrogação) da licença para estudo, porém, sem ônus para o Estado.

Diante do contexto, tenho que a melhor solução para o caso é manter em parte o ato administrativo que, dentro do poder-dever de autotutela, autorizou a licença para estudo em prorrogação, mas sem ônus para o Estado.

Assim, não há se falar em pagamento de remuneração à impetrante com relação aos meses de outubro e novembro do ano 2016, justamente pelo fato de que, naquele período, é incontroverso que a administração já havia constatado a impossibilidade de licença com remuneração, tendo em vista a vedação expressa do art. 162, I e parágrafo segundo, da Lei Estadual n. 1.102/1990. Frisa-se que o corte de salário, ainda que não precedido do contraditório no âmbito administrativo, não torna, por si só, ilegal o ato da administração, haja vista que a autotutela pode se dar até mesmo de ofício, somado ao fato de que a impetrante foi devidamente informada do corte de seu salário a partir de outubro de 2016.

Já com relação a uma possível devolução aos cofres púbicos (vencimentos e vantagens concernente aos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2016), tenho que tal medida seria uma forma derrazoada de invasão ao patrimônio da impetrante, já que se trata de verba alimentar, mormente levando em consideração que a impetrante, naqueles meses, encontrava-se em licença e nutria expectativa legítima de vigência e validade de uma prorrogação de licença para estudo com ônus para origem, reforçando, aqui, a boa-fé em sua acepção subjetiva.

Do contrário, ofender-se-ia os princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, bem como da boa-fé na acepção objetiva, determinar a devolução de cinco meses de vencimentos, sob o simplório fundamento de que a impetrante, *"inadvertidamente"*, teria se beneficiado de uma licença remunerada contrária aos ditames da lei.

A impetrante beneficiou-se da licença remunerada em prorrogação pelo prazo de cinco meses (maio, junho, julho, agosto e setembro de 2016). Nesse período, por ser presumida a boa-fé, nada tem que devolver ao Estado. Ora, seria um genuíno disparate a devolução de verba paga indevidamente a servidor em decorrência de equívoco da própria administração pública.

Oportuno frisar que a impetrante atua na função de farmacêutico-bioquímica. Desse modo, seria lógico e sensato cobrar conhecimento jurídico apurado de um *"leigo"* no que concerne à melhor interpretação da norma de regência, se a própria administração pública (dotada de órgão de representação jurídica próprio), ao tempo da prorrogação da licença remunerada equivocou-se na melhor interpretação da lei? Evidente que a resposta só pode ser negativa.

A propósito, a jurisprudência do STJ em casos análogos:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA NÃO REMUNERADA. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO NO PAGAMENTO DE VENCIMENTO NO PERÍODO. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. CARÁTER ALIMENTAR. DEVOLUÇÃO. NÃO CABIMENTO. 1. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de não ser devida a devolução de verba paga indevidamente a servidor em decorrência de erro da própria Administração Pública, quando se constata que o recebimento pelo beneficiado se deu de boa-fé, como no caso em análise. Precedentes: EDcl no REsp 1342111/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 06/03/2014; AgRg no AREsp 174.359/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/09/2013. 2. Agravo regimental não provido.* (STJ. AgRg no AREsp 182.327/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014).

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADIANTAMENTO DE REMUNERAÇÃO DESTINADA À CARREIRA DE MAGISTÉRIO. PAGAMENTO INDEVIDO À IMPETRANTE EM RAZÃO DO GOZO DE LICENÇA ESPECIAL REMUNERADA. MÁ APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. PRETENSÃO ADMINISTRATIVA DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É incabível a exigência de restituição ou a procedência de descontos referentes a valores pagos em decorrência de interpretação equivocada ou má aplicação da legislação regente pela própria Administração, quando constatada a boa-fé do beneficiado. 2. O requisito estabelecido para a não devolução de valores pecuniários indevidamente recebidos é a boa-fé do Servidor que, ao recebê-los na aparência de serem corretos, firma compromissos com respaldo na pecúnia; a escusabilidade do erro cometido pelo agente, autoriza a atribuição de legitimidade ao recebimento da vantagem. 3. Não há que se impor a restituição pelo Servidor de quantias percebidas de boa-fé e por equívoco do erário, ainda que a título de adiantamento de remuneração destinada à carreira de magistério, porquanto tais valores não lhe serviram de fonte de enriquecimento ilícito, mas de sua subsistência e de sua família. 4. Recurso desprovido.* (STJ.AgRg no RMS 24.715/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010).

Já com relação aos meses de outubro e novembro de 2016, uma vez constatada a impossibilidade da prorrogação da licença remunerada, nada tem de ilegal o corte de vencimentos levado a efeito pela autoridade impetrada.

Concluindo, a impetrante não tem direito ao recebimento dos vencimentos dos meses de outubro e novembro de 2016, pelo fato da Administração ter constatado, *ex vi* do art. 162, I e parágrafo único, da Lei Estadual n. 1.102/90, que a prorrogação da licença remunerada não poderia ultrapassar 24 meses.

Em relação aos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2016, incabível compelir a impetrante na devolução dos referidos vencimentos. Na esteira da jurisprudência da Corte Superior, o requisito estabelecido para a não devolução de valores pecuniários indevidamente recebidos, é a boa-fé do servidor que, ao recebê-los na aparência de serem corretos, firma compromissos com respaldo na pecúnia; a escusabilidade do erro cometido pelo agente, autoriza a atribuição de legitimidade ao recebimento dos vencimentos e vantagens do cargo.

Posto isso, contra o parecer, concedo parcialmente a segurança para, em confirmando a medida excepcional, determinar que a autoridade impetrada se abstenha de promover qualquer desconto nos salários futuros da ora impetrante, referente ao recebimento obtido nos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2016, porquanto agiu com boa-fé. Em consequência, a impetrante tem direito, no ano de 2016, ao recebimento do 13º salário proporcional, excluindo os meses de outubro de novembro.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade passiva do governador, no mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para sessão do dia 26.07.17, em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel e de suas férias, após o relator e o Des. Contar concederem parcialmente a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 26/07/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marina Castilhos Souza Umaki Zardin contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, buscando a concessão da segurança para o fim de declarar a nulidade do ato que suspendeu integralmente o pagamento do salário da impetrante, *"eis que não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como houve boa-fé da servidora, eis que haviam pareceres jurídicos e ato da própria Administração autorizando a prorrogação da licença para estudo com ônus para a origem, e que se abstenha de promover qualquer desconto no salário da mesma, em absoluta boa-fé, não devendo ser compelida a devolver qualquer verba, determinando-se que a autoridade impetrada promova imediatamente o pagamento da remuneração da impetrante com relação aos meses de outubro/2016, novembro/2016 e 13º salário/2016, em atenção ao princípio da boa-fé".*

O eminente relator, Des. Pachoal Carmelo Leandro votou em contrariedade ao parecer, pela parcial concessão da segurança, para o fim de *"determinar que a autoridade impetrada se abstenha de promover qualquer desconto nos salários futuros da ora impetrante, referente ao recebimento obtido nos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2016, porquanto agiu com boa-fé. Em consequência, a impetrante tem direito, no ano de 2016, ao recebimento do 13º salário proporcional, excluindo os meses de outubro de novembro",* no que foi acompanhado pelo ínclito vogal, Des. Carlos Eduardo Contar.

Pedi vista dos autos para análise minudente do processo administrativo que tratou da concessão da licença remunerada para estudo e sua prorrogação, cuja cópia foi acostada com a inicial. E depois de atenta análise dos referidos documentos cheguei à mesmas conclusões delineadas pelo doutro relator, pelo que não tenho dúvidas em acompanhar seu judicioso voto.

Com efeito, é orientação há muito sedimentada no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que é incabível a restituição ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

A matéria foi objeto de recurso repetitivo, restando assentado o tema 531:

> *Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.* (REsp 1244182/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/10/2012)

Nessa ordem de ideias, compulsando detidamente o caderno processual, verifica-se que o Decreto *"P"* nº 2.946, de 4 de julho de 2016, autorizou o afastamento para estudo com ônus para o órgão de origem (f. 108). De sorte que nada obstante a vedação legal à prorrogação remunerada da licença, a Administração Pública efetivamente concedeu tal benesse à impetrante, motivo pelo qual não vislumbro má-fé. Consectário lógico, não há falar em repetição de valores ao erário.

À luz destas considerações, acompanho integralmente o voto proferido pelo nobre relator, para conceder a segurança, contrariando o parecer.

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade passiva do governador, no mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após o Des. Sideni Soncini Pimentel acompanhar o relator e o Des. Contar para conceder parcialmente a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 02/08/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º vogal)

Consta dos autos que Marina Castilhos Souza Umaki Zardin impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato imputado ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na falta de pagamento da remuneração dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2016, além de 13º terceiro salário e férias.

Ressaltou que havia ato regular da Administração - Decreto *"P"* n. 2.946, de 4 de julho de 2016 (f. 24), que lhe prorrogou a licença para estudo do período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016, de modo estava respaldada em processo administrativo n. 27/000931/14 devidamente implementado para esse fim (f. 34-129).

Destacou, ainda, que a alteração da conclusão então adotada foi tomada sem que fosse cientificada, avindo apenas em 29.12.2016 o Decreto *"P"* n. 5.732, de 13 de dezembro de 2016 que tornou sem efeito o decreto anterior para autorizar a prorrogação de licença da servidora-impetrante sem ônus para o órgão de origem, nos termos do artigo 162, I, da Lei n. 1.102/1990.

Tal circunstância não foi refutada pelo Estado de Mato Grosso do Sul que cingiu em defender o poder de autotutela de seus atos, bem como a falta de previsão legal para que a impetrante continuasse a receber a remuneração para licença para estudo com o pagamento da remuneração já tendo gozado de 24 meses anteriores.

O eminente relator, ao analisar o feito, concedeu parcialmente a ordem, determinando que a autoridade impetrada se abstenha de promover qualquer desconto nos salários futuros da ora impetrante, referente ao recebimento obtido nos meses de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2016, porquanto agiu com boa-fé. Em consequência, a impetrante tem direito, no ano de 2016, ao recebimento do 13º salário proporcional, excluindo os meses de outubro e novembro.

Com efeito, como bem decidiu o relator há patente impossibilidade de devolução dos valores pagos à servidora que os recebeu de boa-fé ante equivocada interpretação da lei feita pela Administração, tratando-se de entendimento, inclusive, há muito sedimentado em sede de representativo de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido.* (STJ, REsp 1244182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012)

No entanto, vou além, pois entendo que seja o caso de concessão integral da segurança perquirida. Explico.

Não se descura *"que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma prerrogativa, como também uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade em hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam as Súmulas 346 e 473, do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99"* (STJ, MS 16.141/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2/6/2011).

Contudo, não é menos certo que o agir administrativo justamente por estar calcado no princípio da legalidade deve se pautar por obedecer os princípios do contraditório e ampla defesa, ainda mais quando estes comprometam de maneira significativa a remuneração de servidora amparada em ato administrativo prévio.

Compulsando o processo administrativo n. 27/000931/14, instaurado para a concessão da licença para estudo da servidora, infere-se que após o término da primeira licença para estudo concedida de 1º de maio de 2014 a 1º de maio de 2016, foi protocolado pedido de prorrogação por mais sete meses (f. 88-92) para finalização da qualificação profissional – Mestrado em Infectologia, que findaria apenas em 1º de dezembro de 2016.

A Coordenadoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde emitiu parecer às f. 95-96, bem como a Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização à f. 103-104, ocasião em que foi proferida a Manifestação n. 1117/2016/SRH/SAD, cujo excerto final transcrevo abaixo:

> *Ante o exposto, com base os motivos plausíveis e verossímeis pelo interesse da administração pública faz jus à prorrogação do afastamento para estudo requerido pela servidora Marina Castilhos Souza Umaki Zardi, com concordância da Diretoria da LACEN/SÉS/MS, Manifestação Jurídica favorável da Gerência Intermediária e Assistência/GJUA/SÉS/MS, e considerando o acolhimento conforme despacho do Secretário de Estado de Saúde (f. 60/69) com a qual esta Assessoria ratifica-se pelo deferimento do pedido, com validade pelo período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016, com fundamentos no inciso I, e § 2º inserto no art. 162, da Lei (Estadual) n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, por consequência, sugere o envio dos presentes autos ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado a quem compete à decisão final, com ônus para origem, que no caso vertente requer-se. É o entendimento submetendo-se a vossa consideração, para as demais deliberações e providências pertinentes. (f. 104) (g.n.)*
>
> *Referida manifestação foi assentida também pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização (f. 106) e, após, pelo Governador do Estado com a publicação do Decreto "P" n. 2.946, de 4 de julho de 2016, no Diário Oficial n. 9.206, de 15 de julho de 2016 com o seguinte teor:*
>
> *O GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais, resolve:*
>
> *AUTORIZAR o afastamento para estudo, em prorrogação, da servidora MARINA CASTILHOS SOUZA UMAKI ZARDIN, matrícula n. 112804024, ocupante do cargo de Especialista de Serviços de Saúde, função Farmacêutico-Bioquímico, classe C, código 50014, pertencente ao Quadro Permanente de Pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, lotada na Secretaria de Estado de Saúde,* ***com ônus para o órgão de origem****, com fulcro no art. 162, inciso I, da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016 (Processo n. 27/000931/2014).* (g.n.) (f. 108)

Concedida a prorrogação, o chefe imediato da impetrante foi cientificado da decisão (f. 109).

Em 25.10.2016, o processo administrativo foi desarquivado (f. 111), sendo que nesse mês mesmo já não houve o pagamento da remuneração da servidora sem qualquer intimação prévia ou andamento contemporâneo nos autos. Ao contrário, num sábado, dia 22.10.2016 a servidora Elisângela Cristina encaminhou correspondência eletrônica a outros colegas, revogando sponte propria solicitou a revisão dos atos do secretário de administração e desburocratização e do Governador do Estado, que foram as autoridades competentes que deferiram a licença nos termos em que concedida.

Na sequência, foi emitida nova Manifestação n. 4.942/2016/SRH/SAD (f. 115-118), opinando por tornar sem efeito o Decreto *"P"* n. 2.946, de 4 de julho de 2016 e autorizar a publicação do afastamento para estudo, em prorrogação, sem ônus para a origem, acentuando sobre o dever de apurar os valores recebidos pela servidora em desacordo com o revisto.

Submetida à apreciação do secretário adjunto de estado de administração e desburocratização, este acompanhou o parecer (f. 119) e o Governador do Estador emitiu o Decreto *"P"* n. 5.732, de 13 de dezembro de 2016, e publicado no Diário Oficial n. 9.317 de 29.12.2016 (f. 121), quando até já havia acabado a licença da servidora:

> *O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais, resolve:*
>
> *AUTORIZAR o afastamento para estudo, em prorrogação, da servidora MARINA CASTILHOS SOUZA UMAKI ZARDIN, matrícula n. 112804024, ocupante do cargo de Especialista de Serviços de Saúde, função Farmacêutico-Bioquímico, classe C, código 50014, pertencente ao Quadro Permanente de Pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, lotada na Secretaria de Estado de Saúde,* ***sem ônus para o órgão de origem****, com fulcro no art. 162, inciso I, da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, no período de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016, tornando sem efeito o Decreto "P" n. 2.946, de 4 de julho de 2016, publicado no Diário Oficial n. 9.206, de 15 de julho de 2016.* (Processo n. 27/000931/2014). (g.n.)

Como se vê do relato acima, a impetrante, enquanto servidora e parte no processo administrativo, não foi intimada em nenhum momento a se manifestar ou mesmo tomar ciência do entendimento revisto pela Administração, em manifesto desrespeito às garantias basilares do devido processo legal administrativo, dos quais são vetores o contraditório e ampla defesa, a expresso teor do artigo 5º, LIV e LV[1], da Constituição Federal, e, ainda, do artigo 3º, II[2], da Lei n. 9.784/1999, que regula o Processo Administrativos na esfera da Administração Pública Federal e se aplica analogicamente à hipótese.

A respeito do contraditório no processo administrativo bem elucida Romeu Felipe Bacellar Filho[3]:

> *O contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-o como garantia de meios e de resultados. A suficiência constitucional de uma lei não se basta na estipulação de que tal atividade será operacionalizada por meio 'processo' ou na simples qualificação de um procedimento como processo. É imprescindível a presença da possibilidade efetiva de*

1 Art. 5º da CF: (...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

2 Art. 3º da lei n. 9.784/1999: "O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...)
II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas"

3 *in* **Processo Administrativo Disciplinar**, 3 edição, 2012, Editora Saraiva, p. 66-68.

> *cumprir todas as atividades processuais tecnicamente idôneas para fazer valer o direito, aliada à obtenção do provimento adequado ao pedido.*
>
> *O processo administrativo constitui instrumento de tutela inspirado na ideia de efetividade, identificado não pelo nome em si, mas pelo conteúdo: contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.*
>
> *Agregada à ideia de garantia de meios e de resultados, a leitura do art. 5º, LIV - 'ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' - complementa o art. 5º, LV. Na esfera administrativa, não pode haver privação de liberdade ou restrição patrimonial sem o cumprimento do seguinte pressuposto: a consagração legal do processo administrativo em sentido constitucional.*
>
> *A acolhida do devido processo legal administrativo assegura contraponto para o cidadão frente ao poder da administração de autotutela do interesse público. José Frederico marques observa que 'evidente se torna que a administração pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa.* (g.n.)

Acrescenta com a propriedade que lhe é peculiar Nelson Nery Júnior *in* Princípios do Processo na Constituição Federal - Processo Civil, Penal e Administrativo, 9ª edição, 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 221-222 e 225-226:

> *Decorre diretamente da cláusula do devido processo, que integra o princípio due process of law (CF 5º, LIV), e do princípio do contraditório (CF 5º, LV). a proteção das partes contra a decisão surpresa (...) A proibição de haver decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja ex officio. Trata-se de proibição da sentença de 'terceira via'. (...) Mas o juiz, como sujeito do processo, terceiro imparcial, equidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso. Isso tem a ver, igualmente, com a boa-fé com que devem proceder os poderes públicos, agindo com transparência e imparcialidade (...) Tratando-se de ofensa ao direito fundamental do contraditório, desnecessária a previsão da lei infraconstitucional a respeito da consequência da referida ofensa. A nulidade resulta, portanto, como consequência da atuação do preceito constitucional. A proibição da decisão-surpresa, manifestação do contraditório no processo, vincula o juiz a abrir o debate entre as partes sobre todas as questões que podem ser resolvidas de ofício no curso do processo.*

Tal raciocínio, inclusive, foi solidificado no bojo no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) com a inserção do artigo 10 como estabelecimento definitivo do princípio da não-surpresa:

> *O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Desse contexto legal e doutrinário, tem-se que a falta de prévia intimação da interessada acerca do andamento de seu processo administrativo, culminando com decisão que alterou a situação até então estabelecida, criou uma decisão surpresa para a parte, em manifesta afronta às garantias do devido processo legal e, de seu desdobramento, o contraditório, consoante previsões do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como do artigo 3º, II, da Lei n. 9.784/1999.

Corrobora o raciocínio sopesado acima a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos seguintes julgados:

> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA DA REDE DE ENSINO MUNICIPAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE SUPRIMIU A INCORPORAÇÃO DE CARGA HORÁRIA. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIOS E DA AMPLA DEFESA OBSERVADOS. PODER-DEVER DE AUTOTUTELA. SÚMULA 473/STF. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela recorrente contra ato do Prefeito do Município de Lagarto/SE, que, em processo administrativo, retirou da impetrante vantagem pecuniária decorrente da incorporação de carga horária deferida em processo administrativo anterior. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que a atuação da Administração Pública deve pautar-se, estritamente, nos comandos da lei. Aliás, justamente com supedâneo no princípio da legalidade, à Administração Pública é conferido o poder de autotutela, incumbindo-lhe, assim, o dever de rever os seus atos, quando eivados de nulidades,* ***anulando-os, tendo de, em qualquer caso, entretanto, observar o correspondente processo administrativo e as garantias individuais****, o que ocorreu na hipótese em exame. (...) 6. Recurso Ordinário não provido.* (STJ, RMS 49.379/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÕES DE ATIVIDADE. SUPRESSÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADAS AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2.* ***O STJ perfilha entendimento de que a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório*** *(AgRg no REsp. 1.432.069/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.4.2014). 3. Agravo Interno dos Servidores parcialmente provido, para tornar insubsistente o ato que suprimiu a gratificação pretendida, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, asseguradas as garantias que lhe são inerentes. (STJ, AgInt no REsp 1306697/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)* (g.n.)

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. SUPRESSÃO DE VANTAGEM, PELA ADMINISTRAÇÃO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I.* ***A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório****" (STJ, AgRg no REsp 1.432.069/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/04/2014). No mesmo sentido: STJ, MS 11.249/DF, Rel. p/ acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 03/02/2015; REsp 1.207.920/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/09/2014; MS 19.579/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 06/11/2013. II. Nesse contexto, encontrando-se o acórdão recorrido em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal, não merece prosperar a irresignação recursal, ante*

> *o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". III. Agravo regimental improvido.* (STJ, AgRg no AREsp 747.072/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015)

Convém, ainda, destacar a falta de razoabilidade do agir administrativo no caso em apreço, já que comprometeu de maneira inesperada os rendimentos financeiros da impetrante sem ao menos comunicá-la, prejudicando seu sustento e vida digna, mesmo anteriormente amparada em processo administrativo devidamente instruído e ato de concessão publicado pela autoridade competente.

Celso Antonio Bandeira de Mello[4] tem lição lapidar sobre o princípio da razoabilidade, ao lecionar:

> *(...) Nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discrição administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente.*
>
> *Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota mediante discrepante do razoável. Para sufragar este entendimento ter-se-ia que atribuir estultice à própria lei na qual se haja apoiado a conduta administrativa, o que se incompatibilizaria com os princípios da boa hermenêutica.*
>
> *É claro, pois, que um ato administrativo afrontoso à razoabilidade não é apenas censurável perante a Ciência da Administração. É também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade da lei.*
>
> *Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados.* (g.n.)

Não se afigura razoável porque, mediante a ponderação de valores constitucionais, há de se prestigiar o princípio do devido processo legal administrativo e da confiança na decisão anterior que a respaldava a continuar seus estudos com a manutenção do pagamento dos vencimentos, possibilitando uma programação financeira condigna em detrimento de um poder de autotutela manifestado após, inclusive, o término da referida licença, visto que o decreto revogador foi publicado apenas em 29.12.2016, mas já implementado de maneira ilegal e abusiva em outubro de 2016.

Evidente, portanto, o prejuízo sofrido e, por consequência, a nulidade da decisão proferida, razão pela qual deve ser tornada sem efeito, mantendo válida a prorrogação da licença por estudo tal como concedida pelo Decreto *"P"* n. 2.946, de 4 de julho de 2016, publicado no Diário Oficial n. 9.206, de 15 de julho de 2016, isto é, com ônus para a Administração, o que implica, consequentemente, o pagamento das remunerações dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2016 com os consectários legais.

Posto Isso, contra o parecer ministerial, concedo integralmente a segurança, julgando procedente o pedido formulado, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para tornar sem efeito o Decreto *"P"* n. 5.732, de 13 de dezembro de 2016, e publicado no Diário Oficial n. 9.317 de 29.12.2016 (f. 121), restabelecendo, por consequência, a validade do Decreto *"P"* n. 2.946, de 4 de julho de 2016, publicado no Diário Oficial n. 9.206, de 15 de julho de 2016, que prorrogou a licença por estudo da impetrante de 2 de maio de 2016 a 1º de dezembro de 2016 com ônus para o órgão de origem, isto é, com o pagamento das remunerações e consectários decorrentes.

Sem honorários, nos termos legal e sumular.

4 *in* **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 22ª ed., 2007, p. 75.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (10º vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (11º vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade passiva do governador, no mérito, por maioria, concederam parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Absteve-se de votar, por estar ausente no início do julgamento o des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 02 de agosto de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade n. 2000105-40.2017.8.12.0000 -Tribunal de Justiça
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TAQUARUSSU – PREVISÃO DE APROVAÇÃO OU REJEIÇÃO DA CONTAS DO PREFEITO NOS TERMOS DA CONCLUSÃO DA CORTE DE CONTAS, NA HIPÓTESE DA CÂMARA DE VEREADORES NÃO DELIBERAR SOBRE AS REFERIDAS CONTAS NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, A CONTAR DO RECEBIMENTO DO PARECER ADVINDO DO TRIBUNAL DE CONTAS – MEDIDA DENOMINADA DE JULGAMENTO FICTO – PREVISÃO DE JULGAMENTO DAS CONTAS DA CÂMARA DE VEREADORES POR ELA MESMA, E TAMBÉM COM JULGAMENTO FICTO EM CASO DE INÉRCIA DA CASA LEGISLATIVA – INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.

É inconstitucional a alínea *"b"* do inciso VII, da Lei Orgânica de Taquarussu, ao instituir hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer daquela corte.

Também se reputa inconstitucional o § 2º, do art. 44, que dispõe sobre o julgamento pela Câmara de Vereadores de suas próprias contas. Diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, referida corte, ao revés, tem competência julgadora em relação às demais autoridades públicas, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas, incluindo a Câmara de Vereadores de Taquarussu, dever submeter-se ao controle e ao julgamento pelo Tribunal de Contas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de agosto de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça, ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar, tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico da alínea *"b"*, do inciso VII, do art. 27 e o § 2º, do art. 44, ambos da Lei Orgânica do Município de Taquarussu.

Em resumo, narra que por meio do Procedimento Administrativo n. 09.2016.00003146-6, instaurado em razão de provocação da Corte de Contas deste Estado, constatou-se que a Lei Orgânica do Município de Taquarussu apresenta os apontados dispositivos que não guardam compatibilidade vertical com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que os dispositivos impugnados apresentam vício de inconstitucionalidade material, haja vista que, ao estabelecer prazo de 60 (sessenta) dias para o julgamento das contas do prefeito, acabou por criar, inadvertidamente, a figura do julgamento por decurso de prazo, na hipótese de inércia do Poder Legislativo Municipal em analisar as aludidas contas do Executivo Municipal naquele interregno; também está previsto, no texto legal, função estranha à competência da Câmara Municipal, qual seja, a possibilidade de julgar as próprias contas e, acaso não julgadas no prazo legal, também serão consideradas como julgadas nos termos das conclusões da Corte de Contas.

Nesse contexto, na visão do Procurador-Geral de Justiça, a Lei Orgânica veicula duas regras incompatíveis com a sistemática adotada pela Constituição Estadual. A primeira, prevista na alínea *"b"*, do inciso VII, do artigo 27, institui hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do prefeito em até sessenta dias contados do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas julgadas nos termos do aludido parecer, *in verbis: "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*.

Assevera que o texto constitucional deste Estado não permite tal modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é ato de competência exclusiva do Poder Legislativo local, a quem cumpre, efetivamente, analisar a matéria, aprovando o rejeitando as contas do Executivo Municipal de acordo com a decisão de seus membros, não se afigurando bastante, por conseguinte, apenas o parecer do Tribunal de Contas do Estado, em caso de inércia dos Vereadores. Prossegue dizendo que o julgamento das contas por decurso de prazo representaria, em tese, indevida delegação de competência constitucional exclusiva da Câmara Municipal ao Tribunal de Contas (que constitui, deveras, órgão de natureza auxiliar), resultando de todo inviável, a título de exemplo, impor sanção ao Prefeito Municipal com base em mero de decurso de prazo. Portanto, é a Câmara Municipal quem detém competência para julgar em definitivo as contas do Alcaide e, se não o faz no prazo legal, não significa que as julgou, porquanto a apreciação das contas pressupõe julgamento material, efetivo e real, sendo a Câmara o único órgão constitucionalmente autorizado a fazê-lo.

A segunda incompatibilidade, prevista § 2º, do art. 44 da Lei Orgânica de Taquarussu, institui regramento no sentido de ampliar a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, destarte, o modelo constitucional estadual, além de prever, também nesse caso, o inusitado julgamento por inércia, caso a Câmara não julgue suas contas no prazo legal. Afirma que o pretório excelso, em diversas oportunidades, decidiu pela inconstitucionalidade de Lei que confere competência ao Legislativo para julgar suas próprias contas.

Por essas razões, invocando o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris* e a alta conveniência na suspensão dos aludidos dispositivos, e com fulcro no § 1º, do art. 517, do RITJMS, requereu a concessão de medida cautelar sem a audiência dos órgãos e autoridades das quais emanaram os atos impugnados, para o fim de suspender a eficácia da alínea *"b"*, do inciso VII, do art. 27 e o § 2º, do art. 44, ambos da Lei Orgânica do Município de Taquarussu-MS, (*"considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo."*), bem como das referências à Câmara Municipal (*"e da Câmara Municipal"*), até o julgamento final da lide, a fim de se evitar risco ao regime democrático, ao sistema de freios e contrapesos, bem como ao sistema constitucional de repartição de competência. Ao final, pugna pela procedência do pedido, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da alínea *"b"* do inciso VII, do artigo 27 e do § 2º, do art. 44, da Lei Orgânica de Taquarussu.

À unanimidade, foi concedida a medida cautelar (f. 122-131).

Ato seguinte, determinou-se a citação do Procurador-Geral do Município de Taquarussu para defender o texto impugnado; requisitou-se, ainda, informações ao Município de Taquarussu, na forma regimental (f. 142).

O Município de Taquarussu apresentou informações, alegando que não criará resistência acerca da matéria discutida, *"pois, após uma análise detidamente da Lei Orgânica do Município de Taquarussu, de 1990, constatou-se que os referidos artigos de fato não acompanharam as transformações jurídicas sobre o tema, permanecendo inerte frente às evoluções jurídicas trazidas pela Constituição da República e pela Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul"* (*sic*, f. 146-147).

Deixo de requisitar informações ao órgão ministerial, já que o Procurador-Geral de Justiça é o requerente desta ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça, tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico da alínea *"b"*, do inciso VII, do art. 27 e o § 2º, do art. 44, ambos da Lei Orgânica do Município de Taquarussu.

Conforme relatado, o requerente narra que por meio do procedimento administrativo n. 09.2016.00003146-6, instaurado em razão de provocação da Corte de Contas deste Estado, constatou-se que a Lei Orgânica do Município de Taquarussu apresenta os apontados dispositivos que não guardam compatibilidade vertical com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que os dispositivos impugnados apresentam vício de inconstitucionalidade material, haja vista que, ao estabelecer prazo de 60 (sessenta) dias para o julgamento das contas do prefeito, acabou por criar, inadvertidamente, a figura do julgamento por decurso de prazo, na hipótese de inércia do Poder Legislativo Municipal em analisar as aludidas contas do Executivo Municipal naquele interregno; também está previsto, no texto legal, função estranha à competência da Câmara Municipal, qual seja, a possibilidade de julgar as próprias contas e, acaso não julgadas no prazo legal, também serão consideradas como julgadas nos termos das conclusões da Corte de Contas.

Nesse contexto, na visão do Procurador-Geral de Justiça, a Lei Orgânica veicula duas regras incompatíveis com a sistemática adotada pela Constituição Estadual. A primeira, prevista na alínea *"b"*, do inciso VII, do artigo 27, institui hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias contados do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas julgadas nos termos do aludido parecer, *in verbis: "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*.

Assevera que o texto constitucional deste Estado não permite tal modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é ato de competência exclusiva do Poder Legislativo local, a quem cumpre, efetivamente, analisar a matéria, aprovando o rejeitando as contas do Executivo Municipal de acordo com a decisão de seus membros, não se afigurando bastante, por conseguinte, apenas o parecer do Tribunal de Contas do Estado, em caso de inércia dos vereadores. Prossegue dizendo que o julgamento das contas por decurso de prazo representaria, em tese,

indevida delegação de competência constitucional exclusiva da Câmara Municipal ao Tribunal de Contas (que constitui, deveras, órgão de natureza auxiliar), resultando de todo inviável, a título de exemplo, impor sanção ao Prefeito Municipal com base em mero de decurso de prazo. Portanto, é a Câmara Municipal quem detém competência para julgar em definitivo as contas do Alcaide e, se não o faz no prazo legal, não significa que as julgou, porquanto a apreciação das contas pressupõe julgamento material, efetivo e real, sendo a câmara o único órgão constitucionalmente autorizado a fazê-lo.

A segunda incompatibilidade, prevista § 2º, do art. 44 da Lei Orgânica de Taquarussu, institui regramento no sentido de ampliar a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, destarte, o modelo constitucional estadual, além de prever, também nesse caso, o inusitado julgamento por inércia, caso a Câmara não julgue suas contas no prazo legal. Afirma que o pretório excelso, em diversas oportunidades, decidiu pela inconstitucionalidade de Lei que confere competência ao Legislativo para julgar suas próprias contas.

Por essas razões, requer a procedência do pedido, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da alínea *"b"* do inciso VII, do artigo 27 e do § 2º, do art. 44, da Lei Orgânica de Taquarussu.

O município de Taquarussu apresentou informações, alegando que não criará resistência acerca da matéria discutida, *"pois, após uma análise detidamente da Lei Orgânica do Município de Taquarussu, de 1990, constatou-se que os referidos artigos de fato não acompanharam as transformações jurídicas sobre o tema, permanecendo inerte frente às evoluções jurídicas trazidas pela Constituição da República e pela Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul"* (*sic*, f. 146-147).

Desnecessária as informações do órgão ministerial, já que o Procurador-Geral de Justiça é o requerente desta ação direta de inconstitucionalidade.

Antes de ponderar sobre a casuística, reputo pertinente colacionar os dispositivos da Lei Orgânica do Município de Taquarussu-MS, impugnados por meio desta ação direta, bem assim os dispositivos pertinentes da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, para o devido confronto.

> *1) Lei Orgânica do Município de Taquarussu*
>
> *Art. 27. Compete privativamente à Câmara Municipal exercer as seguintes atribuições, dentre outras:*
>
> *(...)*
>
> *VII - tomar e julgar as contas do Prefeito, deliberando sobre o parecer do Tribunal de Contas do Estado no prazo máximo de 60 de seu recebimento, observado os seguintes preceitos:*
>
> *a) (...);*
>
> *b)* ***decorrido o prazo de sessenta (60) dias, sem deliberação pela Câmara, as contas serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer do Tribunal de Contas.*** Destaquei**.**
>
> *Art. 44. A fiscalização contábil, financeira e orçamentária e patrimonial do Município será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Executivo instituído em Lei.*
>
> *§ 1º (...)*
>
> *§ 2º As Contas do Prefeito* ***e da Câmara Municipal****, prestadas anualmente, serão julgadas pela Câmara dentro de 60 dias após o recebimento do parecer prévio do Tribunal de Contas ou Órgão Estadual a que for atribuído essa incumbência,* ***considerando-se***

> ***julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo.*** (destaquei).
>
> *2) Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul*
>
> *Art. 24. A fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios será exercida através do controle externo da Câmara Municipal*
>
> *§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, que emitirá parecer prévio sobre todas as contas prestadas pelo Prefeito, dentro dos noventa dias seguintes ao encerramento do exercício financeiro.*
>
> *§ 2º Somente por deliberação de dois terços da Câmara deixará de prevalecer o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas. (...)*
>
> *Art. 77. O controle externo a cargo da Assembléia Legislativa será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, através de parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, a extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

Em análise sobre a questão, nota-se que Lei Orgânica do Município de Taquarussu veicula regras, em tese, incompatíveis com a sistemática da Constituição Estadual, na medida em que a alínea *"b"*, do inciso VII, do artigo 27 e o § 2º, do artigo 44, instituem uma hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo e Legislativo. Está claro, pela leitura dos dispositivos impugnados, que se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer do Tribunal de Contas.

Em princípio a sistemática da Constituição Federal, e no mesmo sentido a Constituição Estadual, não permite tal modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Executivo é ato de competência exclusiva do Poder Legislativo, a quem cumpre efetivamente analisar a matéria diante de seu mister constitucional, aprovando o rejeitando as contas de acordo com a decisão de seus membros, sendo, destarte, inconstitucional a consolidação de uma possível reprovação ou aprovação das contas de acordo com o parecer da Corte de Contas (órgão auxiliar), em caso de inércia da Câmara de Vereadores em apreciá-las no prazo de 60 (sessenta) dias, contados do recebimento do parecer oriundo do Tribunal de Contas.

Apenas para ilustrar, trago precedente do STF:

> *Ao analisar o RE 729.744/MG, apreciado conjuntamente com o RE 848.826/DF (...), a Corte, por decisão majoritária, negou provimento ao recurso extraordinário. No caso, a controvérsia diz respeito à competência exclusiva da câmara municipal para o julgamento das contas de prefeito, sendo o parecer prévio do tribunal de contas meramente opinativo. O Plenário manteve o deferimento do pedido de registro de candidato ao cargo de prefeito que tivera suas contas rejeitadas pelo tribunal de contas estadual. Frisou que, no tocante às contas do chefe do Poder Executivo, a Constituição conferiria ao Poder Legislativo, além do desempenho de funções institucionais legiferantes, a função de controle e fiscalização de contas, em razão de sua condição de órgão de Poder, a qual se desenvolveria por meio de processo político-administrativo, cuja instrução se iniciaria na apreciação técnica do tribunal de contas. No âmbito municipal, o controle externo das contas do prefeito também constituiria uma das prerrogativas institucionais da câmara*

dos vereadores, exercida com o auxílio dos tribunais de contas do estado ou do município, nos termos do art. 31 da CF. Ressaltou que a expressão "só deixará de prevalecer", constante do § 2º do citado artigo, deveria ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para a rejeição do parecer emitido pela corte de contas. O Tribunal avaliou que, se caberia exclusivamente ao Poder Legislativo o julgamento das contas anuais do chefe do Executivo, com mais razão não se poderia conferir natureza jurídica de decisão, com efeitos imediatos, ao parecer emitido pelo tribunal de contas que opinasse pela desaprovação das contas de prefeito até manifestação expressa da câmara municipal. ***O entendimento de que o parecer conclusivo do tribunal de contas produziria efeitos imediatos, que se tornariam permanentes no caso do silêncio da casa legislativa, ofenderia a regra do art. 71, I, da CF. Essa previsão dispõe que, na análise das contas do Chefe do Poder Executivo, os tribunais de contas emitiriam parecer prévio, consubstanciado em pronunciamento técnico, sem conteúdo deliberativo, com o fim de subsidiar as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, que não estaria obrigado a se vincular à manifestação opinativa daquele órgão auxiliar. O ordenamento jurídico pátrio não admitiria o julgamento ficto de contas, por decurso de prazo, sob pena de permitir-se à câmara municipal delegar ao tribunal de contas, órgão auxiliar, competência constitucional que lhe seria própria, além de criar-se sanção ao decurso de prazo, inexistente na Constituição****. Do mesmo modo, não se conformariam com o texto constitucional previsões normativas que considerassem recomendadas as contas do município nos casos em que o parecer técnico não fosse emitido no prazo legal e permitissem às câmaras municipais o seu julgamento independentemente do parecer do tribunal de contas. Ademais, seria importante sublinhar que, na apreciação das contas anuais do prefeito, não haveria julgamento dele próprio, mas deliberação sobre a exatidão da execução orçamentária do município. A rejeição das contas teria o condão de gerar, como consequência, a caracterização da inelegibilidade do prefeito, nos termos do art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/1990. Não se poderia admitir, dentro desse sistema, que o parecer opinativo do tribunal de contas tivesse o condão de gerar tais consequências ao chefe de Poder local. Ressaltou, entretanto, que, no caso de a câmara municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afastaria seria apenas a sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderiam dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa.* (RE 729.744-MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 10-8-2016, Informativo 834, com repercussão geral).

De outros Tribunais:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 24, XV, "b", da Lei Orgânica do Município de Coronel Macedo. Previsão de aprovação ou rejeição das contas do Prefeito Municipal de acordo com a conclusão do parecer técnico prévio do Tribunal de Contas do Estado, na hipótese de a Câmara de Vereadores local não deliberar sobre elas no prazo de 90 dias, a contar do recebimento de referido parecer técnico prévio. Poder Legislativo que detém a competência exclusiva de tomar e julgar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do respectivo Poder Executivo. Dispositivo legal que permite espécie de "julgamento ficto" das contas anuais do Prefeito do Município, o que representa indevida delegação de atribuições. Afronta aos arts. 5º, § 1º, 20, VI, 32, 33, I, 144 e 150, todos da Constituição do Estado de São Paulo, bem como ao art. 31, § 1º e § 2º, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade do dispositivo *normativo reconhecida. Ação procedente.* (TJSP, ADI nº 2057098-50.2016.8.26.0000, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 19/1/2016, Órgão Especial. J. 20.10.2016).

Ação direta de inconstitucionalidade n. 12643/3, letra "b", inc. VII, do art. 39 - 2º do art. 135, arts. 136 e 137 da Lei Orgânica do Município de Medeiros. Aprovação ou rejeição das contas por decurso de prazo Impossibilidade .Ofensa aos arts. 62, XX, 165, § 1º e 180 da Carta Mineira. O Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de

> *Contas exerce a fiscalização orçamentária do Município. Porém, sua atuação limita-se aos contornos fixados pela própria Constituição e, entre estes, não está a possibilidade de aprovação ou rejeição de contas por decurso de prazo. Assim, são inconstitucionais as expressões encontradas na letra "b", inciso VII, do ar. 39: no § 2º do art. 57: no § 1º do art. 135 e nos arts. 136 e 137, todos da Lei Orgânica do Município de Medeiros, porque ofendem o disposto nos arts, 62, inciso XX, 165, § 1º, e 180, da Carta Mineira, naquilo que diz respeito à aprovação e à rejeição fictas das referidas contas, sendo defeso ao legislador municipal dispor sobre regras diferentes paro o processo legislativo orçamentário das traçadas pela Constituição Federal.* (TJMG Adin nº 12643/3, *in* rev. Jurisprudência Mineira n. 126/127, p. 2,).

Também se reputa como inconstitucional o julgamento pela Câmara de Vereadores de suas próprias contas. Ora, diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, referida corte, ao revés, tem competência julgadora em relação às demais autoridades, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas, incluindo a Câmara de Vereadores, princípio se submetem-se ao controle e ao julgamento do Tribunal de Contas.

Desse modo, como bem pontuado na inicial desta ação direta, a Lei Orgânica do Município de Taquarussu, à revelia do comando constitucional, em tese ampliou de modo indevido a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, assim, o modelo Constitucional vigente, além de haver reforçado dispositivo anterior que instituiu inusitado *"julgamento por omissão ou por inércia"*.

Confira-se, a propósito, a jurisprudência do Pretório Excelso, *in verbis:*

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Espírito Santo. Alteração da redação de parte dos dispositivos impugnados, eliminando-se as expressões objeto do pedido. Parcial prejudicialidade da ação. Previsão de julgamento das contas anuais do presidente da câmara municipal pela respectiva casa legislativa. Ofensa ao modelo constitucional. Agressão aos arts. 31, § 2º; 71, I e II; e 75 da Lei Fundamental. Conhecimento parcial da ação, a qual, nessa parte, é julgada procedente. 1. Prejudicialidade parcial da ação, em virtude de alteração substancial da redação dos incisos I e II do art. 71 da Constituição do Estado do Espírito Santo, a qual resultou na eliminação das expressões impugnadas. 2. A Constituição Federal foi assente em definir o papel específico do legislativo municipal para julgar, após parecer prévio do tribunal de contas, as contas anuais elaboradas pelo chefe do poder executivo local, sem abrir margem para a ampliação para outros agentes ou órgãos públicos. O art. 29, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, ao alargar a competência de controle externo exercida pelas câmaras municipais para alcançar, além do prefeito, o presidente da câmara municipal, alterou o modelo previsto na Constituição Federal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade de que se conhece parcialmente e que se julga, na parte de que se conhece, procedente.* (ADI 1964, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, Acórdão Eletrônico DJe-197 Divulg 08-10-2014 Public 09-10-2014).

Ademais, instado a manifestar, o Município de Taquarussu reconhece o pedido, pugnando pela procedência desta ação direta.

Posto isso, julgo procedente esta ação direta nos termos da inicial, para o fim de declarar a inconstitucionalidade, *ex nunc*, da alínea *"b"*, do inciso VII, do art. 27 e o § 2º, do art. 44, ambos da Lei Orgânica do Município de Taquarussu-MS.

Fica o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do que dispõe o artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade julgaram procedente a ação direta, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 02 de agosto de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1412780-21.2016.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HIPOTECA DE BEM IMÓVEL – HIPERVULNERABILIDADE – CONDIÇÃO ESPECIAL DO CONSUMIDOR CAPAZ DE ANULAR O NEGÓCIO JURÍDICO – INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE – ANALFABETISMO OU BAIXA ESCOLARIDADE – NEGÓCIO FIRMADO MEDIANTE LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA – PROVA PLENA E APTA A DESCARACTERIZAR A ALEGAÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEL VOLUNTARIAMENTE OFERECIDO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA – EXCEÇÃO LEGAL – POSSIBILIDADE DE PENHORA.

Discute-se no presente recurso a alegada hipervulnerabilidade dos agravantes, que justificaria a anulação da cláusula da hipoteca e, por conseguinte, a desconstituição da penhora sobre o bem imóvel hipotecado, e a impenhorabilidade do imóvel constrito, por se tratar de bem de família.

Enquanto a vulnerabilidade do art. 4º, inc. I, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) se presume e é inerente a todos os consumidores, a hipervulnerabilidade seria inerente e especial à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade). Doutrina de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem.

Assim, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, inc. IV, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes, o que não se verificou presente na hipótese.

Ademais, por ter sido firmado mediante lavratura de escritura pública, o negócio é hígido, pois, nos termos do art. 215, do Código Civil/2002, *"a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena"*.

Nos termos do inc. V, do art. 3º, da Lei nº 8.009, de 29/03/1990, excepciona-se a impenhorabilidade do bem de família na *"execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar"*. É indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária, pois, a par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário.

Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ramona Mari da Silva Matos e Agenor Gamarra de Matos contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, nos autos de nº 0003997-92.2011.8.12.0002.

Ação impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelos agravantes como defesa no cumprimento de sentença proposto pela agravada Credi-Fácil Centauro Compra Conjunta S/C Ltda, visando ao recebimento da quantia de R$ 22.996,63 (f. 22-23).

Decisão interlocutória agravada: rejeitou a impugnação formulada pelos ora agravantes, mantendo a penhora do imóvel dado como garantia hipotecária em contrato de abertura de crédito (f. 15-20).

Agravo de instrumento interposto por Ramona Mari da Silva Matos e Agenor Gamarra de Matos, sustentando que os agravantes são *"hipervulneráveis"*, de baixa escolaridade, e, portanto, não tinham o conhecimento necessário do que estavam pactuando, devendo, assim, ser declarada nula a cláusula contratual que previa a hipoteca sobre o imóvel por eles dado em garantia, e, alternativamente, a impenhorabilidade do bem imóvel por se tratar de bem de família (f, 01-14).

Contrarrazões: em síntese, refuta os argumentos dos recorrentes, pugnando pelo não provimento do recurso (f, 59-61).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a alegada hipervulnerabilidade dos agravantes, que justificaria a anulação da cláusula da hipoteca e, por conseguinte, a desconstituição da penhora sobre o bem imóvel hipotecado, e a impenhorabilidade do imóvel constrito, por se tratar de bem de família.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 04/10/2016 (f. 20), tendo a respectiva intimação ocorrido em 17/10/2016 (f, 21), enquanto que o presente recurso foi interposto em 11/11/2016 (f. 14).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.070, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis, contados em dobro em razão do art. 186 do Código de Processo Civil/2015. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, todos do Código de Processo Civil/2015.

Hipervulnerabilidade e anulação da hipoteca

Os agravantes sustentam, em síntese, que a credora-agravada tinha conhecimento *"acerca da condição de analfabetismo e baixa escolaridade dos agravantes"* (f, 04), os quais "*não tinham conhecimento de todas as burocracias envolvidas no negócio, podendo-se dizer até que foram ludibriados pela empresa, ao afirmar que seria condição sine qua non para a realização do empréstimo a formalização por meio de escritura pública*" (f. 05).

Nesse sentido, afirmam que restou *"claramente demonstrada a hipervulnerabilidade dos consumidores na relação consumerista, ante a comprovação de fraqueza elevada na relação jurídica de consumo, necessitando de um grau maior de proteção prestado pelo Estado"* (f. 07).

A decisão agravada afastou a alegação de hipervulnerabilidade, enfatizando o fato de que o contrato de mútuo bancário que deu origem ao crédito executado foi firmado mediante lavratura de escritura pública, o que afastaria eventual vício decorrente da baixa escolaridade ou analfabetismo de um dos contratantes, *verbis*:

> *(...) no presente caso não há que se falar em hipervulnerabilidade dos requeridos frente à requerente, pelas condições de serem idosos, e por possuírem 'baixa escolaridade'.*
>
> *Ora, quanto à condição de idosos, tal não há como ser considerada, haja vista que, como bem lembrou a requerente na manifestação de pp. 117-120, quando firmaram o contrato retratado na escritura pública de pp. 81/82, isto é, no dia 06 de maio de 1998, não se tratavam de pessoas idosas, nos termos da lei.*
>
> *Em relação 'a baixa escolaridade', de fato pelo que se verifica da documentação acostada aos autos, o segundo requerido trata-se de pessoa analfabeta (pp. 9-10), o mesmo, porém, não se podendo dizer da primeira requerida que assinou o próprio nome no documento de p. 11.*
>
> *Assim, ainda que os requeridos tenham, como dito por eles 'baixa escolaridade', logo, pouco conhecimento sobre o que estavam contratando com a requerente, tal condição foi afastada pelo fato de o contrato de abertura de crédito com garantia hipotecária ter sido entabulado por meio de Escritura Pública.* (f. 16)

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, inc. IV, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes (REsp 1.329.556/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 09/12/2014).

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem ensinam que *"a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor"*, de modo que, *"enquanto a vulnerabilidade 'geral' do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e 'especial' à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença , gravidez, analfabetismo, idade)"*. (O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis, Editora Revista dos Tribunais, págs. 188-189).

Na espécie, a única situação especial que poderia ser verificada, de plano, seria o analfabetismo de um dos contratantes, ou a baixa escolaridade de ambos, o que, de forma isolada, sem prova alguma acerca de eventual existência de publicidade enganosa ou abusiva – os agravantes, aliás, sequer pediram a produção específica de alguma prova visando a esse desiderato –, não permite concluir pela existência de hipervulnerabilidade na hipótese.

Alias, tem razão o Juízo de primeiro grau quando afirma que o negócio é hígido, por ter sido firmado mediante lavratura de escritura pública, tendo em vista que, nos termos do art. 215, do Código Civil/2002, "*a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena*".

Assim, neste ponto, não há razão para a reforma da decisão agravada.

Bem de família

Os agravantes afirmam, em suma, que *"o imóvel objeto de penhora é o único bem imóvel de propriedade dos Agravantes, que o utilizam com ânimo de residência"* (f, 08), sendo, portanto, impenhorável, *"ainda que ofertado em garantia"* (f, 13).

A decisão agravada, por sua vez, afirmou que *"por se tratar de contrato realizado mediante escritura pública, presume-se que os requeridos deram, espontaneamente, em garantia hipotecária, o imóvel em questão"*, sendo possível a penhora também porque *"a lei permite a penhora do imóvel próprio para residência do casal, ou entidade familiar, como se infere do disposto no inciso V, do art. 3º, da Lei 8.009/90"* (f. 17-18).

De fato, nos termos do inc. V, do art. 3º, da Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), excepciona-se a impenhorabilidade do bem de família na *"execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar"*.

É indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária. A par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário. Como tal, é baliza a ser considerada na interpretação da hipótese de exceção.

Além disso, o vetor principal a nortear a interpretação do inc. V, do art. 3º, vincula-se à aferição acerca da existência, ou não, de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem.

Na espécie, além de não haver prova de se tratar do único bem do casal, bem como que se destina à sua moradia permanente (art. 5º, Lei nº 8.009, de 29/03/1990) – aliás, na cláusula que instituiu a hipoteca consta apenas que se trata de um *"terreno"* (f. 82, na origem) –, também há a presunção de que o empréstimo reverteu em proveito do casal, já que, conforme consta da sentença proferida na fase de conhecimento (f. 14, na origem), o imóvel foi ofertado em garantia para fins de aquisição de um veículo, ao que tudo indicada, para uso do próprio casal.

Não há, repito, prova alguma produzida pelos agravantes no sentido de desconstituir a presunção legal que se opera, excepcionalmente, na hipótese prevista no inc. V, do art. 3º, da Lei nº 8.009, de 29/03/1990, sendo, portanto, imperativa a manutenção da constrição.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANÁLISE. INVIABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. EXCEÇÃO. ART. 3º, V DA LEI 8.009/1990. OFERECIMENTO EM GARANTIA DO PRÓPRIO CONTRATO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS E MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DO STJ. [...] 2. Segundo o 3º, inciso V, da Lei 8.009/1990, a impenhorabilidade do bem de família não é oponível para obstar a execução de hipoteca sobre bem imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar. [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 531.879/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 19/02/2016).

> *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. RENÚNCIA. DESCABIMENTO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA MÃE DO DEVEDOR. PROVEITO ECONÔMICO REVERTIDO PARA O NÚCLEO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DO INCISO V DO ART. 3º DA LEI N. 8.009/1990.*
>
> *1. A Lei n. 8.009/1990 é norma cogente e de ordem pública, por isso não remanesce espaço para renúncia à proteção legal quanto à impenhorabilidade do bem de família.*
>
> *2. A exceção prevista no inciso V do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, referente à "hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar", restringe-se a situações em que a garantia foi ofertada para constituição de dívida que se reverte em proveito da própria entidade familiar, de modo que, nas hipóteses em que a hipoteca em verdade é suporte a dívida de terceiros, a impenhorabilidade do imóvel deve, em princípio, ser reconhecida. [...] 4. Recurso especial provido.* (REsp 1.180.873/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 26/10/2015)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO BOJO DE DEMANDA DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE.*
>
> *É iterativa a jurisprudência deste e. Superior Tribunal de Justiça que entende ser admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia real for prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro ou pessoa jurídica, sendo vedado se presumir que a garantia fora dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90. [...] 3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no Ag 1.355.749/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 01/06/2015)

Assim, no particular, também não vejo motivos para a reforma da decisão agravada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Ramona Mari da Silva Matos e Agenor Gamarra de Matos mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 28 de junho de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0808585-05.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SOLICITAÇÃO DE AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – RESPOSTA DA DIRETORIA DE GESTÃO DE PESSOAL – NÃO LOCALIZAÇÃO – DEVER DE INFORMAR – DIREITO CONSTITUCIONAL – INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DO PROCEDIMENTO SOLICITADO – PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO ATO COATOR – INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL – AFASTADO – JUSTIÇA GRATUITA – PESSOA FÍSICA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS SEM PREJUÍZO DO SEU SUSTENTO.

Hipótese em que se discute a existência de prova pré-constituída a demonstrar o ato coator que violaria direito líquido e certo de funcionário público de ter acesso aos autos de procedimento administrativo disciplinar arquivado a seu respeito, bem como a presença dos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O direito líquido e certo do impetrante está amparado pelo art. 7º, inc. II, da Lei nº 12.527, de 18/11/2011, que garante o direito de obter informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos. A mencionada lei regulamenta a forma de exercer o direito fundamental, previsto no inc. XXXIII, do art. 5º, de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Na espécie, havendo uma resposta da Diretoria de Gestão de Pessoas do Banco do Brasil, que informa apenas que não localizou o procedimento solicitado, dando conta de sua existência, está demonstrada a prova pré-constituída do ato coator, visto que ao cidadão não é necessário que tenha informações mais precisas para que o aparelho estatal – no caso uma sociedade de economia mista – possa localizar, em seu banco de dados, todas as informações armazenadas sobre determinada pessoa, que, na espécie, era funcionário do Banco do Brasil.

Havendo a declaração da parte – pessoa física – de que não tem condições de arcar com as custas do processo, presume-se que esta é verdadeira, havendo uma presunção que, de acordo com a lei, só pode ser afastada se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos para a concessão da gratuidade.

Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de agosto de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga em 25/07/2017

Trata-se de apelação interposta por Teamajormar Glauco Bezerra de Almeida contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente contra ato coator imputado à Sra. Márcia Helena Giacomini Lobo e ao Banco do Brasil S/A, no qual aduz, em suma, que, a gerente de divisão do Banco do Brasil, primeira impetrada, negou a entrega de processo administrativo disciplinar sofrido pelo impetrante sob o fundamento de não ter sido encontrado (f. 01-08).

Requereu, assim, liminarmente, a juntada pelos impetrados da íntegra do processo administrativo nº 5791/11; no mérito, requer: seja concedida a segurança para que o impetrante tenha vista do processo administrativo disciplinar que menciona, tornando definitiva a liminar concedida, e a concessão dos benefícios da justiça gratuita (f. 1-08).

Sentença indeferiu a gratuidade judiciária e a petição inicial nos termos do art. 10, da Lei nº 12.016/2009. Condenou o impetrante-recorrente ao pagamento das custas processuais. Sem honorários (f. 20-22).

Apelação interposta pelo impetrante Teamajormar Glauco Bezerra de Almeida sustentando que: tem direito aos benefícios da justiça gratuita, pois recebe a importância liquida de R$ 1.321,07 ao mês, e o ato coator praticado foi demonstrado através do documento denominado *"Nota Técnica Pessoal Mensagem 2011/51636842 SISBB"*, que se trata de ato oficial produzido pelo próprio Banco do Brasil, por meio eletrônico, via sistema de informações (SISBB). (f. 25-42).

Contrarrazões em síntese, suscita preliminar de deserção e, no mérito, refuta os argumentos do recorrente, ressaltando que os documentos juntados, apenas neste momento, com o recurso de apelação, devem ser desentranhados do processo (f. 70-73).

Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar deserção e, no mérito, pelo não provimento do apelo, mantendo-se a decisão que indeferiu a inicial do *mandamus* (f. 118-123).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (relator)

Discute-se no presente recurso a presença dos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, e a existência de prova pré-constituída do ato coator.

Justiça Gratuita

Alega o apelante que tem direito aos benefícios da justiça gratuita, pois comprovou sua condição de hipossuficiência. Além disso, aduz que a declaração deduzida por pessoa natural presume-se verdadeira de acordo com o art. 99, § 3º, do CPC/15.

O apelado, em contrarrazões, requer o não conhecimento do recurso por deserção, pois somente realizado o pedido em grau de recurso e porque não pode ser concedido ao apelante que é bancário concursado (f. 72).

O § 3º, do art. 99, do Código de Processo Civil/2015, dispõe que *"presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural"*, sendo que, de acordo com o § 2º, do referido artigo, *"O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade"*.

Assim, havendo a declaração da parte – pessoa física – de que não tem condições de arcar com as custas do processo, presume-se que esta é verdadeira, havendo uma presunção que, de acordo com a lei, só pode ser afastada se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos para a concessão da gratuidade.

O juiz *a quo* não apreciou o pedido formulado na inicial (f. 08).

Entendo que o simples fato do impetrante ser bancário concursado não é motivo suficiente para se afastar a presunção de veracidade da sua declaração de que não possui condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento familiar.

Ademais, não há indícios, nos autos em apreço, de que o impetrante tenha atualmente condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento.

Assim, rejeito a preliminar de deserção e defiro os benefícios da justiça gratuita, visto que não há elementos nos autos que demonstrem não ser verdadeira a sua declaração de hipossuficiência.

Ausência de prova pré-constituída – indeferimento da inicial

O autor-recorrente impetrou mandado de segurança contra ato coator imputado à Sra. Márcia Helena Giacomini Lobo e ao Banco do Brasil S/A, no qual aduz, em suma, que, a gerente de divisão do banco do brasil, primeira impetrada, negou a entrega de processo administrativo disciplinar sofrido pelo impetrante sob o fundamento de não ter sido encontrado.

Alega, em síntese, que o seu direito líquido e certo foi violado, pois *"deveria o Banco do Brasil fornecer cópia de quaisquer documentos de interesse do impetrante, conforme expressamente previsto no art. 3º, inciso II da Lei 9784/99*" (f. 33).

Afirma que o documento de fls. 12/13 foi extraído no referido sítio (www.lai.gov.br), de tal sorte que não foi obtido de um *"sistema de informação do Banco do Brasil" (conforme afirmou o MM juízo), mas sim, do sítio oficial da Controladoria Geral da União"* (f. 35).

Ressaltou que essa não é uma manifestação informal, ressaltando que *"trata-se, pois, de ato administrativo formal, nos termos do art. 11 do Decreto 7724/2012 (que regulamenta a Lei 12.527/2011), que foi disponibilizado em meio eletrônico"* (f. 36).

Por fim, alega que *"é totalmente inverídica a afirmação da gerente de divisão (Márcia Helena Lobo), ora autoridade coatora; isso porque, ao manifestar-se em nome do Banco do Brasil, via e-SIC em 14.12.2016, para o não-fornecimento das cópias, apresentou como justificativa, não ter sido localizado nenhum procedimento correlato"* (f. 37).

O Magistrado *a quo* indeferiu a inicial do mandado de segurança nos seguintes termos:

> *Dentre os documentos juntados, não existe nenhuma decisão da autoridade administrativa negando informações sobre o suposto Processo Administrativo Disciplinar ao impetrante, que se consubstanciaria no "ato coator".*

> *A* ***resposta informal sobre a não localização do suposto procedimento (p. 13), prestada pelo serviço de informações do Banco do Brasil, não tem carga decisória - Informamos que com os dados fornecidos (...) não localizamos procedimentos correlatos, nem pode ser interpretado como negativa de acesso****.*
>
> *O* ***impetrante não demonstrou a existência de um ato praticado por uma autoridade coatora, capaz de interferir em sua esfera de direito, e que esteja lesando ou na iminência de lesar um direito líquido e certo seu****.*
>
> *Assim, inexistindo o ato coator não há como averiguar quem é a autoridade efetivamente investida do poder de decisão e que figuraria no polo passivo da ação, determinando, consequentemente a competência para o julgamento do mandamus.*
>
> *Acrescente-se, que a ausência de decisão administrativa prejudica não só a análise formal da ação proposta (competência e legitimidade), mas também o próprio direito invocado, pois não se tem conhecimento a respeito de qual seria a fundamentação utilizada para a suposta negativa de informação* (f. 21) – grifamos.

O comando legal contido no art. 10, da Lei n.º 12.016, de 07.08.2009, a qual disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, estabelece que a inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

De acordo com a doutrina, direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano; ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzem à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, para instruí-lo - prova pré-constituída - não pode valer-se do *mandamus*, mas sim das ações comuns[1].

No caso enfocado, o impetrante juntou aos autos do mandado de segurança os seguintes documentos com o intuito de comprovar o ato coator e seu direito líquido e certo: comprovante da solicitação de cópia de procedimento administrativo e a respectiva resposta (f. 12-13) e cópia de relatório de ação disciplinar – 2916 – Agência Vivendas MS – Enquadramento Preliminar (f. 14-18).

O impetrante afirma, em sua inicial, que sofreu um processo disciplinar, que posteriormente foi anulado pela diretoria de relacionamento e diretoria de gestão de pessoas, porém nunca teve acesso à decisão final do processo que teve a identificação de inquérito administrativo – EP 23, bem como ocorreu o mesmo com a ação disciplinar nº 5791/11 (f. 03).

Ressalta que foi impedido de concorrer à promoção por conta desse processo administrativo (f. 03). Afirma que tentou ter acesso a esse processo, porém *"o banco impetrado apresentou por meio do e-mail no dia 14 de dezembro de 2016 uma negativa (anexa) ao pedido de vista dos autos alegando que eles não foram localizados"* (f. 05 – grifamos).

Constata-se, pelos documentos juntados com a inicial, que o impetrante fez a solicitação ao diretor de gestão de pessoas da seguinte forma:

> *Solicito cópia dos autos de procedimento administrativo federal, aberto em meu desfavor (Teamajormar Glauco Bezerra de Almeida) no âmbito administrativo do Banco do Brasil, onde fui acusado de cometer infração disciplinar (insubordinação/indisciplina).*

1 Carvalho Filho, José dos Santos in **Manual de Direito Administrativo**, 25 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 1019.

> *Tendo em vista que o referido procedimento foi instaurado em 2009, quando os normativos o denominavam "Inquérito Administrativo" e finalizado em 2011 sob a alcunha de "Ação Disciplinar", não temos o número de controle atribuído pelo Banco do Brasil.*

E obteve a seguinte resposta:

> *Informamos que com os dados fornecidos por V. Sa. (Inquérito Administrativo/ Ação Disciplinar iniciada em 2009 e finalizada em 2011) não localizamos procedimentos correlatos.*

Assim, constata-se, que, a despeito do impetrante não ter fornecido maiores detalhes sobre o procedimento disciplinar instaurado contra ele, o Banco do Brasil tem o dever de, a partir do nome e demais dados pessoais, consultar o seu banco de dados e fornecer as informações sobre aquele funcionário, sob pena de incorrer em penas disciplinares, conforme previsto no art. 7º, § 4º, da Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527, de 18/11/2011[2].

O direito líquido e certo do impetrante está amparado pelo art. 7º, inc. II, da Lei nº 12.527, de 18/11/2011, que garante o direito de obter informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos.

A mencionada lei regulamenta a forma de exercer o direito fundamental, previsto no inc. XXXIII, do art. 5º, de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Na espécie, o impetrante juntou aos autos um documento - relatório de ação disciplinar – 2916 – Agência Vivendas MS – Enquadramento Preliminar (f. 14-18) – que demonstra que de fato houve a instauração de um procedimento para a apuração de uma suposta falta administrativa cometida pelo servidor; havendo, portanto, indícios de que houve, sim, a abertura de um processo disciplinar.

Nesse sentido, as autoridades impetradas deveriam, de acordo com a lei acima mencionada, informar sobre o procedimento que o impetrante solicitou, não havendo que se falar em resposta informal sem cunho decisório a justificar o indeferimento da inicial.

Logo, havendo uma resposta da diretoria de gestão de pessoas do banco do brasil, que informa apenas que não localizou o procedimento solicitado, cuja existência restou comprovada, inclusive com informação sobre sua conclusão, está demonstrada a prova pré-constituída do ato coator, visto que ao cidadão não é necessário que tenha informações mais precisas para que o aparelho estatal – no caso uma sociedade de economia mista – possa localizar, em seu banco de dados, todas as informações armazenadas sobre determinada pessoa, que, na espécie, era funcionário do Banco do Brasil.

Assim, constatada a existência de prova pré-constituída, reformo a sentença, para que, afastado o indeferimento da inicial, seja dado prosseguimento ao presente mandado de segurança, com a devida formação do contraditório, solicitando informações às autoridades coatoras.

Diante do exposto, contra o parecer, conheço do recurso de apelação interposto por Teamajormar Glauco Bezerra de Almeida e dou-lhe provimento, para afastar o indeferimento da inicial e determinar o regular processamento do feito, e, ainda, para deferir-lhe os benefícios da justiça gratuita.

2 § 4º A negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de agosto de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 1406347-64.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – DESFILIAÇÃO DE MOTORISTA DO APLICATIVO *UBER* – CONCESSÃO DE LIMINAR PARA RESTABELECIMENTO DO CADASTRO – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA – LIMINAR REVOGADA.

Controvérsia centrada na discussão sobre o acerto da decisão que concedeu a tutela provisória de urgência.

Não estando presente, simultaneamente, a verossimilhança das alegações (*fumus boni iuris*) e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte (*periculum in mora*), é de ser indeferida a antecipação dos efeitos da tutela.

No caso, não está demonstrada a plausibilidade do direito vindicado pelo agravado, visto que a agravante excluiu o motorista do aplicativo, conforme previsão dos termos e condições do relacionamento contratual tido entre as partes.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Uber* do Brasil Tecnologia Ltda contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais proposta por Marcello Barbosa da Fonseca contra a empresa-agravante, na qual aduz, em suma, que celebrou contrato com a ré para ser filiado como motorista do programa *Uber*; no entanto, em 08/05/2017, recebeu um *e-mail* informando o seu descredenciamento do programa.

Sustenta que no contrato de adesão firmado com a requerida *"não existe previsão alguma acerca de rescisão unilateral por parte da Uber no caso em que supostamente o motorista tenha avaliações consistentemente mais baixas do que os padrões da região, como é o caso do autor"*.

Assevera que foi efetuado o seu desligamento do aplicativo sem notificação ou aviso prévio, sendo que a parceria firmada com a requerida é a sua única fonte de renda.

Requereu, assim a concessão de tutela de urgência para o seu imediato restabelecimento no cadastro de motoristas da *Uber*, para que possa utilizar o aplicativo; a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00, e a condenação da ré ao pagamento de lucros cessantes no valor de R$ 134,69 por dia, durante o período em que estiver impossibilitado de usar a plataforma digital (f. 37-48).

Decisão interlocutória deferiu a liminar para determinar que a agravante restabeleça o cadastro do autor-agravado no serviço *Uber*, sob pena de multa (f. 167-171 e 175).

Agravo de instrumento interposto pela requerida *Uber* do Brasil Tecnologia Ltda, sustentando que não existem elementos que evidenciem a probabilidade do direito pleiteado pelo agravado, pois a legislação pátria confere a todos a liberdade de contratar; não pode ser obrigada a continuar o contrato com o recorrido, em consonância com o princípio da autonomia da vontade; o contrato celebrado entre as partes permite a sua rescisão, sem motivo, por qualquer uma das partes; o cancelamento do contrato ocorreu por culpa do recorrido, visto que notificou o motorista várias vezes sobre as avaliações ruins feitas por usuários, bem como da alta taxa de cancelamento de viagens, e no entanto o agravado não melhorou a prestação do serviço; o motorista fez mau uso do aplicativo, portanto a sua permanência no *Uber* causará imensuráveis danos à imagem da empresa, e para que o parceiro/motorista continue cadastrado no programa precisa ter nota média mínima de 4,7 pontos, de notas que variam de 1 à 5, ocorrendo que o agravado estava com a média 4,52, por isso foi excluído do aplicativo.

Ao final, requer a concessão de efeito suspensivo para obstar os efeitos da decisão agravada, e *"ao final, requer-se seja conhecido e provido o presente recurso, para o fim de que seja reformada a r. decisão agravada e afastada, por consequência, a obrigatoriedade de a agravante manter contrato com o agravado"* (f. 1-23).

Decisão recebeu o recurso e concedeu-lhe efeito suspensivo, para obstar os efeitos da decisão agravada (f. 193-200).

Contrarrazões em síntese, refuta os argumentos da recorrente (f. 204-215).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso o acerto da decisão que concedeu a tutela provisória de urgência.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em17/05/2017 (f. 171), tendo a respectiva intimação ocorrido em 27/05/2017 (f. 180), enquanto que o presente recurso foi interposto em 02/06/2017.

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.070, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, todos do Código de Processo Civil/2015.

Concessão da Tutela Provisória

O artigo 300, do Código de Processo Civil/15 prevê que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Em síntese, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos.

Na espécie, verifica-se que o autor-agravado propôs ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais contra a ré-agravante, sob o fundamento de que celebrou contrato com a ré para ser filiado como motorista do programa *Uber*; no entanto, em 08/05/2017, recebeu um *e-mail* informando o seu descredenciamento do programa.

O Juízo de origem concedeu a tutela de urgência para determinar que *"que a parte requerida restabeleça o cadastro do requerente no serviço contratado, até posterior deliberação judicial sobre a questão"*.

A empresa-agravante recorreu da decisão objetivando a cassação da liminar, para que não seja compelida a restabelecer o cadastro do agravado como motorista do aplicativo *Uber* (f. 167-171 e 175).

A documentação acostada aos autos indica que as partes celebraram um contrato de adesão de prestação de serviço, por prazo indeterminado (f. 55-62).

É de conhecimento público (CPC/15, art. 374, inc. I; CPC/73, art. 334, inc. I) que a empresa-agravante presta um serviço de intermediação, entre o motorista parceiro e os usuários do aplicativo *Uber*.

O agravado junta cópia nos autos originários dos termos e condições do relacionamento contratual tido com a *Uber* do Brasil, pelo qual consta que *"se você não concorda com estes termos, você não pode acessar nem usar os serviços. Mediante referido acesso e uso, estes termos imediatamente encerram, substituem e superam todos os acordos, termos e acertos anteriores entre você e qualquer afiliada da Uber. A Uber poderá imediatamente encerrar estes termos ou quaisquer serviços em relação a você ou, de modo geral, deixar de oferecer ou negar acesso aos serviços ou a qualquer parte deles, a qualquer momento e por qualquer motivo"* (f. 55).

O documento deixa claro que o motorista filiado à *Uber* poderá ser excluído do sistema a qualquer momento, sem um motivo específico, sendo que tal informação é disponibilizada ao motorista-parceiro antes da filiação.

Utilizando-se de tal previsão contratual, a empresa-agravante desligou o agravado do quadro de motoristas filiados (f. 63)

Nesse contexto, em um juízo perfunctório, tenho que não há plausibilidade no direito vindicado pelo agravado, pois a empresa-recorrente excluiu o recorrido do cadastro de motoristas conveniados à *Uber*, ou seja, extinguiu o contrato de prestação de serviços, conforme permite os termos e condições de uso da plataforma digital.

Portanto, num primeiro momento, tem-se que o procedimento adotado pela recorrente é lícito, visto que respaldado no contrato celebrado entre as partes.

As alegações do recorrido, de que a supracitada cláusula contratual é abusiva e que a exclusão do programa foi injusta, são questões que deverão ser melhor apreciadas em primeiro grau, após a oportunização do contraditório e a instrução probatória. Isto porque, neste momento processual, não se pode dizer que foi ilícita a exclusão do motorista do aplicativo.

Embora o agravado defenda a existência de perigo de dano pela não concessão da liminar, visto que o uso do aplicativo seria a sua única fonte de renda, importante ressaltar que o recorrido anuiu com os termos e condições de uso do programa, bem como com o eventual e alto risco de sua desfiliação.

Portanto assumiu o risco de depender financeiramente de uma fonte de renda extremamente instável.

Por outro lado, a manutenção da decisão recorrida, poderá acarretar demasiado prejuízo à agravante, pois conforme mencionei na decisão que recebeu o presente agravo (f. 193-200):

> *Também verifico haver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação caso a liminar não seja concedida, tendo em vista que a recorrente está sendo compelida a manter relação contratual com o agravado, o que, a priori, viola o princípio da autonomia da vontade privada.*
>
> *Ainda mais considerando que há indícios de que o agravado não tem prestado serviço no nível e padrão de qualidade exigido pela Uber, cujos serviços e avaliações encerra características próprias, de forma diferenciada, e que prioriza a manutenção de um padrão de qualidade de excelência de seus serviços para a satisfação dos usuários da plataforma digital. Portanto, a manutenção de motoristas que não atendem as exigências da empresa poderá acarretar prejuízos irreparáveis à sua imagem e descaracterização das peculiaridades que lhe são próprias.*

A característica essencial do programa *Uber* é a qualidade da prestação do serviço oferecido aos usuários do aplicativo. Portanto, obrigar que a agravante mantenha filiado motorista que não atende aos padrões de exigência poderia prejudicar a imagem da empresa.

Em especial porque, no caso, há indícios de que o recorrido foi notificado várias vezes sobre a qualidade indesejável do serviço prestado (f. 18-19).

Logo, numa análise perfunctória, tenho que a empresa-agravante não pode ser obrigada a manter relação contratual com o agravado.

Em caso semelhante este Tribunal de Justiça já decidiu recentemente:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DO RECURSO ARGUIDA EM CONTRAMINUTA REJEITADA – MÉRITO – CANCELAMENTO DO CADASTRO DO AUTOR AGRAVADO PARA ATUAR COMO MOTORISTA ATRAVÉS DO APLICATIVO UBER – TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA PARA O RESTABELECIMENTO DO CADASTRO CONCEDIDA PELO JUÍZO A QUO – NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO – CANCELAMENTO REALIZADO COM BASE EM*

AVALIAÇÕES NEGATIVAS FEITAS POR USUÁRIOS NO CANAL DISPONIBILIZADO PELA EMPRESA PARA ESTE FIM – RECLAMAÇÕES QUE CONSTITUEM FORTES INDÍCIOS DE QUE O MOTORISTA AGRAVADO APRESENTA COMPORTAMENTO INADEQUADO – MANIFESTO PERIGO DE DANO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS USUÁRIOS E À REPUTAÇÃO DA EMPRESA – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PERMITE A POSSIBILIDADE DE ENCERRAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES A QUALQUER MOMENTO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE – DECISÃO CASSADA – RECURSO PROVIDO. I – Deve ser rejeitada a preliminar de não cabimento do agravo de instrumento quando se verifica que a hipótese posta sub judice se subsume perfeitamente à previsão do art. 1.015, inciso I, do CPC, que autoriza a interposição do referido recurso contra decisões que tratem de tutelas provisórias. II – A decisão agravada, que concedeu a tutela de urgência de natureza antecipada em favor do autor agravado, determinando à agravante o restabelecimento do cadastro deste para atuar como motorista, através do aplicativo UBER, deve ser revogada. In casu, não se verifica presente a probabilidade do direito invocado pelo autor, já que o cancelamento decorreu das avaliações negativas recebidas pelo motorista no canal disponibilizado pela empresa para este fim. As reclamações feitas pelos usuários constituem fortes indícios de que o motorista agravado apresenta comportamento inadequado, que coloca em risco tanto a integridade física dos passageiros quanto a reputação da empresa. O cancelamento também está respaldado na existência de cláusula contratual que prevê a possibilidade de encerramento da relação jurídica entre as partes a qualquer momento. Ademais, deve-se prestigiar o princípio da autonomia da vontade. (Agravo de Instrumento - Nº 1402910-15.2017.8.12.0000, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Câmara Cível, 11 de julho de 2017)

Saliente-se que, caso demonstrada a ilicitude do descredenciamento do motorista, tal abusividade poderá ser compensada por meio de reparação civil pecuniária.

Desse modo, o recurso deve ser provido para revogação da tutela provisória concedida.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por *Uber* do Brasil Tecnologia Ltda e dou-lhe provimento para revogar a liminar concedida em primeiro grau de jurisdição, que determinou a reintegração do agravado no cadastro de motoristas do aplicativo *Uber*.

Ciência imediata ao juiz da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 26 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0805034-98.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – DERRUBADA/RETIRADA DE CERCA E PALANQUES DE AROEIRA – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – DANO MATERIAL CONFIGURADO – NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUALQUER FATO MODIFICATIVO, EXTINTIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR – ÔNUS PROBATÓRIO QUE INCUMBIA À EMPRESA RÉ – ARTIGO 333, INCISO II, DO CPC DE 1973 – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – ALEGAÇÃO DE INTIMIDAÇÃO E AMEAÇA – NÃO COMPROVAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Mantém-se a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial indenizatório, porquanto foi comprovada a existência de ato ilícito praticado pela empresa ré, o qual gerou danos à parte autora.

O art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, dispõe que o ônus da prova incumbe ao réu quanto ao fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor. A não desincumbência desse ônus implica no julgamento da procedência do pedido contido na inicial.

O artigo 186, do Código Civil, determina que o dever de indenizar depende do preenchimento de certos requisitos, quais sejam, fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente, presentes no caso em análise no que diz respeito aos danos materiais.

Não há falar em indenização por dano moral quando a conduta apontada como ilícita não ultrapassou aquilo que pode ser considerado mero aborrecimento a que foi submetida a parte que se diz ofendida.

Devem ser mantidas as verbas honorárias quando fixadas consoante a apreciação equitativa do juiz.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de setembro de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por ABBS Agropecuária Brahman Beef Show Ltda e por Nair Mosqueira de Barrios contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização em epígrafe.

A empresa apelante afirma, em síntese, que:

> *Não há no corpo dos autos qualquer prova, recibo ou fotografia que comprove a existência do material ou ainda que o mesmo tenha sido furtado. (f. 436)*
>
> *Ou seja, o que pretende a Recorrida na presente demanda é o enriquecimento sem causa, já que: 1. Não comprova a existência de qualquer material que tenha sido de sua posse, 2. Não traz ao corpo dos autos sequer o boletim de ocorrência que afirma ter lavrado mais de 30 dias após o suposto furto e ainda 3. Coleta depoimentos claramente inverídicos e inconsistentes - de testemunhas/informantes que são, comprovadamente, amigos íntimos seus e inimigos do Sr. Robson e da Apelante. (f. 437)*
>
> *Contrariamente ao que foi alegado na inicial, foi apresentado nestes autos Ata Notarial, documento dotado de fé pública que atestou que a Recorrente cercou apenas as áreas que a mesma já havia adquirido anteriormente. Entretanto, tal documento não foi, data vênia, corretamente analisado na sentença. (f. 440)*

Ao final, requer *"a reforma da decisão atacada, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais em razão da ausência de provas capazes de comprovar o suposto furto que jamais ocorreu"*. Por fim, caso mantida a condenação, pede-se que seja reduzido ao mínimo o percentual de condenação em honorários sucumbenciais, conforme estabelece o § 2º do artigo 85 do NCPC. (f. 442)

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões às fls. 458-468.

A autora apelante, por sua vez, também recorre, afirmando que:

> *Mais constrangedor ainda, era ameaçada veladamente, como os demais moradores pelos seguranças armados que passavam constantemente na frente da sua casa com ar de intimidação. (f. 453)*
>
> *A imprensa acompanhou de perto os fatos ocorridos no Distrito de Porto Esperança e registrou em fotos e matérias as ações nocivas promovidas pela Requerida na tentativa de desalojar aquela comunidade através da força, matérias e provas constante no processo de conhecimento. (f. 453)*
>
> *A Apelante também busca a majoração dos honorários sucumbenciais conforme estabelece o artigo 85, parágrafo 11º do NCPC dentro dos limites que entender justo esse Tribunal. (f. 453)*

Ao final, requer *"A reforma da decisão atacada, julgando-se totalmente procedentes os pedidos contidos na exordial, mantendo-se a condenação por danos materiais e condenando ainda a apelada aos danos morais no patamar que os Eméritos Julgadores entenderem ser satisfatórios. b) A majoração dos honorários sucumbenciais nos termos do artigo 85, parágrafo 11º, observando-se o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância a causa, o trabalho realizado pelo advogado e o lugar"* (f. 455)

Devidamente intimada, a agropecuária apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f. 457).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por ABBS Agropecuária Brahman Beef Show Ltda e por Nair Mosqueira de Barrios contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização em epígrafe.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

> *2 - MOTIVAÇÃO*
>
> *2.1 - Considerações iniciais*
>
> *O feito está em ordem e deve ser imediatamente julgado. Não há preliminares ou prejudiciais de mérito pendentes de análise.*
>
> *Portanto, passo ao mérito.*
>
> *2.2 - Mérito*
>
> *Controvertem-se as partes na ocorrência e extensão de danos morais, a ser arbitrado pelo juízo, e materiais, no importe de R$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), em decorrência da destruição de doze palanques e trinta e dois postes de aroeira e mão de obra para a reconstrução.*
>
> *2.2.1 - Danos materiais*
>
> *Dispõe o artigo 402 do Código Civil que:*
>
> *[...]*
>
> *Para embasar o pedido de danos materiais, sustentou a autora que a ré, com o propósito de demarcar sua propriedade, demoliu 12 palanques e 32 postes de aroeira e subtraiu parte da área rural ocupada por ela usando uma equipe chefiada por Robson Luiz de Camargos, funcionário da ABBS.*
>
> *Pois bem. Em que pese a negativa da ré de que tenha destruído qualquer bem da demandante, a prova oral produzida, aliada aos demais elementos de prova, demonstra que, na área em que a autora ocupava, havia palanques e postes de aroeira compondo a cerca e que, nas ações adotadas pelo preposto da empresa criadora de gado, os materiais foram retirados ou destruídos por seus funcionários.*
>
> *Da prova oral, extrai-se das declarações da autora que ela possuía em seu terreno alguns palanques de aroeira que seriam usados futuramente como base de edificação. Entretanto, a ré passou cerca pela comunidade e derrubou suas palafitas, (2'10"). Alegou, ainda, que tentou conversar com o Robson, mas ele lhe disse que ali "ninguém tem terreno, ninguém é dono de nada" (6'41").*
>
> *A derrubada da cerca e dos palanques da área que ocupa foi confirmada pelas declarações da informante Luiza Helena Martinex, que, embora não tenha prestado o compromisso de dizer a verdade, apresentou versão que, além de não ter sido afastada pela ré adequadamente, demonstra-se ser verossímil ao caso em julgamento, sobretudo quando esta não nega que realizou cercamento de sua propriedade e que a autora ocupava área dentro dela.*

A testemunha Vanderval da Silva e Silva, a seu turno, confirmou as alegações da autora afirmando que foram retirados palanques fincados e hastas de cercas do local, apenas não sabendo informar quantos ao certo, "numa base de 40 ou 50, sei lá" (1'20"). Da mesma forma o morador Amélio da Costa Oliveira, pois, em que pese seu depoimento confuso, pode afirmar ao ser perguntado se a autora tinha palanques no local e que foram retirados pela ré, respondeu: "quais [quase] perto de mim tinha uns palanques lá, mas não sei o movimento desses palanques não" (46") e "tinha lá esses palanques" (6'32"), não sabendo informar para onde foram (6'36").

Contrapõe essas informações, o depoimento das testemunhas Francisca O. Campos Moreno (31" e 50") e Nilce Gênova (6'36" e 7'08"), as quais declararam desconhecer a existência de palanques ou cercas de Nair no local. Entretanto, com o máximo respeito, o depoimentos delas pouco contribuíram ao deslinde da causa. Isso porque Francisca negou até ocorrência de fatos relevantes e incontroversos do processo, como a instalação de cercas pela ABBS. E Nilce por ter a todo momento tentado minimizar as ações de aparente "reintegração de posse forçada" promovida pela empresa demandada, que necessitou, inclusive, da intervenção do Poder Judiciário Federal para acautelar os moradores do Porto Esperança. Além disso, trouxe aos autos outros fatos que nada tem haver com o caso discutido (furto de combustível e lesões corporais que sofreu), o que faz duvidar da verossimilhança de suas informações, como já se verificou em outra ação similar distribuída e julgada por juízo (autos n. 0805064-36.2014.8.12.0008), em que a ABBS também figura como ré.

Desse modo, não há como deixar de reconhecer que realmente havia na área que a autora ocupava palanques e postes de cerca de sua propriedade, que serviriam, segundo alegações dela própria, de alicerce para a construção de outra residência. A propósito, os materiais que se requer a indenização, inclusive sua quantidade, são compatíveis com as casas comuns em região de alagamento e com os Instrumentos Particulares de Compra e Venda juntados pela ré às f. 176-92, em especial, o de f. 182-3, em que consta que a ABBS comprou um lote contendo 10 palanques e 30 postes de cerca montando.

De outro lado, considerando a impugnação específica da ré acerca dos valores do dano material postulado (f. 65) e que a autora não demonstrou adequadamente o custos dele, pois nem sequer juntou qualquer orçamento, a aferição deverá ser feita por liquidação. Cabe lembrar que a jurisprudência já vinha mitigando o rigorismo do artigo 459, parágrafo único, do CPC de 1973, sob o argumento de que "não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação. Interesse recursal em arguir a nulidade da decisão restrito ao demandante". (STJ - REsp 162.194). Hodiernamente, a legislação vigente, embora dê preferência ao julgamento líquido, permite o contrário (julgamento ilíquido), a teor do artigo 491 do CPC, como medida excepcional, a qual se adota por não ser possível determinar, de modo definitivo, o montante devido.

Sendo assim, procede o pedido de indenização de danos emergentes, mas a extensão deles, diferentemente do que propõe a autora, deverá ser avaliada em posterior liquidação de sentença.

2.2.2 - Danos morais

Melhor sorte não assiste a autora Nair Mosqueira de Barrios quanto ao pedido de danos morais. Explico.

Para tanto, alegou que "passou por situações constrangedoras sendo privada de andar livremente pelo Distrito principalmente nas áreas tida como de uso comum a mais de um século, inibida até mesmo em andar no quintal de sua casa, já que a Requerida além de derrubar a sua cerca, ainda fez outra invadindo o seu quintal. Mais constrangedor ainda, era ameaçado veladamente, como os demais moradores pelos seguranças armados

que passavam constantemente na frente da sua casa com ar de intimidação". Ainda, que "envergonhada ficou, diante do que poderia pensar os outros moradores do Distrito, já que a Requerida alegava que a Requerente era invasora e estava invadindo a sua fazenda, tendo sido perseguida humilhantemente pelos tais seguranças" da ré. E que essa "situação humilhante" "jamais imaginou passar, que a deixou com medo inclusive de sair de casa, da incerteza de continuar morando no que é seu, diante do poderio econômico e da truculência da Requerida".

Com o máximo respeito à autora, a pretensão indenizatória deve ser rejeitada. Na hipótese, não restou demonstrado nos autos que ela foi humilhada e/ou ameaçada pela ré ou por ação de seus funcionários quando estes passaram a ocupar parte do Distrito de Porto Esperança, construindo cercas e comprando casas.

É certo, por outro lado, que os moradores ouvidos durante a instrução relataram que Robson andava acompanhado de pessoas armadas e que tal fato, por si só, intimidava a comunidade. Entretanto, levando-se em conta que o direito postulado é personalíssimo, e não de terceiro, e que a requerente não relatou nenhum episódio dessa natureza sofrido, não há como concluir pela existência de dano.

Note-se, aliás, do depoimento da demandante que ela nem sequer estava presente no local na ocasião e tomou conhecimento apenas depois que seus materiais foram tiradas da área que pretendia morar (9'10"). A alegada "coação", ao que parece, teria ocorrido após a retirada dos postes e palanques, ou seja, quando a autora foi conversar com Robson e ele, acompanhado de seguranças, teria dito que ali "ninguém tem terreno, ninguém é dono de nada" (6'41"). Contudo, nenhuma das pessoas ouvidas confirmou a ocorrência da coação sugerida, nem mesmo os informantes que arrolou.

De mais a mais, o evento, se existente, não seria capaz de configurar a real violação dos direitos de personalidade da autora a ensejar a responsabilidade civil por danos morais. É que a conduta, mesmo que ilícita, deve necessariamente atingir valores eminentemente anímicos, de modo a ultrapassar o limite do razoável - ofensa anormal à personalidade , o que não se remete, com o máximo respeito aos sentimentos da demandante, à espécie dos autos.

Rejeito, portanto, o pedido de danos morais.

3 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do art. 490 do Código de Processo Civil, resolvo o mérito da presente ação e, com fundamento no artigo 487, inciso i, na norma processual, acolho parcialmente os pedidos formulados pela autora apenas para condenar a ré a pagar os danos materiais consistentes na retirada de 12 (doze) palanques de aroeira, de 3,20 m, 32 (trinta e dois) postes de cerca de aroeira, e a mão de obra para reconstrução da cerca, cujo valor deverá, após o transito em julgado, ser auferido por liquidação de sentença.

Houve sucumbência recíproca, em proporções iguais, já que a autora formulou dois pedidos e foi sucumbente em um deles. Por isso, condeno a ré a pagar 50% das despesas processuais e a autora o ônus de pagar o restante. Na mesma proporção, e atento ao zelo dos profissionais, aos trabalhos realizados e o tempo de duração, a natureza e a importância da causa e o seu conteúdo econômico (art. 85, § 8º, CPC) arbitro em R$ 4.000,00 (quatro mil reais) os honorários advocatícios. As verbas de responsabilidade da autora ficarão com a exigibilidade condicionada à verificação da hipótese do artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Oportunamente, arquive-se.

Irresignada com a sentença supratranscrita, ABBS - Agropecuária Brahman Beef Show Ltda apela, alegando que: inexiste prova material do alegado furto para justificar o direito à indenização; os depoimentos são inverídicos e inconsistentes; os honorários advocatícios devem ser reduzidos.

Por sua vez, Nair Mosqueira de Barrios, em suas razões recursais, alega que: os danos morais são devidos; os honorários advocatícios devem ser majorados.

Aprecio em conjunto os apelos, porquanto as matérias neles expostas encontram-se entrelaçadas.

No caso, da análise dos autos e da leitura da sentença supratranscrita, verifico a inexistência de fundamentos que autorizem a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz Daniel Scaramella Moreira.

Nego provimento aos recursos interpostos.

Com efeito, a controvérsia dos autos cinge-se em analisar se prospera a alegação da autora apelante de que foram destruídos 12 (doze) palanques e 32 (trinta e dois) postes de aroeira pela empresa requerida, em razão da disputa de terras entre as partes, o que, segundo a autora, causou-lhe prejuízos de ordem material, bem como causou-lhe repulsa e indignação, sentindo-se gravemente ferida em sua dignidade, motivo pelo qual pede também a condenação da recorrida no pagamento por danos morais.

Nos termos do que adverte o artigo 186, do Código Civil, *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

O direito à reparação do dano, como cediço, depende da concorrência dos três requisitos acima delineados, quais sejam, fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

O ato ilícito praticado pela empresa apelante restou amplamente demonstrado nos autos.

Aliás, neste ponto, oportuno lembrar que em nosso sistema existe uma regra geral dominante no que diz respeito ao sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua existência para que ele possa originar algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos alegados como existentes.

No caso, a parte autora cumpriu com o ônus probatório que lhe cabia, fazendo prova inequívoca no que diz respeito ao ato ilícito praticado pela empresa apelante.

Em depoimento pessoal prestado em juízo, a autora alegou que possuía em seu terreno palanques de aroeira que seriam utilizados para construção. Afirma, ainda, que a empresa requerida, ao se apossar da aludida área de terras, derrubou a cerca e retirou os palanques de sua propriedade, causando-lhe, assim, prejuízos de ordem material.

A derrubada da cerca e dos palanques da área ocupada foi confirmada pelas declarações da testemunha Vanderval da Silva e Silva que residia no local na época dos fatos.

Luiza Helena Martinex, apesar de ter sido ouvida como informante, apresentou versão que, além de não ter sido afastada pela ré adequadamente, demonstra-se verossímil, sobretudo quando esta não nega que realizou cercamento de sua propriedade e que a autora ocupava área dentro dela.

Os depoimentos das testemunhas Francisca O. Campos Moreno e Nilce Gênova não merecem ser considerados, eis que não contribuíram para deslinde da causa, haja vista que a testemunha Francisca negou

até ocorrência de fatos relevantes e incontroversos do processo, como a instalação de cercas pela ABBS. Já a testemunha Nilce não presenciou nenhum dos fatos alegados nos autos, eis que não residia no local na época dos fatos, o que faz duvidar da verossimilhança de suas informações.

De acordo com o que dispõe o art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973[1], o ônus probatório visando rebater os argumentos contidos na inicial cabe à parte adversa.

A propósito, já julgou este Sodalício que:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – DIALETICIDADE – OFENSA NÃO CONFIGURADA – REJEITADA – FATO MODIFICATIVO, IMPEDITIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR NÃO DEMONSTRADO – ÔNUS DO RÉU – INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DO CPC – IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DA PARTE RÉ DEVIDAMENTE COMPROVADA PELA PARTE AUTORA – RECURSO IMPROVIDO. Tendo a sentença sido atacada frontalmente, objetivando a recorrente, por intermédio de recurso apropriado, o provimento mais favorável do que efetivamente foi concedido, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade e tampouco da falta de interesse recursal. De acordo com o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao réu quanto ao fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor. A não desincumbência desse ônus implica no julgamento da procedência do pedido da inicial, mormente quando a parte autora demonstra de forma cabal a procedência das alegações.*[2] (Grifei)

Conforme se infere dos autos, não se desincumbiu a empresa recorrente de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor, de modo a afastar sua responsabilidade quanto à destruição dos bens materiais de propriedade da autora.

Por outro lado, além de ficar constatado que a empresa apelante foi a responsável pelo ato ilícito cometido, verifica-se que a parte autora trouxe aos autos prova suficiente dos danos materiais causados, motivo pelo qual não há como afastar o pedido indenizatório de pagamento de danos materiais pretendido, devendo-se manter incólume a sentença combatida.

Por outro lado, a alegação da autora apelante de que sofreu ameaças que ultrapassaram o mero dissabor, decorrente do ato ilícito causado pela empresa requerida, sendo-lhe devida a indenização por danos morais, não merece acolhimento. Explico.

Cediço que, para que o dano moral possa ser caracterizado, não é suficiente que a conduta alegadamente ilícita tenha causado mero aborrecimento ou dissabor à vítima, porquanto faz-se necessário que tenha atingido valores maiores, isto é, que o contratempo tenha ultrapassado o limite do razoável.

Na hipótese vertente, escorreita a decisão do magistrado de piso, juiz, Daniel Scaramella Moreira, que indeferiu o pedido de indenização por danos morais, afirmando que:

> *Para tanto, alegou que "passou por situações constrangedoras sendo privada de andar livremente pelo Distrito principalmente nas áreas tida como de uso comum a mais de um século, inibida até mesmo em andar no quintal de sua casa, já que a Requerida além de derrubar a sua cerca, ainda fez outra invadindo o seu quintal. Mais constrangedor ainda, era ameaçado veladamente, como os demais moradores pelos seguranças armados que passavam constantemente na frente da sua casa com ar de intimidação". Ainda, que*

1 Art. 333. O ônus da prova incumbe:
(...)
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

2 TJMS. Apelação - Nº 0000191-79.2009.8.12.0047. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 8.10.2013.

"envergonhada ficou, diante do que poderia pensar os outros moradores do Distrito, já que a Requerida alegava que a Requerente era invasora e estava invadindo a sua fazenda, tendo sido perseguida humilhantemente pelos tais seguranças" da ré. E que essa "situação humilhante" "jamais imaginou passar, que a deixou com medo inclusive de sair de casa, da incerteza de continuar morando no que é seu, diante do poderio econômico e da truculência da Requerida". (fl. 420)

Com o máximo respeito à autora, a pretensão indenizatória deve ser rejeitada. Na hipótese, não restou demonstrado nos autos que ela foi humilhada e/ou ameaçada pela ré ou por ação de seus funcionários quando estes passaram a ocupar parte do Distrito de Porto Esperança, construindo cercas e comprando casas. (fl. 420)

É certo, por outro lado, que os moradores ouvidos durante a instrução relataram que Robson andava acompanhado de pessoas armadas e que tal fato, por si só, intimidava a comunidade. Entretanto, levando-se em conta que o direito postulado é personalíssimo, e não de terceiro, e que a requerente não relatou nenhum episódio dessa natureza sofrido, não há como concluir pela existência de dano. (fl. 420)

Note-se, aliás, do depoimento da demandante que ela nem sequer estava presente no local na ocasião e tomou conhecimento apenas depois que seus materiais foram tiradas da área que pretendia morar (9'10"). A alegada "coação", ao que parece, teria ocorrido após a retirada dos postes e palanques, ou seja, quando a autora foi conversar com Robson e ele, acompanhado de seguranças, teria dito que ali "ninguém tem terreno, ninguém é dono de nada" (6'41"). Contudo, nenhuma das pessoas ouvidas confirmou a ocorrência da coação sugerida, nem mesmo os informantes que arrolou. (fl. 421)

De mais a mais, o evento, se existente, não seria capaz de configurar a real violação dos direitos de personalidade da autora a ensejar a responsabilidade civil por danos morais. É que a conduta, mesmo que ilícita, deve necessariamente atingir valores eminentemente anímicos, de modo a ultrapassar o limite do razoável - ofensa anormal à personalidade -, o que não se remete, com o máximo respeito aos sentimentos da demandante, à espécie dos autos. (fl. 421)

Verifico que o caso dos autos retrata uma situação desagradável, sem dúvida, mormente levando-se em consideração os danos materiais sofridos, mas que não teve o condão de atingir o direito de personalidade da autora apelante, isto é, sua honra, sua imagem, seu bom nome, não lhe causando, portanto, dor ou sofrimento que possa ser configurado como dano moral.

Ademais, não há prova suficiente de que foi ela intimidada, ou ameaçada pela empresa requerida, de modo que não se caracterizou lesão indenizável, porquanto não houve constrangimento capaz de gerar abalo a ser mitigado.

Assim, embora a apelante tenha tido aborrecimentos e contrariedades, o ocorrido não se revela suficiente para configurar dano moral.

Por derradeiro, com relação aos honorários advocatícios, tenho que a sentença não merece reforma, uma vez que levando em consideração o lugar da realização do serviço, a natureza e complexidade da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido, na forma do § 2º do art. 85, do Código de Processo Civil[3], não se deve falar em diminuição da verba honorária, pois perfeitamente compatível o valor dos honorários fixados, não merecendo, portanto, reparos a decisão combatida.

3 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 2 o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
I - o grau de zelo do profissional;
II - o lugar de prestação do serviço;
III - a natureza e a importância da causa;
IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos de apelação cível interpostos pela ABBS Agropecuária Brahman Beef Show Ltda e por Nair Mosqueira de Barrios, mantendo incólume a sentença hostilizada.

Em atenção ao que dispõe o art. 85, § 11, do CPC[4], ante a sucumbência recursal evidenciada, arbitro honorários advocatícios recursais no importe de R$ 1.000,00 (mil reais), cujo montante deverá ser acrescido ao percentual fixado em sentença, divididos na mesma proporção. Entrementes, deve a cobrança ficar suspensa em relação à parte autora, em razão do disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.[5]

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 05 de setembro de 2017.

***

4 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos § § 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos § § 2º e 3º para a fase de conhecimento.

5 Art. 98 (...)
§ 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.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0829919-03.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE ASSENTO CIVIL – PEDIDO DE SUPRESSÃO DO PATROMÍNICO DO PAI BIOLÓGICO – POSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DO AUTOR DE QUE NÃO POSSUI VÍNCULO AFETIVO COM O PAI – JUSTO MOTIVO COMPROVADO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR E À SOCIEDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Reforma-se a sentença que julgou procedente a ação de retificação de assento civil, tão somente para determinar a exclusão do patronímico do pai biológico, porquanto restou demonstrada a ausência de relação afetiva entre o filho e seu genitor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por João Pedro Ribeiro Barbosa Lima contra a sentença (fls. 208-210) proferida nos autos da ação de retificação de registro civil.

O apelante alega, em síntese, que:

> *A correta identificação da pessoa pelo nome, evita a ocorrência de fraudes e de atos ilegais, pois se torna mais difícil que uma pessoa seja tomada por outra quando do exercício dos direitos e das obrigações. A finalidade da ação de retificação de registro em assento civil, procedimento de jurisdição voluntária, é assegurar a fiel e completa correspondência entre a realidade e o registro, preservando a segurança jurídica e a estabilidade dos atos da vida civil. (fls. 219)*
>
> *Nesse passo, embora a regra seja de que o nome da pessoa natural é imutável, para que sejam preservados os princípios da segurança jurídica e estabilidade dos atos da vida civil Públicos, a Lei de Registros Públicos alterou o seu artigo 57, instituindo hipóteses de alteração de nome. (fls. 219)*
>
> *De acordo com o supracitado dispositivo legal, a imutabilidade do nome é relativa, e em situações excepcionais e relevantemente justificadas, os Tribunais de Justiça do país têm permitido a exclusão do patronímico paterno e a inclusão do padrasto. (fls. 219)*

> *No caso vertente, a existência do patronímico do pai biológico no nome do Recorrente é motivo de muita dor, sofrimento, insatisfação, lembranças de rejeição e abandono, razões pelas quais ansiosamente deseja a supressão deste, mesmo porque, não pretende carregar por toda a sua vida o nome daquele que lhe rejeitou. (fls. 221)*
>
> *Nobres Desembargadores, conforme se observa da prefacial, várias fotografias em anexo, somadas ao perfil do Recorrente em rede social, dando conta que seu patronímico é justamente o do padrasto, e ainda, a tatuagem que o Recorrente fez do patronímico de seu padrasto na região do peito, deixa claro que sua vontade é ser conhecido pelo patronímico daquele que efetivamente foi seu pai desde os seus primeiros anos de idade, e não o do pai biológico, que o Recorrente nem mesmo se lembra do rosto. (fls. 224)*
>
> *Torna-se evidente, que antes de preencher os requisitos para a propositura da demanda, o recorrente sempre utilizou o sobrenome do padrasto, que como mencionado diversas vezes, não se identifica por este codinome, e sim, por pai. (fls. 227)*
>
> *O recorrente nunca possuiu vínculo com seu pai biológico, o qual o abandonou ainda criança, motivo suficiente para respaldar o pedido de supressão do patronímico paterno, como exceção à regra da Lei dos Registros Públicos, supramencionada. (fls. 227)*

Ao final, requer:

> *(...) seja o presente recurso de apelação recebido e provido de plano, uma vez que o entendimento do n. juiz singular é contrário a precedentes jurisprudenciais dos Tribunais Estaduais e Superiores ora transcritos, para que se dignem Vossas Excelências, a reformar parcialmente a decisão a quo proferida, para que suprima o patronímico Barbosa Lima, e mantenha o patronímico Zanotta, sendo o recorrente conhecido como João Pedro Ribeiro Zanotta. (fls. 230)*

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às fls. 249-253, opinou *"(...) pelo conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, para que se retifique o nome do apelante, passando a constar João Pedro Ribeiro Zanotta."* (fls. 253)

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por João Pedro Ribeiro Barbosa Lima contra a sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da ação de retificação de registro civil.

A sentença ora combatida, naquilo que interessa à solução da lide, tem a seguinte redação (fls. 208-210):

> *[...] JOÃO PEDRO RIBEIRO BARBOSA LIMA ajuizou a presente AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, alegando, em síntese, ser filho de Washington Barbosa Lima, que o abandonou material e afetivamente ainda no início de sua vida, e desde então, jamais buscou manter contato. [...]*
>
> *No caso em tela, a Lei de Registros Públicos autoriza a retificação.*
>
> *Da análise dos documentos acostados aos autos, observo a possibilidade de concessão do pedido, porquanto, a modificação não prejudicará terceiros, bem como*

encontra respaldo legal para tanto, sendo desnecessária na hipótese, maiores digressões e incursões no campo probatório, posto que comprovado documentalmente a procedência da pretensão deduzida.

O art. 57, § 8º, da Lei n. 6.015/73, incluído pela Lei n. 11.924/2009, dispõe que o enteado ou a enteada poderá requerer a averbação do nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Nesse sentido foi juntada aos autos a oitiva do padrasto do autor (fls. 196), concordando expressamente com a inclusão de seu sobrenome ao de seu enteado, com quem mantém laços de paternidade afetiva.

Assim, deve ser conferido ao autor o direito a que seja acrescido ao seu nome o patronímico de seu padrasto.

Necessário consignar que entendo não ser possível a exclusão do sobrenome do genitor do autor, a teor do que expressamente determina o § 8º do art. 57 da Lei n. 6.015/73: [...]

Ante todo o exposto, com fundamento no artigo 57, § 8º, da Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973, julgo procedente o pedido sucessivo para determinar a retificação do registro de nascimento de"João Pedro Ribeiro Barbosa Lima, para que passe a constar o João Pedro Ribeiro Barbosa Lima Zanotta.

Transitada em julgado a sentença, expeça-se mandado de retificação com a determinação de ser encaminhada a este juízo da certidão do registro, já com a retificação. Com a vinda da certidão, extraia-se cópia para juntar aos autos com subsequente entrega da via original à requerente, sob recibo, e em seguida arquive-se. [...]

Em suas razões o apelante argumenta que o patronímico em seu nome proveniente do seu pai biológico é motivo de sofrimento, insatisfação e lembranças de rejeição e abandono, motivo pelo qual deseja suprimi-lo, mantendo apenas o patronímico proveniente de seu padrasto.

Aduz que conquanto não haja previsão legal para a mudança de sobrenome, o recorrente preenche as duas situações excepcionais aceitas pela jurisprudência, qual seja, o fato da pessoa ter sido criada desde a tenra idade pelo padrasto e abandono do pai biológico.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada parcialmente a decisão proferida em primeiro grau, com a supressão do patronímico *"Barbosa Lima"*, o qual é proveniente do pai biológico e manutenção do patronímico *"Zanotta"*, proveniente do seu padrasto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às fls. 249-253, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do presente recurso de apelação.

Primeiramente, adianto que conheço do recurso, na medida em que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, tanto os intrínsecos (cabimento, legitimação e interesse em recorrer), como os extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Dou provimento ao recurso.

A controvérsia recursal reside na possibilidade da exclusão do patronímico paterno, em face do abandono afetivo e material, o qual perdura desde o início de sua vida.

A Lei dos Registros Públicos, em seu artigo 56[1], faculta a alteração do nome, sem necessidade de maiores fundamentações, observado o prazo de um ano após ter o interessado alcançado a maioridade, o que se justifica por não ter tido a pessoa o direito de escolher seu nome e os apelidos que quer usar. Por outro lado, os artigos 57 e 58[2] da acima mencionada lei dispõem pela imutabilidade do prenome.

O ora apelante, no caso, sustenta que foi abandonado desde os primeiros meses de idade pelo genitor, que não lhe prestou qualquer tipo de assistência desde a tenra idade até os dias atuais, sendo que desde pequeno foi criado com todo amor e atenção por seu padrasto, que sempre a tratou como se filho fosse biologicamente e, portanto ao ajuizar a presente demanda, pleiteou a alteração de seu nome, mediante a exclusão do patronímico paterno Barbosa Lima e a inclusão do padrasto Zanotta.

O magistrado da instância singela, juiz Jose Ale Ahmad Netto, ao analisar os autos, julgou procedente o pedido, determinando a retificação do registro de nascimento do recorrente, para que passe a constar o patronímico do padrasto Zanotta, contudo, não deferiu o pedido de exclusão do patronímico do pai biológico.

Quanto à possibilidade de inclusão do sobrenome do padrasto, não há controvérsia, sendo o motivo do presente recurso apenas a exclusão do sobrenome do pai biológico.

Existem situações que efetivamente é aconselhável a mudança de sobrenome, como no caso dos autos onde temos a situação de um filho que não quer carregar vitaliciamente o sobrenome do pai porque este abandonou o lar e o descendente sempre foi criado por um padrasto que lhe dá afeto, apoio e amor.

Nesse sentido:

> *APELAÇAO CÍVEL - AÇAO DE RETIFICAÇAO DE REGISTRO CIVIL - PRETENSAO DA APELANTE EM SUPRIMIR OU ALTERAR A POSIÇAO DO PATRONÍMICO PATERNO - POSSIBILIDADE PARA SUPRIMIR O PATRONÍMICO PATERNO ANTE A SITUAÇAO EXCEPCIONAL, AMPARADA PELO ART. 58 DA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS - RECURSO PROVIDO PARA EXCLUIR O PATRONÍMICO DO GENITOR. Uma vez que o patronímico paterno alegadamente representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a alteração não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome (nome de família). O direito à imagem (C.F. Art. 5º, V e X), confere ao seu titular o uso digno da identidade pessoal*.[3]

Assim, denota-se que a imutabilidade da lei não é soberana, mas a vida e a dignidade da pessoa humana sim e, o dever da lei é regulamentar situações abstratas, enquanto que as demais fontes do direito, os casos concretos, sempre em busca do bem estar e da harmonia social.

Como bem pontuado no parecer emitido pela Procuradoria-Geral de Justiça: *"(...) constata-se que o abandono e a ausência do genitor nos principais momentos da vida do autor, fazendo com que o recorrente recorde a rejeição e o desamparo, são razões suficientes (justo motivo) a ensejar a supressão do patronímico paterno, não podendo ser desconsiderado pela simples aplicação do princípio da imutabilidade."* (fls. 252)

1 Lei 6.015/73

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

2 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.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

3 TJPR, 11ª Câmara Cível, AP. Cível 400884-4, Rel. Desembargador Cunha Ribas, j. 14/11/2007

Portanto, tenho que procede a pretensão deduzida em juízo, porquanto inequívoco o sofrimento do apelante em carregar, de forma indelével, a identificação daquele que durante a vida lhe proporcionou tanto sofrimento e desilusão.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por João Pedro Barbosa Lima e, com o parecer da PGJ, dou-lhe provimento, determinando que o nome do recorrente seja retificado, passando a constar João Pedro Ribeiro Zanotta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0818421-70.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ALEGAÇÃO DE AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA – ÔNUS DA PARTE AUTORA – INTELIGÊNCIA DO ART. 373, I, DO CPC DE 2015 – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIO RECURSAL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais decorrente de violência doméstica, tendo em vista que incumbe ao autor do processo comprovar fato constitutivo de seu direito, conforme a inteligência do art.373, inciso I, do CPC de 2015.

Dispõe o art. 85, § 11, do CPC de 2015, que *"O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos § § 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos § § 2º e 3º para a fase de conhecimento"*, razão pela qual fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, devendo ser observado que a exigibilidade das verbas sucumbenciais ficará, igualmente, suspensa, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por A.R.B. contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais promovida em desfavor de D. F. de A.

A apelante alega, em síntese, que:

> *Ao contrário do afirmado pelo magistrado que indeferiu a indenização por ausência de provas, o fato é que os atos do apelado encontram-se delineados nos documentos anexados (f. 78).*

> *A decisão do magistrado desconsidera os fatos expostos na inicial, bem como a necessidade de mensurar que o crime contra a mulher deve ser regido pela Lei Maria da Penha e onde a agredida fisicamente débil não encontra testemunhas face à intimidade das agressões no presente caso (f. 79).*
>
> *O prejuízo que irá suportar a apelante no indeferimento da ação é extremo, produzindo ao agressor o sentimento de impunidade que a lei busca afastar, justificando-se, outrossim, a existência da presente apelação para que não se proporcione tal prejuízo injustificado, que deve ser antecipado e impedido no caso em tela, até mesmo para evitar-se a existência de cerceamento de defesa do autor, impedido de obter as provas dos fatos que afirma na ação anexa (f. 80).*

Ao final, requer a procedência da presente apelação, e o deferimento do pedido aqui inserto, no sentido de que se reforme a decisão do magistrado *a quo* deferindo indenização por dano moral à apelante (f. 80).

Devidamente intimado, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões (f. 81).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por A.R.B. contra sentença proferida pelo juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da ação de indenização por danos morais decorrente de violência doméstica, julgou improcedente o pedido inicial formulado em desfavor de D. F. de A.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos (fls. 70-73):

> *[...] A.R.B., qualificada, ajuizou a presente demanda em desfavor de D. F. de A., também qualificado, aduzindo que manteve união estável com o réu por oito anos, e que, ao final do relacionamento, o réu passou a humilhá-la e hostilizá-la em frente a terceiros.*
>
> *Alegou que, em 25/1/2014, impediu a entrada da autora em sua residência, empurrando-a e a derrubando por duas vezes, na frente de vizinhos e de seu filho, o que, somado aos demais atos de violência praticados pelo réu, causou-lhe dano moral.*
>
> *Por fim, requereu os benefícios da Assistência Judiciária, deferidos à f. 28, e pediu a procedência do pedido, com a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00.*
>
> *Protestou genericamente por provas, deu à causa o valor de R$ 50.000,00 e juntou os documentos de f. 10/26.*
>
> *O réu apresentou contestação às f. 33/42, afirmando que, no dia 25/1/2014, quando foi levar o filho do casal à residência da autora, foi por ela agredido, tendo a autora, ainda, causado danos ao seu veículo, o que culminou na realização de Boletim de Ocorrência pelo réu.*
>
> *Afirmou que, na realidade, sempre foi a autora quem o agrediu, inexistindo outras testemunhas desses fatos além do filho do casal, e que inexiste prova do dano moral alegado.*

Pediu a improcedência do pedido inicial, requereu os benefícios da Assistência Judiciária, protestou genericamente por provas e juntou os documentos de f. 43/55.

A autora impugnou a contestação às f. 57/65, afirmando que o réu não faz jus aos benefícios da Assistência Judiciária e, no mais, reiterando os termos da inicial.

Instados a especificar provas, o réu informou desinteresse na dilação probatória (f. 67/68), tendo a autora permanecido silente (f. 69).

Os autos vieram-me conclusos.

É o relatório. Decido.

Considerando que as partes não manifestaram interesse na dilação probatória, passo ao julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 355, I, do NCPC.

Trata-se esta de ação de indenização por danos morais que A.R.B. ajuizou em desfavor de D. F. de A., objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 50.000,00, em decorrência de agressões físicas e verbais que sustentou terem sido por ele praticadas, de que alegou ter sido vítima.

Analisando detidamente os autos, verifico que não há prova dos fatos constitutivos do direito da autora, ônus que lhe incumbia, por força do art. 373, I, do NCPC.

Com efeito, nada há nos autos que denote ser verdadeira a alegação da autora de que o réu a agrediu por diversas vezes, tanto física quanto verbalmente, inclusive na frente de vizinhos e colegas.

O único documento carreado aos autos que denota ter ocorrido desentendimento entre as partes é o Boletim de Ocorrência de f. 23/24, do qual consta versão tanto da autora, alegando ter sido agredida pelo réu, quanto do réu, alegando ter sido agredido pela autora, não sendo possível afirmar, apenas de leitura do aludido documento, quem fala a verdade.

Observe-se, ainda, que a autora, quando intimada para especificar provas, permaneceu silente (f. 66 e 69), restando preclusa a sua oportunidade de se desincumbir do ônus probatório que lhe recai, quanto aos fatos constitutivos de seu direito.

Sendo assim, impõe-se a improcedência do pedido inicial, eis que a causa de pedir da presente demanda consubstancia-se justamente nas agressões que a autora alega ter sofrido, que não restaram comprovadas nos autos, e, sem a demonstração da ocorrência de ato ilícito (art. 186 do CC), inexiste o dever de indenizar (art. 927 do CC).

Por fim, com relação ao requerimento de Assistência Judiciária formulado pelo réu, entendo que deve ser acolhido, eis que este comprovou suficientemente, à f. 45, não possuir condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, não tendo a autora carreado aos autos nenhum documento que infirmasse a presunção de veracidade da alegação de insuficiência de recursos feita pelo réu.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com julgamento do mérito, com fundamento no art. 487, I, do NCPC.

Condeno a autora, com fundamento no art. 85 do NCPC, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários ao advogado do réu, os quais fixo, nos termos do art. 85 do NCPC, em 10% do valor da causa, ficando sobrestada a exigibilidade desses valores, nos termos do art. 98, § 3º, do NCPC, por ser a autora beneficiária da Assistência Judiciária (f. 28). [...]

Em suas razões a apelante, em síntese, argumenta que faz jus ao recebimento da indenização por danos morais, tendo em vista que restou devidamente comprovado nos autos, inclusive com a confissão pelo apelado, de que sofrera agressões física e moral. Aduz que a decisão de improcedência na instância singela acaba por produzir o sentimento de impunidade que a Lei Maria da Penha busca afastar.

Devidamente intimado, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões (f. 81).

Primeiramente, adianto que conheço do recurso, na medida em que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, tanto os intrínsecos (cabimento, legitimação e interesse em recorrer), como os extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer), tendo sido a autora ora apelante dispensada do preparo, em virtude de haver sido contemplada com a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Nego provimento ao recurso.

No caso, da leitura da sentença supratranscrita, verifico a inexistência de fundamentos que autorizem a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz Flávio Saad Peron.

Insta salientar, por necessário, que, da análise apurada dos documentos colacionados no caderno processual, não há prova de o recorrido tenha cometido as agressões físicas e verbais conforme sustentou a recorrente.

Com efeito, o boletim de ocorrência, juntado às fls. 23-24, relata a versão, tanto da apelante de ter sido agredida pelo apelado, quanto do recorrido de ter sido agredido pela recorrente e, portanto, não é possível afirmar, tão somente da leitura da única prova trazida aos autos pelas partes, quem fala a verdade.

Insta salientar que, as partes foram devidamente intimadas às fls. 66 para, no prazo de cinco dias, especificarem as provas que pretendiam produzir, tendo o recorrido apresentado sua manifestação às fls. 67-68, não requerendo a produção de provas e a recorrente deixou seu prazo transcorrer *in albis,* conforme verifica-se da certidão de fls. 69.

Pois bem.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, devendo, muito ao contrário, provar o fato que irá atrair o direito.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. Os elementos acostados aos autos são insuficientes para demonstrar a ocorrência de ato ilícito, inviabilizando a condenação do varão em indenização por danos morais, bem como danos materiais, não demonstrados. RECURSO DESPROVIDO.* (Apelação Cível Nº 70062134796, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 25/10/2014).[1]

1 TJ-RS - AC: 70062134796 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 25/10/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/10/2014

> *APELAÇÃO CÍVEL - AGRESSÕES VERBAIS E FÍSICAS MÚTUAS - DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - DANOS MATERIAIS - NÃO COMPROVAÇÃO - ÔNUS DA PROVA - ART. 373 DO CPC/15. - Para a configuração do dever de indenizar, seja em relação aos danos contratuais, seja no tocante aos extracontratuais, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, o ato ilício e o nexo de causalidade. - Para o ressarcimento dos danos materiais é necessária a comprovação do efetivo prejuízo. - As agressões recíprocas afastam o dever de indenizar por danos morais, principalmente se não restou comprovado o excesso por parte da apelada. - Nos termos do art. 373 do CPC/15, é ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito e do réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.*[2]

Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, 50ª edição, ed. Forense, 2009, págs. 420/421, ensina que:

> *Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa.*

Assim, diante da não comprovação do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC de 2015[3], tenho que a sentença recorrida deve ser mantida.

Ademais, como bem asseverado pelo juízo *a quo*: *"(...) a causa de pedir da presente demanda consubstancia-se justamente nas agressões que a autora alega ter sofrido, que não restaram comprovadas nos autos, e, sem a demonstração da ocorrência de ato ilícito (art. 186 do CC), inexiste o dever de indenizar (art. 927 do CC)."* (fls. 72)

Por fim, tendo em vista que a sentença foi proferida na vigência da nova legislação processual, é necessário observar a necessidade de fixação de honorários recursais, conforme prevê o novo Código de Processo Civil, em seu art. 85, § 11, o qual dispõe o seguinte:

> *Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *(...)*
>
> *§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos § § 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos § § 2º e 3º para a fase de conhecimento.*

A supramencionada inovação CPC presta-se a impor desestímulo econômico à interposição de recursos meramente protelatórios. Portanto, a majoração dos honorários já fixados na instância singela só se justifica quando a parte sucumbiu na instância inferior, vindo a decisão a ser confirmada em grau de recurso.

2 TJ-MG - AC: 10126140006779001 MG, Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier, Data de Julgamento: 30/11/2016, Câmaras Cíveis / 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/12/2016

3 Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito

No caso dos autos, com a manutenção da sentença em todos os seus termos, fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, devendo ser observado que a exigibilidade das verbas sucumbenciais ficará, igualmente, suspensa, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por A.R.B., contudo, nego-lhe provimento, bem como, em razão do não provimento do apelo, fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, com a observação de que deve ser mantida a suspensão prevista no art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0003762-34.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA REQUERIDA E DENUNCIADA – SIMILITUDE DE MATÉRIAS – ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS – QUEDA DE TORRE DE TELEFONIA EM IMÓVEL LOCADO – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – VENDAVAL – CAUSA EXCLUSIVA DO INFORTÚNIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – MANUTENÇÃO PERIÓDICA DA EDIFICAÇÃO – NÃO COMPROVADA – LUCROS CESSANTES DEMONSTRADOS POR PROVA TESTEMUNHAL – DANOS MORAIS INDEVIDOS – IMÓVEL LOCADO – NÃO ERA USADO COMO RESIDÊNCIA DA AUTORA – INDEVIDOS HONORÁRIOS NA DENUNCIAÇÃO – NÃO RESISTÊNCIA – HONORÁRIOS RECURSAIS NÃO INCIDÊNCIA – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

É objetiva a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, como as empresas de telefonia, consoante previsão contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na qual para a responsabilização do ente privado, prestador de serviço público, basta a comprovação da relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Não lograram êxito em comprovar as apelantes que a intempérie da natureza (vendaval) foi a causa exclusiva da queda da torre sobre o imóvel da parte autora, até porque sendo a concessionária/requerida responsável pela instalação e manutenção da torre de telefonia, deve preservar suas instalações de forma a suportar eventos naturais, como vendavais, chuvas e temporais, tendo em vista ser ínsito o risco nesse caso. Conquanto a edificação (torre) tenha obedecido todas as normas técnicas necessárias, tal não é suficiente para elidir a responsabilidade da concessionária, pelo infortúnio, porquanto além dos cuidados com a instalação da edificação, tão importante quanto é sua manutenção, a qual não restou comprovada. Aliás, o evento danoso - queda da torre na cidade de Três Lagoas/MS - já foi objeto de outros recursos neste Tribunal de Justiça, nos quais foi mantida a responsabilidade da concessionária de telefonia pelos danos em razão do acidente. Concernente aos lucros cessantes, por ter a autora deixado de perceber aluguéis do imóvel em razão dos danos causados, ao contrário do que defendem as recorrentes, estes restaram devidamente comprovados pela prova testemunhal. Os fatos descritos na inicial não ensejam indenização por danos morais, tendo em vista não ter sido ressaltado qualquer evento decorrente do infortúnio que viesse a atingir o íntimo da autora. Ademais, a despeito das ações citadas na inicial, situação diversa é aquela onde a torre desabou sobre a residência da parte autora, pois nesse caso é possível verificar a dor íntima decorrente da perda de objetos pessoais, além da própria moradia, ficando a parte sem teto para lhe abrigar juntamente com sua família. Porém, como visto, este não é o caso dos autos, onde a autora utilizava o imóvel para locação, não havendo notícias de que estivesse no local no momento dos fatos. Em consequência do afastamento da indenização por danos morais, deve a autora arcar com 20 % das custas e honorários e a requerida com 80%, mantido o valor dos honorários. Inexistindo resistência da litisdenunciada na lide secundária e, colocando-se como litisconsorte da requerida, descabe a condenação em honorários de sucumbência. Quanto aos honorários recursais, não se aplica a regra contida no art. 85, § 11, do NCPC, norma introduzida no novel estatuto processual como forma de inibir apresentação de recursos infundados e até protelatórios, tendo em vista o parcial provimento do recurso de apelação interposto pela requerida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de agosto de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Ace Seguradora S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Priscilla Magalhães Franceschini, na qual foram julgados procedentes os pedidos da lide principal e procedente o pedido da lide secundária (denunciação). Sustenta que a doutrina e a jurisprudência já se posicionaram no sentido de que, mesmo onde há atividade do Poder Público, permite-se a análise da culpa, cuja avaliação se fazia imperiosa na espécie, a fim de se atingir a verdade real dos fatos, o que se mostra legalmente viável, sendo certo que o julgador singelo deixou de analisar as provas constantes dos autos, condenando a apelante sem se atentar aos limites legais aos quais estava adstrito. Aduz que a torre mantida pela apelante estava instalada de acordo com todas as normas técnicas exigidas, não tendo apresentado problemas estruturais, razão pela qual foram emitidas as licenças devidas. Alega que no dia dos fatos o local do evento sofreu forte vendaval, deixando, inclusive, três mortos, conforme atestou o perito quando da regulação e reportagens locais. Assim, defende que, embora a torre estivesse devidamente instalada, o evento natural inevitável foi o causador do acidente, de forma que deve ser aplicada a excludente de força maior no sentido de eximir a apelante de qualquer responsabilidade. Alternativamente, alega a ausência de comprovação das verbas pleiteadas como lucros cessantes, não tendo a apelada trazido nenhum documento que comprovasse o prejuízo mensal no importe de R$ 400,00, bem como os depoimentos se encontram em dissonância com os pedidos inaugurais. Insurge-se ainda acerca dos danos morais, pois entende descabido em razão da indisponibilidade do imóvel comercial da apelada. Se não for esse o entendimento, defende a excessividade do valor da indenização, devendo ser reduzido. Por fim, entende impossível a condenação em honorários na lide secundária quando não há resistência. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Americel Claro também aviou apelo alegando a excludente de responsabilidade do caso fortuito ou força maior, haja vista que no dia dos fatos a cidade foi atingida por chuva torrencial que causou inúmero prejuízos, não sendo a queda da torre fato isolado. Reforça que a torre foi instalada de acordo com as normas técnicas, além de ter sido alvo de constantes manutenções, não havendo qualquer omissão, negligência ou imprudência quanto à sua queda. No mais, alega não haver prova dos lucros cessantes, ônus que competia à apelada e era plenamente possível de ser cumprido. Sustenta não haver danos morais na espécie, porquanto o evento em nenhum momento afetou a esfera moral da apelada. Sobre o valor da indenização por danos morais, defende que além de extrapolar os limites da proporcionalidade e razoabilidade, a sentença deu mais do que foi pedido na inicial, incorrendo em julgamento *ultra petita*. Pleiteia o provimento do recurso com a reforma da sentença.

A autora apresentou contrarrazões em face de ambos os recursos, alegando, em relação ao apelo interposto pela Ace Seguradora S.A, o impedimento da advogada peticionante em razão da nomeação para conciliador/mediador deste TJ/MS e no mérito pelo desprovimento. Quanto ao recurso da Americel S/A (Claro), arguiu irregularidade na representação ante à ausência de procuração em nome do advogado peticionante. As apelantes foram intimadas para manifestarem sobre essas preliminares, as quais foram

posteriormente rechaçadas através da decisão de f. 757/758, não tendo havido recurso. Foram ainda degravados depoimentos das testemunhas, sendo as partes intimadas.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Ace Seguradora S/A e Claro Americel interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Priscilla Magalhães Franceschini objetivando sua reforma.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais e lucros cessantes ajuizada por Priscilla Magalhães Franceschini em desfavor da Claro Americel em razão dos prejuízos decorrentes da queda de torre sobre imóvel da parte autora.

O juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos da ação principal para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 60.621,18, danos morais de R$ 20.000,00 e lucros cessantes, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença. A lide secundária também teve procedência para condenar a seguradora Ace Seguradora S/A ao pagamento de indenização nos limites da apólice de seguro, devendo ser observado o valor a ser pago a título de franquia.

Insurgem-se a requerida e a seguradora, sendo que em razão da similitude de matérias, os recursos serão analisados conjuntamente.

Sobre a responsabilidade da Administração Pública Indireta, da qual faz parte a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, Sérgio Cavalieri[1] leciona com propriedade sobre o tema. Confira:

> *A expressão, todavia, passou a ser usual para indicar não só a responsabilidade do Estado propriamente dita (pessoa jurídica de direito público), mas também na Administração Indireta. Isto porque, como veremos, a Constituição de 1988 estendeu aos prestadores de serviços públicos (pessoa jurídica de direito privado, integrantes da chamada Administração Indireta), responsabilidade objetiva tal qual a do Estado. A designação, portanto, não tem um sentido técnico, apenas prático. Quem responde é sempre a pessoa jurídica pública ou privada que integra a Administração Pública*.

Dessa forma, a responsabilidade no presente caso é objetiva, consoante previsão contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na qual para a responsabilização do ente privado, prestador de serviço público, basta a comprovação da relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.

Novamente oportuno trazer a lume a lição de Sérgio Cavalieri Filho[2] ao se referir ao art. 37, § 6º, da CF/88. Confira:

> *O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento de responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente de sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação*

1 Cavalieri Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014. P. 283.

2 Cavalieri Filho, Sérgio. Ob. cit., p. 85. P. 290-291.

do agente publico e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem porque responsabiliza-lo objetivamente.

Aliás, este Tribunal já teve oportunidade de analisar a matéria em caso semelhante:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS C.C. LUCROS CESSANTES – IRRESIGNAÇÃO DA BRASIL TELECOM S/A (OI S/A) – ILEGITIMIDADE DA PARTE ATIVA – MATÉRIA JÁ APRECIADA INCLUSIVE EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO NÃO CONHECIDA – **QUEDA DE ANTENA DE TELEFONIA – ALEGAÇÃO DE QUE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR EXCLUEM A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA APELANTE – INDEFERIDA ANTE A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO** – MINORAÇÃO DO DANO MORAL – VALOR CONDIZENTE COM O ABALO SOFRIDO – DANO MATERIAL – VEÍCULO ATINGIDO PELA QUEDA DA TORRE DA EMPRESA – VALOR DO BEM DE ACORDO COM A TABELA "FIPE" – MANTIDOS COMO FIXADOS. APELAÇÃO DE OSVALDO JOSÉ DOS SANTOS – LUCROS CESSANTES NÃO CONFIGURADOS – INEXISTÊNCIA DE PROVA – RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO – SENTENÇA MANTIDA.* (Processo: APL 08000277020128120049 MS 0800027-70.2012.8.12.0049, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Nélio Stábile, Publicação: 22/06/2016, Julgamento: 21 de Junho de 2016) frisei

E ainda,

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA EMPRESA RÉ – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – QUEDA DE TORRE DE TRANSMISSÃO DE INTERNET – **CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA** – CASO FORTUITO – AFASTADO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – DANO MORAL – REDUÇÃO DO QUANTUM – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – A empresa ré exerce seu mister na qualidade de concessionária de serviço público de telecomunicações, especificamente na transmissão de sinal via internet, respondendo,pois, pelos danos causados a terceiros, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. II – O desempenho de atividade de risco, com a edificação de torre metálica de 25 metros, em área central, cercada de residências e bastante habitada, aliada a ausência de alvará de licença para construção e, principalmente, prova de permissão para sua instalação naquela localidade, permitem afastar a excludente de responsabilidade fundada no caso fortuito. III - Se o valor da indenização fixado em primeiro grau não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa do lesado, não há se falar em sua redução no juízo recursal*. (Processo: AC 13575 MS 2012.013575-7, Orgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Publicação: 16/07/2012, Julgamento: 10 de Julho de 2012) destaquei

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO INDENIZATÓRIA – QUEDA DA TORRE DE SUSTENTAÇÃO DA REDE DE ENERGIA ELÉTRICA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – ATIVIDADE DE RISCO – DANOS A TERCEIROS – DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. **A responsabilidade da concessionária de serviço público é objetiva. Estando provado o evento danoso (queda da torre de sustentação da rede de energia elétrica), o dano suportado pelo particular, bem como o nexo de causalidade entre o evento e o dano, é dever da concessionária indenizar os prejuízos suportados por terceiro, independentemente de sua culpa**. Existindo prova do dano material, o valor deve corresponder ao menor dos orçamentos apresentados pela parte, mormente quando estes valores não são questionados pela parte contrária. Na responsabilidade extracontratual, a correção monetária e os juros de mora incidem desde a data do evento danos, nos termos dos enunciados n. n. 43 e n. 54 da Súmula do STJ. Recurso provido*. (Apelação Cível -

Ordinário - N. 2012.013575-7/0000-00 - Três Lagoas, Segunda Câmara Cível, Relator - Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Julgamento: 10.7.2012) frisei

Fixada essa premissa, impõe afastar os argumentos das apelantes quanto à necessidade de análise da culpa da requerida, devendo ser mantida a sentença quanto à fixação da responsabilidade civil.

Importante ressaltar que restou incontroverso o acidente noticiado na inicial, com a queda de torre da requerida sobre o imóvel da parte autora, bem como danos materiais no aludido imóvel, sobejando apurar o nexo causal, a extensão das matérias, além dos danos morais e lucros cessantes.

O nexo causal exige-se relação de causalidade entre o comportamento comissivo ou omissivo da concessionária de telefonia e o efetivo dano. Por outro lado, existem causas excludentes do nexo causal e, por consequência, da responsabilidade estatal, as quais se traduzem em força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro.

No presente caso, alegam as apelantes que o evento danoso ocorreu em razão de forte vendaval, deixando, inclusive, três mortos, conforme atestou o perito quando da regulação e reportagens locais, porém tal argumento não procede.

Entretanto, não lograram êxito em comprovar as apelantes que a intempérie da natureza foi a causa exclusiva da queda da torre sobre o imóvel da parte autora, até porque sendo a concessionária/requerida responsável pela instalação e manutenção da torre de telefonia, deve preservar suas instalações de forma a suportar eventos naturais, como vendavais, chuvas e temporais, tendo em vista ser ínsito o risco nesse caso.

Nesse norte, conquanto tenham afirmado as apelantes que a torre objeto da queda obedeceu todas as normas técnicas necessárias, consoante documentos apresentados com a contestação, tal prova não é suficiente para elidir suas responsabilidades, porquanto, além dos cuidados com a instalação da edificação, tão importante quanto é sua manutenção, com vistas a garantir a segurança e preservação da integridade física e material de tudo que se encontra próximos aos seus limites. Inclusive, há de se destacar que os documentos apresentados pela requerida demonstram justamente o contrário, porquanto à f. 167 consta do *"Certificado de Vistoria"* que seu prazo de vencimento expirou em 31/01/2010.

Ademais, malgrado tenham alegado as recorrentes que eram feitas manutenções periódicas na torre objeto da queda, contrariando as afirmativas constantes da inicial, não se desincumbiram do ônus de comprovar a assertiva, como preconiza a legislação processual civil (art. 373 do CPC).

Aliás, o evento danoso - queda da torre na cidade de Três Lagoas/MS - já foi objeto de outros recursos este Tribunal de Justiça, nos quais foi mantida a responsabilidade da concessionária de telefonia pelos danos em razão do acidente. Confira os precedentes inclusive de relatoria deste julgador:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – QUEDA DE TORRE SOBRE IMÓVEL - NOVA PERÍCIA – DESNECESSIDADE – NOMEAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA – TRABALHO EM EQUIPE – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – DANOS MORAIS – NÃO CONFIGURAÇÃO – JUROS DESDE A CITAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA CONSTANTE DO LAUDO PERICIAL – VALOR DA PERÍCIA – MANTIDO – AUSÊNCIA DE PROVA DAS AVARIAS NÃO DECORRENTES DA QUEDA DA TORRE – RECURSO DA AMERICEL CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Quando nomeada pessoa jurídica para realização de prova pericial, o que é perfeitamente legal, são legitimados para a confecção do laudo os funcionários da empresa especialista na área, não havendo qualquer irregularidade se a pessoa que realizou a vistoria do imóvel não foi a mesma que assinou o laudo, visto que o trabalho se dá em equipe. Assim, desnecessária nova perícia. Ademais, sobre a questão das*

> *provas, o sistema adotado pelo Código de Processo Civil é do livre convencimento, (art. 131 do CPC), no qual o juiz apreciará os fatos segundo as regras do seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. 2. Os danos morais não restaram configurados, pois o fato de ter sido veiculado na imprensa a imagem de destruição do imóvel de propriedade da autora, gerando com isso, inúmeras visitas de parentes e amigos, alarmando ainda mais a situação e causando desespero e pânico, não tem o condão de atingir sua imagem a ensejar indenização por danos morais. 3. De acordo com a Súmula 54 do STJ os juros de mora devem incidir desde o evento danoso, entretanto, na hipótese deverão incidir a partir da citação em razão do pedido recursal. 4. A correção monetária incide do efetivo prejuízo, sendo que in casu tal data encontra-se prevista no laudo pericial como sendo a data do valor base do cálculo dos prejuízos.* ***5.*** *Deve ser mantido o valor auferido através da prova pericial quando não há provas das avarias não decorrentes do acidente*. (Apelação - Nº 0010004-77.2010.8.12.0021 - Três Lagos, 5ª Câmara Cível, Relator – Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel, Julgamento: 14 de março de 2013)

E ainda,

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO – HIPÓTESE EXCEPCIONAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO. São devidos, excepcionalmente, os danos extrapatrimoniais no inadimplemento contratual nas hipóteses em que, da própria descrição das circunstâncias, é possível extrair consequências danosas sérias de cunho psicológico. A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não devendo ser fonte de enriquecimento sem causa e nem insuficiente para reparação dos danos sofridos*. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.001915-4/0000-00 - Três Lagoas, Segunda Câmara Cível, Relator - Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade, Julgamento: 14.2.2012).

Portanto, inarredável a responsabilidade da requerida Americel pelos prejuízos decorrentes da queda de torre que veio a atingir imóveis vizinhos, causando prejuízos de ordem material.

Assim entendido, concernente aos lucros cessantes, narra a autora na inicial que locava o imóvel pelo valor de R$ 400,00, o qual era utilizado para venda e comércio de salgados e outros produtos em geral, porém após o acidente com a torre o locador teve que mudar o estabelecimento para outro local.

Ao contrário do que defendem as recorrentes, os lucros cessantes restaram devidamente comprovados pela prova testemunhal, porquanto as pessoas ouvidas atestaram que a autora locava o imóvel descrito na inicial. Com efeito, o Sr. Vilson Urbano Queiroz afirmou que o imóvel é da autora e que lá funcionava um bar, uma frutaria e uma vidraçaria, não sabendo precisar o valor da locação (f. 722/728).

Joaquim José Pereira Nevez disse em juízo que sabe que o imóvel era locado porque lá funcionava um bar, que inclusive ele frequentava e, por isso, ouvia a pessoa que locava dizer que tinha que pagar o aluguel. Afirma que a locadora, após o acidente, mudou-se para a saída de Campo Grande. Também não sabe precisar o valor da locação do imóvel na época dos fatos (f. 728/734).

Assim, restado comprovada a locação do imóvel, o julgador singelo relegou para a fase de liquidação a apuração do *quantum* devido, o que é plenamente possível, devendo ser mantido.

Por fim, no que tange à indenização por danos morais fixada em R$ 20.000,00, entendo que é indevida, porquanto da situação narrada na inicial não vislumbro a existência de dano moral. Em caso similar a este, onde houve ação judicial pela queda dessa mesma torre da empresa Americel Claro na cidade de Três Lagoas/MS, consoante precedente citado, este julgador manteve posicionamento no sentido de que não era cabível indenização por dano moral, cujo teor da decisão foi a seguinte:

> *(...) 2. Os danos morais não restaram configurados, pois o fato de ter sido veiculado na imprensa a imagem de destruição do imóvel de propriedade da autora, gerando com isso, inúmeras visitas de parentes e amigos, alarmando ainda mais a situação e causando desespero e pânico, não tem o condão de atingir sua imagem a ensejar indenização por danos morais.(...)*

No presente caso, a parte autora pretende ser indenizada simplesmente pelo acidente ocorrido, sem ressaltar qualquer evento decorrente do infortúnio que viesse a atingir seu íntimo, de forma que deve ser mantido o mesmo posicionamento no sentido de afastar o pedido indenizatório.

Situação diversa é aquela onde a torre desabou sobre a residência da parte autora, pois nesse caso é possível verificar a dor íntima decorrente da perda de objetos pessoais, além da própria moradia, ficando a parte sem teto para lhe abrigar juntamente com sua família.

Porém, como visto, este não é o caso dos autos, onde a autora utilizava o imóvel para locação, não havendo notícias de que estivesse no local no momento dos fatos.

Assim, despicienda a análise da alegação da Americel no sentido de que houve julgamento *extra petita,* devido a sentença ter dado mais do que foi pedido na inicial, posto restar prejudicada.

Em consequência, considerando que a parte autora não obteve sucesso em todos os seus pedidos, decaindo do dano moral, deve ser distribuído proporcionalmente o ônus da sucumbência, devendo a autora arcar com 20 % das custas e honorários e a requerida com 80 %, cujo valor dos honorários fica mantido em 15 % sobre o valor da condenação.

Finalmente, a seguradora/apelante entende impossível a condenação em honorários na lide secundária quando não há resistência. Assiste-lhe razão.

Inexistindo resistência da denunciada quanto à lide secundária e colocando-se como litisconsorte da requerida, descabe a condenação em honorários de sucumbência na denunciação.

No presente caso, ao contrário do entendimento esposado em primeiro grau, não houve resistência da apelante quanto à denunciação, sendo certo que em sua peça de defesa admite ser obrigada, por força de contrato, a indenizar os eventuais prejuízos em caso de condenação da segurada, ressaltando apenas que sua responsabilidade se limita ao valor da apólice e que deve ser primeiro descontado o valor da franquia de 10 % dos prejuízos, limitada ao mínimo de R$ 50.000,00.

Assim entendeu este Tribunal e demais Tribunais Pátrios, consoante julgados que trago à colação:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINARES – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – ILEGITIMIDADE DA RECORRENTE – INCLUSÃO NA LIDE DE SEGURADORA DIVERSA DA RECORRENTE – FUSÃO ENTRE BANCO ITAÚ E UNIBANCO – REUNIÃO DAS EMPRESAS, QUE FORMARAM CONGLOMERADO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – PRELIMINAR AFASTADA – INOVAÇÃO RECURSAL AFASTADA – CONTESTAÇÃO EM DEFESA DA COBERTURA DE SINISTROS – RECURSO INVOCANDO A COBERTURA DE DANOS MORAIS AGREGADA AOS DANOS MATERIAIS – APROFUNDAMENTO DA TESE NO RECURSO – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – MANUTENÇÃO EM ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA – QUEBRA DE CILINDRO ACONDICIONADOR DE CLORO GASOSO – INALAÇÃO DO GÁS PELAS PESSOAS PRÓXIMAS DO LOCAL – PRONTO ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR PELA CONCESSIONÁRIA – CUSTEIO DAS DESPESAS DECORRENTES – DANOS MORAIS INEXISTENTES – AUSÊNCIA DE DEFORMIDADE – MERO ABORRECIMENTO – SEGURADORA – DEFESA ACERCA*

> *DA NÃO COBERTURA DOS DANOS MORAIS, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – DANOS MORAIS AFASTADOS – PREJUDICIALIDADE ESTAMPADA –* ***HONORÁRIOS NA LIDE SECUNDÁRIA INDEVIDOS – AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA À DENUNCIAÇÃO*** *– RECURSO DA RÉ PROVIDO – RECURSO DA LITISDENUNCIADA PARCIALMENTE CONHECIDO; NA PARTE CONHECIDA PROVIDO. A fusão das entidades financeiras forma uma nova sociedade, com a reunião das empresas que compunham o conglomerado de ambas, substituindo-se no processo a anterior pela nova, sem que isso implique em ingresso de pessoa jurídica diversa da integrada na lide. Não há inovação recursal quando a parte, na contestação, discursa sobre a cobertura dos riscos constantes da apólice e no recurso reforça a tese, valendo-se para tanto de minúcias. Só se deve reputar como dano moral "a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar", o que não se verifica no caso em apreço, mormente quando a vítima obteve plena cobertura material por parte da concessionária. O afastamento dos danos morais, proveniente do acolhimento do recurso da ré-denunciante, implica na prejudicialidade do recurso da seguradora que a ele faz oposição, em razão da previsão contratual de vinculação com danos materiais e corporais.* ***Não há condenação em honorários na lide secundária quando a seguradora a aceita e põe-se ao lado da segurada na denunciação da lide.*** (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/12/2015; Data de registro: 08/01/2016) (frisei)

E ainda,

> *APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não havendo resistência da denunciada, isto é, vindo ela a aceitar a denunciação da lide, assumindo a posição de litisconsorte da denunciante, não pode ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios na lide regressiva. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. Apelação improvida.* (Apelação Cível Nº 70049092729, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 05/12/2012)

O Superior Tribunal de Justiça corrobora essa tese. Confira:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA À DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DA LIDE SECUNDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A falta de resistência à denunciação da lide enseja o não cabimento de condenação da denunciada em honorários advocatícios quando sucumbente o réu denunciante. Precedentes. 2. No caso, o Tribunal assentou a ausência de resistência à denunciação da lide: "[...] da análise da resposta apresentada pela litisdenunciada, denota-se que foi aceita a relação jurídica de regresso existente entre ela e a denunciante Cecília, ainda que questionados os limites de sua responsabilidade contratual. 3. Agravo regimental não provido.* (Processo: AgRg no AREsp 486348 SC 2014/0054907-7, Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão, Julgamento: 08/05/2014, Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma, Publicação: DJe 22/05/2014)

> *PROCESSUAL CIVIL - DENUNCIAÇÃO À LIDE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DO DENUNCIADO - IMPOSSIBILIDADE. 1. Na denunciação à lide, se o denunciado comparece aos autos e atua como litisconsorte ativo do réu, obtendo ambos o êxito na demanda, é descabida a condenação em honorários advocatícios entre eles. Precedentes. 2. Recurso especial provido*. (Processo: REsp 1065437 MG 2008/0127478-4, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, Julgamento: 05/03/2009, Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma, Publicação: DJe 02/04/2009)

Feitas essas considerações, deve ser reformada a sentença para afastar a condenação da apelante/denunciada ao pagamento de honorários de sucumbência.

Em linhas gerais, os recursos devem ser conhecidos e parcialmente providos.

Nesses termos, quanto aos honorários recursais, entendo que não se aplica a regra contida no art. 85, § 11, do NCPC, norma introduzida no novel estatuto processual como forma de inibir apresentação de recursos infundados e até protelatórios, tendo em vista o parcial provimento do recurso de apelação interposto pela requerida.

Por todo o exposto, conheço de ambos os recursos e dou-lhes parcial provimento para o fim de afastar a indenização por danos morais na lide principal e a condenação em honorários advocatícios na denunciante da lide. Em consequência, condeno a parte autora no pagamento de 20 % das custas e honorários e a requerida em 80 %, restando mantidos os honorários em 15 % sobre o valor da condenação. Sem honorários recursais. Fica mantida a sentença nos demais termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 08 de agosto de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível I
Apelação n. 0817539-79.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANO MATERIAL E MORAL– PRELIMINAR DE INOVAÇÃO À LIDE ACOLHIDA – OFENSA À DIALETICIDADE AFASTADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – CONSTRUTORA DEVE ARCAR COM TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA APÓS O TÉRMINO DO PRAZO DE ENTREGA – DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo matérias não aventadas em primeiro grau de jurisdição, inaugurando-se os debates apenas em grau de recurso, ocorre flagrante inovação à lide e não merece conhecimento. A apelante sustenta o equívoco da sentença, trazendo elementos pelos quais entende que devem prevalecer os valores cobrados do apelado para aquisição do imóvel, bem como para afastar qualquer indenização. Logo, dialético o recurso, daí porque rejeita-se a preliminar. Sendo a empreendedora responsável pelo recolhimento de valores devidos à Caixa Econômica Federal, referentes à Taxa de Evolução de Obra, é esta parte legítima para o pedido de devolução dos respectivos valores, mormente quando o pedido se escora na mora da construtora para entrega do bem. Segundo orientação jurisprudencial, o pagamento da *"Taxa de Evolução de Obra"* é ônus do comprador, porém, verificada a mora injustificada da construtora, esse ônus não pode ser imputado a quem não concorreu para o atraso na entrega da obra. Em sendo assim, tem direito os compradores ao ressarcimento dos valores pagos a título de *"Taxa de Evolução de Obra"* no período posterior à data prevista para a entrega do imóvel. Na hipótese, embora tenha ocorrido atraso na entrega do imóvel adquirido na planta, tal fato por si só não gera a dor moral passível de indenização. Com efeito, o autor já locava o local que reside desde a compra do imóvel, ou seja, antes mesmo do prazo de entrega, consoante afirma na inicial, não tendo demonstrado outros transtornos que pudessem gerar indenização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão – Câmara Cível I – Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acatar a preliminar de inovação da lide, afastar as demais preliminares e conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de setembro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

MRV Prime Citylife Incorporações Spe Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, c/c repetição de indébito e dano moral e material, que lhe move Flávio Vasques de Freitas, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos. Sustenta

a regularidade da previsão de entrega do imóvel em 20 meses após a assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro, de forma que o prazo de entrega, já considerando os 180 dias de tolerância, encerrou-se em 20 de março de 2013. Alternativamente, aduz que eventual início da mora deve se dar a partir de 27/03/2013, findando-se na data de entrega das chaves em 31/03/2014. Entende ausente os danos materiais referentes às despesas com moradia, tendo em vista que os documentos apresentados não são suficientes meio de prova. Aduz que o apelado apresentou recibos unilaterais, os quais podem ser adquiridos em qualquer papelaria e preenchidos por qualquer pessoa. Afirma que o contrato de locação é documento unilateral, visto que sequer registrado em cartório.

Quanto ao pedido de devolução dos pagamentos a título de *"taxa de evolução de obra"*, entende ser parte ilegítima para responder, já que a responsável por sua cobrança é a Caixa Econômica Federal. Alternativamente, pugna pela improcedência desse pedido. Prossegue, alegando que o pagamento da *"taxa de assessoria"* e da *"taxa de administração de contrato"* é válido e legítimo, vez que expressamente convencionado, de forma clara e expressa. Por fim, entende inexistente danos morais na espécie, porquanto trata-se de mero descumprimento contratual. Alternativamente, defende exagerado e desproporcional o valor da indenização por danos morais, devendo se reduzido. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Em contrarrazões, a parte apelada arguiu preliminar de preclusão, inovação e ofensa ao princípio da dialeticidade, além de rechaçar os argumentos de mérito. Sobre as preliminares houve manifestação da apelante.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

MRV Prime Citylife Incorporações Spe Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, c/c repetição de indébito e dano moral e material, que lhe move Flávio Vasques de Freitas objetivando sua reforma.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos para o fim de declarar abusiva e nula a cláusula/item 5 do quadro resumo do contrato e a cláusula quinta do contrato particular de compra e venda; condenar as requeridas à devolução do valor referente à taxa de evolução de obra após março de 2012; condenar as requeridas a ressarcir ao autor a importância paga a título de taxa de assessoria no valor de R$ 480,00, taxa de administração no valor de R$ 30,00, tudo corrigido e com juros; condenar as requeridas no pagamento de danos materiais consubstanciados nos aluguéis mensais vencidos durante o atraso da obra (a partir de março de 2012) até a entrega efetiva das chaves e condenar a requerida ao pagamento de danos morais no valor de R$ 15.000,00. Julgou improcedente o pedido de declaração de abusividade da cláusula contratual que prevê a correção pelo INPC, bem como o pedido de estipulação de multa contratual em desfavor das requeridas.

Inconformada, a requerida MRV Prime Citylife Incorporações Spe Ltda recorre sustentando a regularidade da previsão de entrega do imóvel em 20 meses após a assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro, de forma que o prazo de entrega, já considerando os 180 dias de tolerância, encerrou-se em 20 de março de 2013. Alternativamente, aduz que eventual início da mora deve se dar a partir de 27/03/2013, findando-se na data de entrega das chaves em 31/03/2014. Entende ausente os danos materiais referente às despesas com moradia, tendo em vista que os documentos apresentados não são suficientes meio de prova. Quanto ao pedido de devolução dos pagamentos a título de *"taxa de evolução de obra"*, entende ser parte ilegítima para responder, já que a responsável por sua cobrança é a Caixa Econômica Federal. Alternativamente, pugna pela improcedência desse pedido. Prossegue, alegando que o pagamento

da *"taxa de assessoria"* e da "*taxa de administração de contrato"* é válido e legítimo, vez que expressamente convencionado, de forma clara e expressa. Por fim, entende inexistente danos morais na espécie, porquanto trata-se de mero descumprimento contratual. Alternativamente, defende exagerado e desproporcional o valor da indenização por danos morais, devendo ser reduzido. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Em contrarrazões, o apelado arguiu preliminarmente a preclusão, inovação e ofensa ao princípio da dialeticidade.

Pois bem.

Preliminar de inovação à lide

É de ser acolhida a preliminar de inovação à lide em relação aos seguintes argumentos recursais: a regularidade da previsão de entrega do imóvel em 20 meses após a assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro, de forma que o prazo de entrega, já considerando os 180 dias de tolerância, encerrou-se em 20 de março de 2013; alternativamente, aduz que eventual início da mora deve se dar a partir de 27/03/2013, findando-se na data de entrega das chaves em 31/03/2014; ausência dos danos materiais referente às despesas com moradia, tendo em vista que os documentos apresentados não são suficientes meio de prova, tendo o apelado apresentado recibos unilaterais, os quais podem ser adquiridos em qualquer papelaria e preenchidos por qualquer pessoa, além do que o contrato de locação é documento unilateral, visto que sequer registrado em Cartório; alegação de que o pagamento da *"taxa de assessoria"* e da *"taxa de administração de contrato"* é válido e legítimo, vez que expressamente convencionado, de forma clara e expressa.

Compulsando os autos, observa-se que referidas matérias não foram aventadas em primeiro grau de jurisdição, inaugurando-se os debates apenas em grau de recurso, o que representa flagrante inovação à lide e não merece conhecimento.

Nesse sentido:

> *CIVIL. PROCESSO CIVIL. PROTESTO DEVIDO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. INOVAÇÃO À LIDE. SENTENÇA MANTIDA. 1. SENDO DEMONSTRADA A LICITUDE DO PROTESTO REALIZADO PELO BANCO REQUERIDO INVIÁVEL SE MOSTRA A PRETENSÃO AUTORAL DE CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. 2. EM SEDE DE APELAÇÃO NÃO SE PODE INOVAR PROCESSUALMENTE COM TESES NÃO AVENTADAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, SOB PENA DE FLAGRANTE INOVAÇÃO À LIDE. 3. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA*. (Processo: APC 20130410135734 DF 0013274-96.2013.8.07.0004, Orgão Julgador: 1ª Turma Cível, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira Publicado no DJE : 31/07/2014 . Pág.: 68, Julgamento: 24 de Julho de 2014)

E ainda,

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM ARESP. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. ART. 7º DA LEI 9.527/1997. VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF. INOVAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. 1. O servidor aposentado tem direito à conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada e não contada em dobro, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública. 2. Não é possível em agravo regimental inovar a lide, invocando questão até então não suscitada. 3. Agravo regimental não provido.* (Processo: AgRg no AREsp 270708 RN 2012/0264374-9, Orgão Julgador: T2 - Segunda Turma, Relator: Ministra Eliana Calmon, Publicação: DJe 16/09/2013, Julgamento: 3 de Setembro de 2013)

Assim, deixo de conhecer desse tópico recursal.

Preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade

O art. 1.010, II, do CPC, ao impor ao recorrente o dever de expor os fatos e seu direito, guarda relação com o princípio da dialeticidade, inarredável ao regime jurídico recursal, consiste em serem apresentados nas razões recursais argumentos para reforma ou anulação da sentença, combatendo seus fundamentos.

Para Nelson Nery Júnior[1]: "*o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão",* assim como *"os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão"*.

Na hipótese, os argumentos recursais são suficientes para atacar os fundamentos em que se assentou a sentença, tendo em que vista que a apelante sustenta sua ilegitimidade para a devolução dos pagamentos a título de *"taxa de evolução de obra",* já que a responsável por sua cobrança é a Caixa Econômica Federal. Alternativamente, pugna pela improcedência desse pedido. Prossegue, alegando que o pagamento da *"taxa de assessoria"* e da *"taxa de administração de contrato"* é válido e legítimo, vez que expressamente convencionado, de forma clara e expressa. Por fim, entende inexistente danos morais na espécie, porquanto trata-se de mero descumprimento contratual. Alternativamente, defende exagerado e desproporcional o valor da indenização por danos morais, devendo ser reduzido.

Como visto, a apelante sustenta o equívoco da sentença, trazendo elementos pelos quais entende que devem prevalecer os valores cobrados do apelado para aquisição do imóvel, bem como para afastar qualquer indenização.

Logo, dialético o recurso, daí porque rejeito a preliminar.

Preliminar de ilegitimidade passiva

Quanto ao apelo, preliminarmente, a apelante sustenta que é parte ilegítima para responder ao pedido de devolução dos valores pagos a título de taxa de evolução da obra, pois está previsto no contrato de financiamento que a responsável pela cobrança é a Caixa Econômica Federal.

No que tange ao pagamento indevido da *"Taxa de Evolução de Obra"* entendo que a sentença merece ser mantida.

É cediço que a existência da *"Taxa de Evolução de Obra"* perfaz obrigação contratual do mutuário em razão do financiamento com instituição financeira, sendo devido durante o prazo previsto para a construção do empreendimento até a efetiva entrega, como na hipótese versada, onde o imóvel foi adquirido com pagamento através de financiamento bancário.

Segundo orientação jurisprudencial o pagamento da *"Taxa de Evolução de Obra"* é ônus do comprador, porém, verificada a mora injustificada da construtora, esse ônus não pode ser imputado a quem não concorreu para o atraso na entrega da obra. Em sendo assim, tem direito os compradores ao ressarcimento dos valores pagos a título de *"Taxa de Evolução de Obra"* no período posterior à data prevista para a entrega do imóvel.

Oportuno trazer a lume alguns julgados sobre a matéria:

> *OBRIGAÇÃO DE FAZER - ATRASO NA ENTREGA DA OBRA - CLÁUSULA PENAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA/ INCC - DANO MORAL A cláusula penal estipula, previamente, o montante da reparação por perdas e danos, caso uma das partes descumpra o contrato. Havendo previsão de*

1 Nelson Nery Júnior, **"Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos",** 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

cláusula penal, incabível a indenização a título de danos materiais, decorrentes de gastos com aluguéis, sob pena de se configurar bis in idem. ***Constatada a mora injustificada da construtora, o ônus quanto ao pagamento de taxa de evolução da obra, ou reajuste pelo INCC, não pode ser imputado aos promitentes compradores que não concorreram para o atraso na entrega da obra.*** *Entendo que deve ser mantida condenação ao pagamento de indenização por danos morais, já que a situação ocorrida não pode ser enquadrada como mero aborrecimento ou dissabor. "Não se verifica a ocorrência do dano moral, posto que o descumprimento de contrato de compra e venda não caracteriza a ofensa aos sentimentos, honra ou dignidade do comprador, por estar assegurado o direito de ação de rescisão do contratual, e não estarem demonstradas repercussões negativas na sua vida". "O ressarcimento dos aluguéis e o pagamento da multa pactuada não implica bis in idem, uma vez que a mencionada multa tem natureza compensatória, ou seja, visa compensar o tempo em que os apelantes não puderam usufruir do imóvel como era de seu direito, ao passo que pagamento dos aluguéis diz respeito às despesas que os recorrentes tiveram diante da mora da construtora. O atraso na entrega do imóvel enseja lesão a direito de personalidade do comprador. A indenização por danos morais deve ser fixada com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.(v.v.).* (TJ-MG - AC: 10145130196754001 MG , Relator: Evangelina Castilho Duarte, Data de Julgamento: 13/02/2014, Câmaras Cíveis / 14ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/02/2014).

RECURSO INOMINADO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA - POSSIBILIDADE - LEGALIDADE RECONHECIDA - LUCROS CESSANTES - COMPROVADOS E DEVIDOS - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM MANTIDO (R$10.000,00) - RESTITUIÇÃO DA TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA - DEVIDA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Recurso conhecido e parcialmente provido. Ante o exposto, esta Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, nos exatos termos deste voto.. (TJ-PR - RI: 00203151620138160182 0 PR 0020315-16.2013.8.16.0182/0 (Acórdão), Relator: Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso, Data de Julgamento: 21/10/2014, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 23/10/2014).

Diante disso, sendo a empreendedora responsável pelo recolhimento de valores devidos à Caixa Econômica Federal, referentes à taxa de evolução de obra, é ela parte legítima para o pedido de devolução dos respectivos valores, mormente quando o pedido se escora na mora da construtora para entrega do bem respectivo.

A sentença, então, não merece reforma neste ponto, pois a apelante possui legitimidade para responder pelo ressarcimento da despesa que a parte autora teve devido sua culpa.

Com isso, fica afastada a preliminar arguida nesse sentido.

No que diz respeito à condenação ao pagamento de danos morais, defende a apelante que inexistente danos morais na espécie, porquanto trata-se de mero descumprimento contratual. Alternativamente, defende exagerado e desproporcional o valor da indenização por danos morais, devendo se reduzido.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido de indenização por danos morais por entender que a frustração é importante e referente a um dos aspectos mais relevantes da vida, qual seja, a própria moradia, a qual indevidamente subtraída quanto ao seu uso por aquele que tem direito a ela.

Discordo desse entendimento, pois na hipótese, embora tenha ocorrido o atraso na entrega do imóvel adquirido na planta, tal fato por si só não gera a dor moral passível de indenização. Com efeito, o autor já locava o local que reside desde a compra do imóvel, ou seja, antes mesmo do prazo de entrega, consoante afirma na inicial (f. 23), não tendo demonstrado outros transtornos que pudessem gerar indenização.

De outro vértice, o inadimplemento contratual gerou a aplicação de multa às vendedoras prevista contratualmente para este fim, além do ressarcimento dos encargos indevidamente cobrados no período de atraso. Consequentemente, ainda que o apelado tenha suportado dissabores em razão do inadimplemento contratual, tais fatos por si só não geram indenização de cunho moral. Sobre os fatos que não caracterizam o dano moral e o dever de indenizar, comenta Antônio Jeová Santos[2]:

> *O mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrente de alguma circunstância, como exemplificados aqui, e que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em sociedade, não servem para que sejam concedidas indenizações.*

Este Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da matéria:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LEILÃO EXTRAJUDICIAL – IMÓVEIS QUE NÃO ESTAVAM EM CONDIÇÕES DE SE TOMAR POSE – DISTRATO DA ARREMATAÇÃO FORMULADO AMIGAVELMENTE ENTRE AS PARTES – INEXECUÇÃO DO CONTRATO – DANO MORAL AFASTADO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Precedentes do STJ. I - **Não havendo prova de que o inadimplemento contratual ocasionou à parte lesão além dos dissabores de um negócio frustrado, merece ser afastado o dano moral fixado em sentença**. Sentença parcialmente reformada. II - Por consequência do julgamento, impõe-se retificar a sentença na parte em que estipulou os ônus sucumbenciais, para, diante da sucumbência recíproca, redistribuir entre os sucumbentes o dever de pagamento tanto das despesas processuais quanto da verba honorária, admitida a compensação conforme Súmula 306 do STJ.* (Apelação Cível 0052057-02.2011.8.12.0001 Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível. J. 13/05/2014) destaquei.

E ainda, segundo o STJ, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Nesse sentido:

> *CIVIL. DANO MORAL. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido.* (REsp 201.414/PA, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20/06/2000, DJ 05/02/2001, p. 100).

Oportuna ainda a lição de Arnaldo Rizzardo[3] sobre o dano moral:

> *(...) o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual,*

2 **Dano moral indenizável**. 3ª edição. São Paulo: editora Método, 2001.

3 *In* **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246.

> *a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, 'os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito', que 'devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc.*

À luz destas considerações, não sendo possível a identificação da dor moral e angústia a partir do fato descrito nos autos, a não ser mero dissabor, devido descumprimento contratual, entendo que a sentença deve ser reformada para afastar a condenação ao pagamento de danos morais.

Pelo todo exposto, conheço em parte do recurso de apelação e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento para o fim de reformar a sentença no sentido de afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Por consequência, redistribuo o ônus da sucumbência, devendo o autor arcar com 20 % das custas e honorários fixados na sentença e as requeridas com os 80 % restantes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acataram a preliminar de inovação da lide, afastaram as demais preliminares e conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 14 de setembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Remessa Necessária n. 0844107-64.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – VISTORIA VEICULAR – TRANSPORTE DE ESCOLARES – CONDICIONAMENTO AO REGISTRO E EMPLACAMENTO NO ESTADO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – DETERMINAÇÃO DE TRANSPORTE DE KIT DE PRIMEIROS SOCORROS – REVOGAÇÃO DO ART. 112 DO CTB PELA LEI 9.792/99 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – LICENÇA DE FUNCIONAMENTO – EXISTENTE – MULTA COMINATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – VALOR E LIMITAÇÃO RAZOÁVEIS – MANTIDA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE CONCESSÃO DA SEGURANÇA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

Não existe qualquer exigência legal acerca do registro e emplacamento do veículo no mesmo ente federativo em que se pretende realizar o transporte de escolares. Desta feita, tal obrigação continua regulada pela previsão genérica contida no art. 120, do Código de Trânsito Brasileiro, que faculta o registro no órgão executivo de trânsito no município de domicílio ou residência de seu proprietário. Com a revogação do art. 112 do CTB pela Lei 9.792/99, não há qualquer norma que imponha a obrigação de transporte de *kit* de primeiros socorros em veículos automotores, sendo, portanto, também ilegítima essa condição imposta pelo impetrado para a aprovação das vistorias realizadas. Demonstrado que a impetrante possui licença para o transporte de passageiros no município em que atua, inviável se falar em obstáculo à autorização de circulação de veículos de transporte escolar de sua propriedade. É possível a imposição de multa cominatória à Fazenda Pública, atendendo-se aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Remessa necessária conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande submete a remessa necessária a sentença proferida nos autos de Mandado de Segurança que Crisp Transporte e Turismo Ltda impetrou contra ato do Diretor Presidente do DETRAN/MS, na qual concedeu-se a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir que os veículos de propriedade da impetrante

sejam registrados e emplacados em Mato Grosso do Sul e realize a vistoria nos veículos de propriedade desta, abstendo-se de exigir a presença de *"kit de primeiros socorros"* nos veículos de transporte escolar.

O impetrado não recorreu da sentença. O procurador de justiça exarou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso obrigatório.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Crisp Transporte e Turismo Ltda contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS, que condicionou a realização de vistoria em veículos automotores destinados ao transporte escolar, determinando a transferência do registro destes do Estado de São Paulo para esta unidade da federação, bem como reprovou alguns ônibus em razão da inexistência de kits de primeiros socorros e ausência de alvará para realização de transporte escolar no município de Três Lagoas.

O impetrante aduziu que possui e apresentou o alvará de licença e funcionamento fornecido pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas, e que as demais exigências não possuem previsão legal ou regulamentar, impedindo a atuação do interessado que venceu a licitação municipal.

A liminar pleiteada foi deferida para o fim de determinar que:

> *(...) a autoridade coatora, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, sob pena de multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), esta limitada, inicialmente, em 30 (trinta) dias-multa: 1) se abstenha de exigir que os veículos de propriedade da Impetrante sejam registrados e emplacados em Mato Grosso do Sul; 2) realize vistoria nos veículos de propriedade da Impetrante (art. 136, II, do CTB) e, caso cumpridas todas as exigências legais, notadamente as dos arts. 136 e 137 do CTB, expeça o respectivo documento que autorize a circulação para o transporte escolar; 3) se abstenha de exigir a presença de "kit de primeiros socorros" nos veículos de transporte escolar, quando da realização de vistoria.*

Prestadas as informações (f. 72/77) fora proferida sentença de concessão da segurança, sendo submetida pelo juízo *a quo* à remessa necessária. O impetrado não recorreu da sentença e o procurador de justiça exarou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso obrigatório.

A sentença deve, de fato, ser mantida.

Como é cediço, o Estado brasileiro encontra-se edificado sobre diversos princípios jurídicos estruturantes, destacando-se, entre estes, o princípio da legalidade, positivado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por conseguinte, não podem os administradores exigirem qualquer ação, ou impor qualquer abstenção, senão quando amparados por lei.

No caso em análise, a lei regente (Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro) estabelece que:

> *Art. 136. Os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares somente poderão circular nas vias com autorização emitida pelo órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, exigindo-se, para tanto:*
>
> *I – registro como veículo de passageiros;*

II – inspeção semestral para verificação dos equipamentos obrigatórios e de segurança;

III – pintura de faixa horizontal na cor amarela, com quarenta centímetros de largura, à meia altura, em toda a extensão das partes laterais e traseira da carroçaria, com o dístico ESCOLAR, em preto, sendo que, em caso de veículo de carroçaria pintada na cor amarela, as cores aqui indicadas devem ser invertidas

IV – equipamento registrados instantâneo inalterável de velocidade e tempo;

V – lanternas de luz branca, fosca ou amarela dispostas nas extremidades da parte superior dianteira e lanternas de luz vermelha dispostas na extremidade superior da parte traseira;

VI – cintos de segurança em número igual à lotação;

VII – outros requisitos e equipamentos obrigatórios estabelecidos pelo CONTRAN.

Art. 137. A autorização a que se refere o artigo anterior deverá ser afixada na parte interna do veículo, em local visível, com inscrição da lotação permitida, sendo vedada a condução de escolares em número superior à capacidade estabelecida pelo fabricante.

(...)

Art. 139. O disposto neste Capítulo não exclui a competência municipal de aplicar as exigências previstas em seus regulamentos, para o transporte de escolares.

Verifica-se, assim, que não existe qualquer exigência acerca do registro e emplacamento do veículo no mesmo ente federativo em que se pretende realizar o transporte de escolares. Diante disso, tal obrigação continua regulada pela previsão genérica contida no art. 120, do Código de Trânsito Brasileiro, que faculta o registro no órgão executivo de trânsito no município de domicílio ou residência de seu proprietário. Assim, e sendo certo que a sociedade empresária possui domicílio na cidade de Luiz Antônio, Estado de São Paulo (f. 17), mostra-se ilegal a imposição de obrigação de registro e emplacamento de seus veículos nesta unidade da federação como condicionante ao exercício de sua atividade.

Na mesma esteira, têm-se que a Lei 9.792/99 revogou o artigo 112 do CTB, que previa a obrigatoriedade de conjunto de primeiros socorros nos veículos, não havendo, atualmente, qualquer norma que imponha tal obrigação em relação a qualquer espécie de veículo automotor, sendo, portanto, também ilegítima essa condição imposta pelo impetrado para a aprovação das vistorias realizadas.

Por fim, em que pese a informação do impetrado de que a interessada não possui a devida autorização para funcionamento, tal alegação resta afastada pelo documento de f. 34, que informa a existência de alvará de licença para localização e funcionamento do serviço de transporte de passageiros. Assim, para além de se tratar de matéria estranha às vistorias veiculares de competência do órgão de trânsito, foi demonstrada a autorização para atuação na área pretendida, fato este corroborado pela adjudicação ao impetrante da concessão pública, após regular processo de licitação (f. 23/33).

Com relação à multa cominatória, entendo ser a mesma cabível, pois quando a Constituição Federal assegura a todos o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), não se restringe à garantir o direito de ação, porque esse direito (de acesso à Justiça) é bem mais abrangente, significando o próprio direito à pacificação social, objetivo último da tutela jurisdicional. Vale dizer, todos têm o direito de ver seus conflitos solucionados. Para tanto, Cândido Rangel Dinamarco revela a necessidade da tutela jurisdicional atender ao trinômio qualidade-tempestividade-efetividade.

E pondera o renomado processualista:

> *Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica. (...) Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. (...) As reformas do Código de Processo Civil, processadas especialmente mediante leis aprovadas a partir do ano de 1994, foram uma resposta a muitos dos reclamos da doutrina e da população por um sistema processual mais eficiente e capaz de atender ao trinômio qualidade-tempestividade-efetividade. (...) Para a efetividade da tutela, particularmente no campo angustioso das obrigações de fazer ou de não-fazer, municiaram o juiz com poderes eficientíssimos a serem exercidos ainda no processo de conhecimento e com dispensa da formal instauração de uma execução forçada (art. 461*). (**Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, 6ª ed., Malheiros, 2009, p. 117-119)

Por outro lado, o art. 497 do CPC, traz a seguinte redação:

> *(...) Na ação que tenha por objeto a prestação de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.*

Ainda, de acordo com o art. 536, § 1º:

> *Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa , a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.*

Já o art. 537 do CPC complementa:

> *A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e se que determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.*
>
> *§ 1º. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:*
>
> *I – se tornou insuficiente ou excessiva;*
>
> *II – o obrigado demonstrou o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.*

Assim, atendendo aos reclamos da sociedade, bem como da comunidade jurídica, o legislador municiou o julgador com ampla gama de poderes para conferir efetividade à tutela jurisdicional, dentre os quais a possibilidade de fixação de multa, inclusive *ex officio*. Não bastasse a previsão legal autorizando a cominação, o caráter provisório da multa permite ao julgador adequar valores eventualmente exagerados ou irrisórios a patamares mais adequados à realidade dos autos peculiaridades das partes, reduzindo-a ou majorando-a.

Marta Helena Baptista da Silva Jung dissertou sobre o tema em artigo publicado no sítio da rede mundial de computadores do professor e advogado Ovídio Baptista:

> *(...) O tema que tem ocupado a doutrina brasileira se refere a natureza jurídica das astreintes e seu caráter acessório. Embora a multa cominatória seja de natureza reconhecidamente coercitiva, quanto à sua acessoriedade, a doutrina vem entendendo que por se tratar de medida assecuratória, esta só poderá ser exigível após o trânsito em julgado da sentença que tenha resultado desfavorável a quem fora imposta a multa ou em caso de sentença pendente de recurso recebido somente no efeito devolutivo, quando se poderá executá-la provisoriamente, sob pena de o vencedor no processo, ser obrigado ao pagamento do valor da multa, promovendo o enriquecimento sem causa da parte sucumbente. Divergindo deste posicionamento, entendemos que a acessoriedade está limitada apenas pela sua classificação como medida de coerção para atingir determinado fim, qual seja, pressionar o demandado a cumprir determinação judicial. Efetivamente, não se trata de enriquecimento ilícito, uma vez que a multa cominatória não tem natureza reparatória nem caracteriza contraprestação de obrigação. A tese esposada tem amparo na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça do RS, que ao manifestar-se sobre a questão, assim se pronunciou: (...)* ***A obrigação de fazer ou não fazer fixada em compromisso de ajustamento, caso não adimplida, enseja execução especifica, sem prejuízo da multa estabelecida no titulo, que pode ser cobrada pela via da execução por quantia certa. Não ha limite para a fixação da multa, e sua fixação deve ser em valor elevado, para que iniba o devedor com intenção de descumprir a obrigação. O objetivo precípuo das "astreintes" e compelir o devedor a cumprir a obrigação e sensibiliza-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a pena pecuniária. Nesse sentido, a ilimitacão da multa nada tem a ver com enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório.*** (http://www.baptistadasilva.com.br/artigos007.Htm, acessado em 24 de novembro de 2009) [destaque no original].

Esse raciocínio aplica-se também, e com mais razão, às hipóteses em que a Fazenda Pública figura como parte devedora, situação da qual poderão advir inúmeras consequências, a exemplo da responsabilização pessoal da autoridade competente pelo prejuízo causado aos cofres públicos em decorrência do pagamento de multa, como parece ser o caso em hipótese.

Noutro vértice, quanto ao valor de R$ 200,00 por dia, também entendo razoável, pois nesse ponto cumpre assinalar que o artigo 537 do CPC, já transcrito, evidencia a intenção do legislador, qual seja, a de prover o juiz de meios idôneos a compelir o devedor faltoso a adimplir satisfatoriamente a obrigação à qual se comprometeu. Assim, a multa diária, ou *astreinte* do direito francês, tem por intuito impor um dilema ao devedor: ou cumprir a obrigação, ou sofrer as conseqüências do agravamento de sua situação patrimonial, mediante a imposição de pena pecuniária por dia de atraso. Nesse sentido, explica-a o ilustre Cândido Rangel Dinamarco, como uma execução indireta, medida disposta abstratamente, visando agravar a pressão psicológica incidente sobre a vontade do devedor (*apud* Montenegro Filho, Misael. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 404, nota 232).

À vista disso, infere-se, agora com respaldo no magistério de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que *"o valor da multa 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"*. (destaquei), (Código de Processo Civil Comentado: e Legislação Extravagante. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, art. 461, nota 16, pp. 782 e 783).

Alinhadas essas considerações, chega-se à conclusão de que qualquer que seja o valor arbitrado pelo juiz, na hipótese das *astreintes*, a razão de ser do montante fixado está justamente na lei, a qual encerra em si o escopo inibitório e sancionatório da multa. Assim, como o objetivo da multa não é ressarcir, vale-se o

juiz do fundamento legal para impor a medida, já que, aliás, o único critério a ser seguido pelo julgador é o de não impor ao réu multa incapaz de atender ao objetivo pretendido: constranger o devedor a pagar, ao revés de sofrer os males de sua recalcitrância.

Com isso, diante das peculiaridades do caso, tais como a necessidade e imprescindibilidade da vistoria para que se permita o exercício de atividade que constitui serviço público indispensável (transporte escolar), entendo que não existem motivos para a alteração da multa imposta pelo juízo *a quo*, mormente quando esta foi devidamente limitada ao prazo de trinta dias.

Diante do exposto, conheço da remessa necessária e nego-lhe provimento, mantendo a sentença de concessão da segurança em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0052257-09.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSOLIDADAS NA VIGÊNCIA DA NORMA PROCESSUAL REVOGADA QUE IMPÕEM SUA APLICAÇÃO (ART. 14 DO NCPC) – PRELIMINAR DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/73 – NÃO OCORRÊNCIA – REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA – QUEDA NAS VENDAS QUE NÃO REPRESENTA DESÍDIA DO REPRESENTANTE – VERBA INDENIZATÓRIA PREVISTA NA LEI 4.886/65 DEVIDA – CONTRATO VERBAL – EXCLUSIVIDADE DE REPRESENTAÇÃO DURANTE 19 ANOS EVIDENCIADA PELAS PROVAS CARREADAS – CONCESSÃO DE PRAZO EXÍGUO PARA O ENCERRAMENTO DA REPRESENTAÇÃO – PREJUÍZOS EVIDENTES – LUCROS CESSANTES QUE MERECEM SER RESSARCIDOS – DANOS EMERGENTES CARACTERIZADOS – INVESTIMENTO E DESPESAS ASSUMIDAS PELA REPRESENTANTE PARA AMPLIAÇÃO DE ESTRUTURA FÍSICA, DIVULGAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS DA REPRESENTADA – DANO MORAL – INOCORRÊNCIA – READEQUAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL DE OFÍCIO – LEGALIDADE – ART. 20 DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Se as situações jurídicas foram plenamente consolidadas na vigência da norma processual revogada, impõe-se a análise do caso *sub judice*, segundo o Código de Processo Civil de 1973, conforme dicção do art. 14 do NCPC.

Observo inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise da sentença recorrida, não estando presente os vícios autorizadores da reforma, mas tão somente a irresignação da recorrente com o que restou decidido.

O simples fato de se verificar a queda nas vendas, por si só, não basta para configurar desídia da representante. Rescindido imotivadamente o contrato pela representada, esta arca com indenização prevista na alínea *"j"* do art. 27 da Lei 4.886/65.

As provas testemunhais e documentais produzidas pela recorrente apenas confirmam que a empresa era representante exclusiva da recorrida no Estado, fato este que, juntamente com as demais provas produzidas, inclusive pela própria testemunha da apelada, demonstram que havia sim a exclusividade da venda e distribuição de baterias pela apelante.

Restou inequivocamente comprovado que a denúncia imotivada da avença por parte da representada causou graves prejuízos à representante, em razão da surpresa e da exiguidade do prazo concedido.

Evidente que a ruptura da relação de forma abrupta e imotivada (ato ilícito) representou grave diminuição dos lucros auferidos pela apelante, que teve o prazo exíguo de noventa dias para comercializar as baterias que vendia de forma exclusiva durante dezenove anos, motivo pelo qual a sentença merece reforma para condenação da recorrida a indenizar os lucros cessantes.

Evidenciado o nexo causal entre o ato ilícito da recorrida e os danos experimentados pela apelante, exsurge a responsabilidade de indenizar os danos emergentes, mormente em razão dos investimentos e despesas assumidas pela representante para ampliação da estrutura física, divulgação e comercialização dos produtos da representada, sendo surpreendida pela denúncia imotivada do contrato, sendo que três dias antes havia comprado grande quantidade de produto da fábrica.

Inobstante a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais, ausente prova que aponte o descrédito da empresa recorrente em razão de algum ato imputável à apelada, não há que se falar em dano moral pela rescisão contratual, ainda que imotivada e permeada pela deslealdade, como *in casu*, vez que a rescisão apenas lhe causou prejuízos materiais que já foram devidamente apreciados anteriormente.

Alterada a condenação em segunda instância, com a procedência de praticamente todos os pedidos iniciais, cabível o novo equacionamento da sucumbência, o que se dá de ofício, como natural consequência da decisão, sem necessidade de pedido expresso da apelante. Precedentes do STJ.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Santinoni e Santinoni Ltda. - ME, inconformada com a r. sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais nº 0052257-09.2011.8.12.0001, ajuizada em desfavor de Acumuladores Moura S/A, interpõe a presente apelação (fls. 578-608) a este Tribunal.

Alega a apelante preliminarmente, a violação ao art. 535 do CPC/73, vez que a magistrada de piso não teria conhecido do recurso de embargos de declaração oposto em face da r. sentença guerreada.

Os aclaratórios tinham como objetivo a manifestação do juiz de primeiro grau para esclarecer a decisão que reconhece que a apelada exigia o cumprimento de metas e que o apelante era o distribuidor no Estado, dos produtos da apelada, porém ao final nega reconhecer a existência de contrato de distribuição com exclusividade entre as partes, bem como a ruptura unilateral imotivada do mesmo.

No mérito sustenta que as partes entabularam contrato verbal de exclusividade de distribuição de baterias no ano de 1992, através do qual a apelante, tornou-se representante e distribuidora exclusiva dos produtos da apelada no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, contrato este que era por prazo indeterminado.

Afirma que sempre foi exigido da empresa recorrente um conjunto de medidas, tais como obrigatoriedade do uso de uniformes com logotipo da marca *"Moura"*, pinturas em depósitos, painéis e prédios, colocação de faixas, cartazes e placas da marca, investimentos em *marketing*, ampliação de suas instalações e da estrutura funcional, metas de atuação quanto a introdução e manutenção dos produtos no comércio, asseverando que sempre estava presente a supervisão e o controle de vendas da apelada.

Todavia, a apelada, sem justa causa, por exclusiva vontade, de forma unilateral, resolveu denunciar o contrato no mês de fevereiro do ano de 2011, através de notificação, na qual comunicou que o ajuste seria rescindido no prazo de 90 dias, contados do recebimento da notificação.

Sustenta que a representante não descumpriu qualquer cláusula do contrato para dar azo à rescisão. Outrossim, não teria se caracterizado qualquer das hipóteses previstas no art. 35, da Lei nº 4.886/65.

Por tais razões sustenta o dever de indenizar da apelada, vez que teria praticado ato ilícito consubstanciado na rescisão do contrato de distribuição sem justa causa, configurando a necessidade da reparação pelas perdas e danos e lucros cessantes.

Assevera que é devida a indenização prevista no art. 27, alínea j, da Lei nº 4.886/65, visto que evidenciada a injusta rescisão, somada ao fato de não haver prova concreta da alegada motivação para a rescisão do contrato.

Quanto aos lucros cessantes, pugna pela condenação da apelada em valor que deverá ser apurado em procedimento de liquidação de sentença, tendo-se por base o faturamento líquido de atividade da empresa apelante nos últimos doze meses antes da rescisão, que deverão ser projetados proporcionalmente ao aviso prévio concedido para a rescisão do pacto.

Outrossim, afirma que os danos emergentes sofridos pela apelante, se consubstanciam também nos empréstimos realizados junto ao Banco do Brasil e que ainda não foram quitados, vez que seriam quitados com o lucro proveniente da atividade da empresa.

Sustenta que tais gastos foram feitos para a consecução do contrato de representação, traduzindo-se em investimentos na instalação física (reforma/construção de barracão) e aquisição de maquinário e equipamentos.

Por fim, assevera que sofreu mácula caracterizadora de dano moral que deve ser reparada, pois a pessoa jurídica suportou prejuízos em seu âmbito objetivo, pertinente a sua imagem no meio negocial da região e abalo na própria continuidade de atuação no mercado, visto que perdeu negócios e teve sua clientela diminuída significativamente.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso de apelação para o fim de reformar a sentença de piso, julgando procedentes todos os pedidos iniciais, bem como invertendo-se a verba sucumbencial.

Instada a se manifestar, a apelada apresentou contrarrazões às fls. 616-620, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau *in totum*.

VOTO (EM 18/07/2017)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Santinoni e Santinoni Ltda. - ME, nos autos da ação de indenização por danos e morais nº 0052257-09.2011.8.12.0001, ajuizada em desfavor de Acumuladores Moura S/A, em que o juízo *a quo,* na sentença de fls. 541-562, julgou parcialmente procedentes os pedidos feitos em sede inicial.

Da aplicação da lei processual

Conforme se denota do processo todos os atos que ensejaram o presente recurso de apelação, como por exemplo, a sentença, a publicação e o próprio recurso foram praticados na vigência do Código de Processo Civil anterior, neste sentido, a situação em apreço deve ser analisada sob a ótica da legislação processual revogada.

Ou seja, todas as situações jurídicas que originaram o apelo foram consolidadas na vigência do Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual, no presente caso, deve ser utilizado o entendimento exarado no dispositivo inserto no artigo 14[1] do Novo Código de Processo Civil, onde os atos praticados sob a vigência da norma processual revogada devem ser respeitados sob aquela égide.

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do CPC revogado, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho[2]:

> *Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões, sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data. (...) A pergunta que fica é: - Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição? A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data de sua existência. Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em 18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso.*

Na hipótese dos autos, a sentença foi publicada em 27.10.2015, complementada em 09.12.2015 e o recurso foi interposto em 22.01.2016, de modo que se aplicam as disposições do CPC/1973.

Da preliminar de violação ao art. 535 do CPC/73

Alega a apelante preliminarmente, a violação ao art. 535 do CPC/73, vez que a magistrada de piso não teria conhecido do recurso de embargos de declaração oposto em face da r. sentença guerreada.

Os aclaratórios tinham como objetivo a manifestação do juiz de primeiro grau para esclarecer a decisão que reconhece que a apelada exigia o cumprimento de metas e que o apelante era o distribuidor no Estado, dos produtos da apelada, porém ao final nega reconhecer a existência de contrato de distribuição com exclusividade entre as partes, bem como a ruptura unilateral imotivada do mesmo.

Não obstante o esforço contido nas razões recursais, não prospera a pretensão de nulidade da decisão prolatada.

1 Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

2 GOMES FILHO, David de Oliveira. Aplicação da Lei no tempo – CPC 2015. **Revista Trimestral de Jurisprudência TJMS** n. 198. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016.

Observo inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional de primeira instância foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise da sentença invectivada.

Em verdade, a recorrente pretendeu pela estreita via dos aclaratórios a reforma do *decisum,* o que não se admite, vez que referido recurso apenas serve para sanar omissão, obscuridade ou contradição existente na decisão judicial.

Ademais, contrariamente ao que entendeu a apelante, a juíza de piso conheceu dos embargos de declaração opostos, todavia, não os acolheu, uma vez que entendeu não haver nenhum dos vícios apontados em sua decisão.

Na verdade, a questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso no *decisum*.

É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Destarte, havendo na sentença farta fundamentação sobre os pontos pelos quais a magistrada entendeu que não assistia razão à autora recorrente, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Da representação comercial e da rescisão imotivada

Inicialmente, cumpre salientar que a existência do contrato verbal de representação entre as partes é fato incontroverso, mormente pelo fato da existência da denúncia do contrato anexada às fls. 23, onde a própria representada afirma que a denunciação do contrato tinha por fundamento o não cumprimento das metas de vendas.

Aliás, sobre a possibilidade de o contrato de representação ser pactuado sob a forma verbal, sedimentou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em prol da possibilidade da representação comercial ser pactuada por meio de contrato verbal (a conferir: STJ, Terceira Turma, REsp nº 846.543/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011).

Do precedente acima citado, colho os seguintes fundamentos contidos no voto do eminente relator:

> *A prática comercial tem evidenciado que os contratos de representação comercial ou de distribuição mercantil têm sido normalmente celebrados verbalmente, com esparsos documentos escritos produzidos ao longo de sua execução, dificultando a reconstrução de suas cláusulas contratuais quando ocorra litígio entre os contratantes.*
>
> *Assim, muito embora o enunciado normativo do art. 27 da Lei 4.886/65, alterado pela Lei 8.420/92, enumere os elementos obrigatórios que devem constar do contrato de representação comercial quando realizado por escrito, não há dispositivo legal tampouco entendimento jurisprudencial que imponha uma determinada forma, vedando a celebração de ajuste verbal entre as partes.*
>
> *Com isso, em se tratando de contrato celebrado verbalmente, admite-se a comprovação das cláusulas pactuadas entre as partes contratantes por todos os meios em direito admitidos, tal como autoriza o art. 212 do CC/02, combinado com os artigos 400 e segs. do CPC.*

Portanto, restou comprovado pela apelante, com o documento supracitado, bem como pelas demais provas anexadas (depoimentos testemunhais de fls. 398-399; 399-400 a existência de contrato de representação comercial entre a empresa requerente e a empresa requerida, tendo tal contrato sido rescindido pela empresa representada.

Nesta seara, a ausência de contrato formal, subscrito pelos representantes de ambas as partes, não poderia ser considerado óbice ao reconhecimento do direito da ora apelante à indenização pretendida por força do rompimento do vínculo comercial então existente.

Destarte, cabe analisar se referida rescisão foi ou não motivada, colhendo-se daí os desdobramentos jurídicos inerentes ao caso.

Pois bem, assiste razão ao apelante quando sustenta que a rescisão contratual foi imotivada.

Cabe ressaltar que - para que se verifique a responsabilidade da apelada indenizar os prejuízos sustentados pela apelante, ao menos em um primeiro momento – independe saber se a representação se dava em caráter de exclusividade ou não, bastando a identificação de que o contrato era por prazo indeterminado (fato incontroverso confessado às fls. 23) e se a denúncia fora imotivada ou não.

Segundo a lição doe Arnaldo Rizzardo, o art. 35 da lei especial estabelece como motivos justos para que o proponente ou representado promova a resolução os seguintes: a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato; a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado; falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial; a condenação definitiva por crime considerado infamante; força maior.

> *(...) Não sendo justa a causa para a resolução, se proveniente do proponente ou representado, dá ensejo ao representante ou agente reclamar a indenização, como se fora imotivamente dispensado, de acordo com o art. 27, letra 'j' e § 1º da Lei nº 4.886, na versão da Lei nº 8.420. (*RIZZARDO, Arnaldo. *In* Contratos. Rio de Janeiro, ed. Forense, 13ª ed., 2013, p. 736-737).

O argumento de adulteração de baterias é tão absurdo que sequer merece debate, uma vez que as fotos anexadas, por ser um plano em duas dimensões, evidentemente dão a impressão de que a bateria que está posicionada no plano mais próximo do fotógrafo seria maior que a que está posicionada mais distante, ainda que seja menor, se tratando apenas de uma questão de ótica.

Assim, não havendo justo motivo para que houvesse a rescisão contratual, tampouco previsão expressa com a possibilidade de denúncia imotivada pelas partes, vez que se tratava de contrato verbal e não houve qualquer comprovação neste sentido pela recorrida, não há que se falar que a queda nas vendas ou descumprimento de metas de vendas seria motivação que justificasse a rescisão da representação comercial.

Portanto, ainda que houvesse prova nos autos que corroborasse a alegação da apelada de que a representante não havia atingido as metas de vendas, tal fato se afigura insuficiente para justificar a denúncia do contrato, motivo pelo qual exsurge o direito da recorrente em ser indenizada pela rescisão injustificada.

Noutro norte não poderia decidir a jurisprudência pátria, senão vejamos:

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. RESCISÃO UNILATERAL, SEM JUSTO MOTIVO, DE CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. VERBAS DEVIDAS A TÍTULO INDENIZATÓRIO. LEI FEDERAL N.º 4.886, DE 09 DE DEZEMBRO DE 1965. PREQUESTIONAMENTO.*
>
> *Nada obstante a revelia importe em presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor da demanda (Código de Processo Civil, artigo 319), é preciso ressaltar que essa presunção é apenas relativa e não determina, necessariamente, a procedência de*

todos os pedidos formulados na petição inicial. Conquanto não se disponha de cópia do instrumento contratual relativo à primeira relação interpartes (sobre o qual não mais se discute em sede recursal), o documento anexado à petição inicial demonstra que a parte demandante recebeu quantia quando do fim do primeiro contrato de representação comercial, dando quitação à parte demandada da indenização que era devida por causa da rescisão unilateral e sem justo motivo. Essa indenização, a propósito da qual houve quitação, abarca a indenização prevista no artigo 27, alínea j, da Lei Federal n.º 4.886, de 09 de dezembro de 1965 (que "regula as atividades dos representantes comerciais autônomos"), mas não a concernente à não concessão de aviso prévio (artigo 34), a respeito de cujo pagamento o juízo de origem corretamente condenou a parte demandada. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70057223885, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 27/03/2014).

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. REJEIÇÃO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. PARÂMETROS DA LEI 4.886/65. APLICABILIDADE. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. BAIXO DESEMPENHO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA JUSTO MOTIVO E AVISO PRÉVIO. ARTIGO 721 DO CÓDIGO CIVIL. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. (...) 5. Não se desincumbindo a parte ré do ônus que lhe impõe o art. 333, II, do CPC, demonstrando a existência de motivo justo que autorize a rescisão do contrato de distribuição e não constando na notificação o aviso prévio constante no art. 720 do Código Civil é devida a indenização prevista nos artigos 715 e 721 do Código Civil e arts. 27, "j", e 34 da Lei nº 4.886/65. 6. Recurso conhecido e improvido. (Processo: APC DF 0035157-11.2013.8.07.0001, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Publicação: Publicado no DJE: 24/03/2015. Pág: 144, Julgamento: 18 de março de 2015, Relator: Gislene Pinheiro).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. DESÍDIA DO REPRESENTANTE NÃO CARACTERIZADA. VERBAS INDENIZATÓRIAS DEVIDAS. AVISO PRÉVIO E 1/12 AVOS SOBRE O VALOR DAS COMISSÕES PERCEBIDAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A queda nas vendas, por si só, não basta para configurar desídia da representante. Rescindido imotivadamente o contrato pela representada, esta arca com indenização e aviso prévio. (Ap. Civ. n. , de São João Batista, rel. José Inácio Schaefer, j. em 15-12-2010).

Oportuno frisar que a indenização rescisória estatuída pela alínea *"j"* do art. 27 da Lei de Representação Comercial, por importar garantia ao representante nos casos de ações prevalentes e injustas da representada sobre seu labor, é devida nas situações de rompimento desmotivado do contrato por iniciativa da representada ou, nos casos de rescisão do contrato por iniciativa própria do representante com justo motivo, elencados no art. 36 do regulamento especial.

Cabe salientar que, consoante o estatuído no art. 333, inc. II, do CPC/73 (art. 373, II do NCPC), incumbia à demandada a prova de que a rescisão contratual teria sido decorrente da prática de uma das hipóteses de justa causa previstas no art. 35 da Lei 4.886/65, ônus do qual não se desincumbiu, vez que a queda nas vendas não configura nenhuma das hipóteses lá previstas.

Neste sentido, imperiosa a condenação da apelada à indenização de que trata o artigo 27, alínea *"j"* da Lei nº 4.886/65 que estabelece: *"indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não será inferior a 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação"* vez que evidenciada a ausência de justo motivo para rompimento da relação jurídica.

Assim, por se tratar de contrato verbal, sem disposição de cláusulas expressas, há que se condenar a apelada ao pagamento da indenização mínima legal, consistente em montante de 1/12 do total da retribuição auferida durante todo o tempo em que se exerceu a representação (19 anos) devidamente corrigidos pelo IGPM-FGV.

Tais valores deverão ser apurados em sede de liquidação de sentença, para se auferir qual o valor exato devido a esse título.

Da exclusividade da representação comercial

Daqui em diante torna-se importante delinear a exclusividade ou não da representação, vez que influirá diretamente nos prejuízos sofridos pela recorrente, bem como quais os reflexos havidos.

Neste sentido entendo que também merece reparo a sentença de piso quanto à exclusividade da representação comercial.

A apelante informou em sede inicial que era representante exclusiva das Baterias Moura em Mato Grosso do Sul.

Para comprovar suas alegações carreou aos autos o certificado de garantia de bateria às fls. 17-18, documento este emitido pela própria apelada, que embora tenha entendido a magistrada de piso demonstrar apenas que a recorrente exercia assistência técnica em seus produtos, é consabido que apenas os distribuidores e vendedores de baterias possuem autorização para dar assistência técnica destes produtos.

Como se infere tanto daquele documento quanto do recorte do sítio eletrônico da apelada, anexado às fls. 48, verifica-se que consta apenas o nome e telefone da apelante como distribuidor dos produtos da apelada neste Estado, o que apenas corrobora com a alegada exclusividade de representação comercial.

Noutro norte, trouxe também o cartão de apresentação de fls. 20, que embora seja documento produzido pela própria recorrente, não fora infirmado pela recorrida com a apresentação de provas em contrário.

Ademais, com as fotografias anexadas pela recorrente (fls. 203-204, 205-201 e 211-213), verifica-se que toda sua operação era voltada exclusivamente ao comércio e expansão da marca da apelada no Estado, informação essa confirmada pela própria recorrida na notificação de denúncia do contrato, onde reconhece que a apelante era sua representante em âmbito estadual.

Nesta senda, as provas carreadas pela apelada (fotografias do depósito e nota fiscal alegando venda de outras marcas) apenas corroboram com o fato alegado pela empresa autora, vez que pelas fotografias anexadas infere-se que a representante apenas vendia baterias Moura e Zetta (segunda linha da Moura, fabricada e distribuída pela recorrida, conforme se infere de qualquer sítio eletrônico de vendas de bateria, bastando uma rápida pesquisa na internet).

Noutro norte, a nota fiscal utilizada pela apelada para infirmar a exclusividade alegada (fls. 298), é datada de 06/10/2011, ou seja, mais de oito meses depois do aviso de rescisão imotivada do contrato de representação comercial e cinco meses depois do prazo dado no aviso, o que não se presta a contrapor as provas carreadas pela apelante.

Quanto a testemunha trazida pelo réu, Marcia Cristina Paixão dos Santos, ouvida à fls. 458, esta afirmou que não havia exclusividade entre autor e réu e que este também vendia para outras clientes no Mato Grosso do Sul, veja-se:

> *O relacionamento comercial havido entre a Empresa Moura e a Empresa Santinoni era de revenda de baterias de fabricação Moura, sendo que a Santinoni fazia pedidos de fornecimento de baterias e a Moura fornecia as mesmas para a revenda; (...); Que durante o relacionamento comercial com a Santinoni a Moura não fabricava baterias para motos; que a Moura não outorgou exclusividade na venda de baterias para a Santinoni no Estado de Mato Grosso do Sul;* ***que a Moura efetuava vendas diretas para clientes no Estado do Mato Grosso do Sul tais como: Carrefour, Wal Mart e Extra; que há anos já efetuava tais vendas.*** (Grifou-se).

Do quanto se extrai do depoimento aludido, em tese a apelada também vendia seus produtos a outras empresas no Estado de Mato Grosso do Sul e que o autor não era o único a fazê-lo.

Pois bem, ainda que isso restasse comprovado nos autos, o que não foi - inobstante haja tal depoimento, a recorrida não anexou nenhuma nota fiscal de uma venda sequer, mesmo alegando que faz há anos – frisa-se que aqui se trataria de venda direta pela fabricante, o que também não descaracteriza a exclusividade alegada pela apelante.

Ademais, as provas testemunhais produzidas pela recorrente apenas confirmam suas alegações, já que todas as testemunhas foram uníssonas em afirmar que a empresa era representante exclusiva da recorrida no Estado, fato este que, juntamente com as demais provas produzidas, demonstram que havia sim a exclusividade da venda e distribuição de baterias pela apelante.

Para pôr uma pá de cal sobre o assunto, a notícia do jornal de fls. 22, na qual a apelada diz: *"com a nova unidade, a empresa passa a atender diretamente todos os estados do Brasil. MS era o único que não possuía uma unidade da Rede de Distribuidores Moura (RDM). (...) 'Agora a empresa vai atender os revendedores diretamente, e de forma diferenciada', apenas corrobora com a tese de que antes daquela data, a apelada sequer realizava vendas diretas no Estado, pois MS era o único que não possuía uma unidade de distribuição direta"*.

Destarte, evidenciada a exclusividade da representação comercial, passa-se a analisar quais os desdobramentos que isso trouxe às partes.

Dos lucros cessantes e dos danos materiais

De se consignar que os lucros cessantes dependem de prova, não podendo ser objeto de mera alegação.

Rui Stoco assevera que, *"para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde 'o que se deixa de lucrar' (cf. Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, t. XXV, p. 23). Aliás, estabelece o art. 1.059 do CC (atual art. 402), que a perda indenizável, é 'o que razoavelmente deixa de lucrar', sendo de se exigir venha o esbulhado demonstrar haver possibilidade precisa de ganho, sem o que não há que falar em lucros cessantes"*. (1.º TACSP 3.ª C. Ap. 476.842/1 rel. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira j. 01.06.93) (Tratado de Responsabilidade Civil, pág. 1.268, RT, 2007).

Com efeito, para a responsabilização por lucros cessantes, não basta a presunção de sua ocorrência, mas a efetiva comprovação de que, no caso, houve a perda de lucro efetivo, ou seja, necessária a possibilidade precisa de ganho.

Portanto, havendo o ato ilícito (rescisão imotivada), certamente existe o nexo causal entre o dano sofrido e o ato praticado, exsurgindo assim a responsabilidade de reparação civil.

Tal comprovação, a par das provas trazidas aos autos, restou evidenciada, mormente com o laudo contábil confeccionado pelo perito Jacimar Reges da Silva, que serviu para demonstrar qual era a arrecadação média mensal da empresa representante, restando evidente que a rescisão imotivada do contrato tolheu o lucro que era auferido pela apelante, quando da representação comercial.

Pois bem, reconhecida a denúncia imotivada do contrato de representação bem como a existência de exclusividade na representação - pois como bem salientado restou devidamente comprovado que a apelada não procedia a nenhuma venda direta no Estado, apenas através da representante-apelante – evidente que referido fato causou prejuízos à representante, mormente em razão da surpresa e do prazo exíguo para o fim de uma relação de dezenove anos.

Como demonstrado pela apelante, os negócios iam bem até aquele momento, o que ocasionou alavancagem para investimento no negócio.

Portanto, o simples fato de ter sido concedido o exíguo prazo de noventa dias para resolução do negócio demonstra o prejuízo e a reprovabilidade da conduta da apelada, que vinha lhe entregando os produtos normalmente, abastecendo a representante e deixando-a estocar baterias quando, sem qualquer razão resolve por bem encerrar a parceria.

Evidente que tal ato causou prejuízos à apelante, que vinha assumindo despesas para a expansão do negócio, como comprovado com os contratos de empréstimo anexados à inicial.

Contrariamente ao que aduziu a magistrada, a intenção prévia de encerrar o contrato unilateralmente não havia sido manifestada pela apelada, tal fato resta estreme de dúvidas quando se coteja os e-mails de fls. 195-197, datados de 02 e 04 de fevereiro de 2011 e a própria notificação de fls. 23, datada de 01 de fevereiro daquele ano, ou seja, quando a empresa resolveu falar sobre o assunto via correio eletrônico, já havia tomado a decisão e encaminhado a notificação.

Ora, quem está insatisfeito com a representação, ainda mais por dois anos consecutivos, como quer fazer crer a apelada, não realiza uma venda de grande monta três dias antes, como comprovado pelos e-mails anexados entre as fls. 197-201.

Ademais, é evidente a deslealdade com que agiu a recorrida, que após 19 anos de trabalho da apelante divulgando e projetando a marca nos locais de venda, trazendo o reconhecimento que a Moura possui hoje no mercado, simplesmente resolve encerrar o vínculo sem nenhuma contrapartida e em prazo tão exíguo, frustrando o negócio jurídico desenvolvido pela empresa, que atuava sob a exclusividade da bandeira da apelada, merecendo a devida reprimenda.

Presente, portando, a má-fé contratual da requerida, igualmente caracterizados os danos emergentes, porquanto embora não haja a mais clara evidência de vinculação dos investimentos feitos pela apelante, denota-se da própria natureza dos mútuos contratados (reforma e ampliação de estrutura física, aquisição de equipamentos e capital de giro) que estes se deram em razão da boa execução do contrato de representação, buscando o aumento de vendas e ampliação do negócio.

Assim, os fatos descritos, bem como a própria natureza jurídica da relação – onde, independentemente de haver *"ordem expressa"* da representada, o crescimento dos negócios através de investimento converte-se em benefício a ela e decorre da própria execução do contrato de representação – restam evidenciados os prejuízos suportados pela recorrente.

Destarte, evidente que a ruptura da relação de forma abrupta e imotivada (ato ilícito) representou grave diminuição dos lucros auferidos pela apelante, que teve o prazo exíguo de noventa dias para comercializar as baterias que vendia de forma exclusiva durante dezenove anos.

Neste mesmo sentido milita a jurisprudência pátria, senão vejamos:

> *APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. PRODUTOS PARA BEBÊS. DENÚNCIA (MOTIVADA DO CONTRATO POR PARTE DA DISTRIBUÍDA. CONCESSÃO DE PRAZO EXÍGUO PARA O ESGOTAMENTO DO ESTOQUE REMANESCENTE JUNTO À DISTRIBUIDORA. CONSTITUIÇÃO, POR PARTE DA DISTRIBUÍDA, DE OUTRA PESSOA JURÍDICA, CONTROLADA PELA MESMA, PARA A DISTRIBUIÇÃO DE SEUS PRODUTOS NO MERCADO NACIONAL. CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DA ANTIGA DISTRIBUIDORA, BEM COMO UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIA DESENVOLVIDA PELA MESMA, ALÉM DE SEU CADASTRO DE CLIENTES. CONCORRÊNCIA DESLEAL. ALARGAMENTO DO PRAZO MEDIANTE LIMINAR PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO CAUTELAR, POSTERIORMENTE RECONSIDERADA EM PARTE E CONFIRMADA, COM AS ALTERAÇÕES, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELA DISTRIBUIDORA VISANDO A REPARAÇÃO DE DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES EM RAZÃO DA DENÚNCIA DO CONTRATO. DEMANDA INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELA DISTRIBUÍDA E SUA PARCEIRA EM FACE DA ANTIGA DISTRIBUIDORA, EM RAZÃO DO DESVIO DE CLIENTELA OCASIONADO PELA INDEVIDA COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS, TRAVESTIDOS POR EMBALAGENS COM OUTRO NOME, APÓS O FIM DO PRAZO CONCEDIDO NA AÇÃO CAUTELAR.*
>
> *- Conquanto não se possa concluir pela existência de cláusula de exclusividade no contrato de distribuição celebrado verbalmente entre MAM e BabyCare - inobstante a exclusividade de fato, reconhecida nos autos -,* ***resta inequívoco que a denúncia imotivada da avença por parte da distribuída causou graves prejuízos à distribuidora, em razão da surpresa e da exigüidade do prazo concedido; - Danos emergentes caracterizados, à luz de todo o investimento e despesas assumidas pela distribuidora para a divulgação e comercialização dos produtos da distribuída, sendo surpreendida pela denúncia imotivada do contrato, diante da conduta da distribuída, que lhe vendera grande estoque de mercadorias poucos dias antes de romper o ajuste****; (...) - PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS INTERPOSTOS COM RELAÇÃO AOS AUTOS DE Nº 98.001.159088-8. - DESPROVIMENTO DE TODOS OS APELOS INTERPOSTOS COM RELAÇÃO AO PROCESSO DE Nº 2001.001.028805-4.* (Processo: APL 00297050720018190001 Rio De Janeiro Capital 17 Vara Civel, Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível, Publicação: 24/08/2006, Relator: Roberto Luis Felinto de Oliveira). (Grifou-se).

Não se pode olvidar que, em se tratando de representação exclusiva não dispunha a recorrente de outros contatos de distribuição ou representação, tampouco conseguiria repor tal lucro no prazo de noventa dias concedido pela apelada.

Assim, consistindo o lucro cessante no que razoavelmente deixou de lucrar com o ato ilícito praticado, imperiosa a condenação da apelada a reparar tal prejuízo.

Todavia, tem-se que o período de noventa de dias de aviso prévio para encerramento imotivado de uma representação comercial que durou praticamente duas décadas, e que era exercido de forma exclusiva pela representante é deveras diminuto.

Assim, tendo por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reputo adequado ao caso tomar como base um período de 180 dias para encerramento da avença, motivo pelo qual os lucros cessantes deverão ser calculados refletindo a média mensal do lucro líquido dos últimos 12 meses anteriores ao encerramento da relação contratual (ano 2010), pelo período de noventa dias, refletindo a diferença entre o aviso prévio concedido (90 dias) e o que, em razão dos fundamentos trazidos anteriormente, deveria ser concedido (180 dias).

Tal apuração se dará em futura liquidação de sentença, com a incidência de juros de mora simples de 1% ao mês desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual, nos termos do art. 405 do Código Civil, bem como de correção monetária pelo IGPM-FGV desde a rescisão imotivada.

Sobre os danos emergentes (contratos de mútuo), como bem salientado alhures, restou evidenciado que tais valores foram contratados para investimento no negócio jurídico representado, devendo igualmente serem ressarcidos à apelante, em razão da deslealdade e má-fé contratual perpetrada pela recorrida.

Todavia, contrariamente ao que pretende a recorrente, não há que se falar em condenação da apelada ao ressarcimento integral dos valores contratados, até porque, na data de encerramento da avença (após o término dos 90 dias de aviso prévio), já haviam sido quitadas diversas parcelas dos empréstimos contratados.

Nesta senda, cabe à apelada indenizar os danos materiais suportados pela consistentes no saldo devedor das parcelas inadimplidas dos contratos de mútuo anexados aos autos após o término da avença, qual seja maio de 2011.

Em razão da necessidade de apuração destes valores junto aos bancos contratados, para conhecimento do saldo devedor, evidente que tais valores também deverão ser devidamente apurados em liquidação de sentença.

Incidirá sobre referida condenação (danos emergentes), a ser apurada em sede de liquidação de sentença – excluindo-se o contrato de mútuo em nome do sócio da apelante, por não ser parte no processo – os mesmos consectários da indenização pelos danos materiais causados ao caminhão, quais sejam a correção monetária pelo IGPM-FGV desde a apresentação do saldo devedor dos contratos, bem como juros, bem como a incidência de juros de mora simples de 1% ao mês desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Dos danos morais

É consabido que as pessoas jurídicas não só podem, como firmam seu convencimento, sua convicção com relação a essa ou aquela empresa. Afinal, as pessoas jurídicas dependem desse *"sentimento"* das pessoas para consigo para desenvolverem com êxito suas atividades.

Neste passo, frisa-se que não merece acolhimento o pedido de reforma da sentença de piso.

Pois bem, conforme bem salientado pela magistrada de piso, para o sucesso de uma empresa é necessário que esta ganhe a confiança e a simpatia de seus clientes, o que ajuda e muito a garantir um retorno lucrativo do empreendimento. Nesta senda, evidente que a pessoa jurídica é detentora da honra objetiva, passível de indenização caso lesada.

No caso concreto, a apelante sustenta que a empresa ré, ao propagar intencionalmente que *"agora a empresa vai atender os revendedores diretamente, e de forma diferenciada, com estilo Moura",* teria abalado à imagem da empresa no mercado.

Além disso, sustenta também que a frustração da legítima expectativa em permanecer a relação contratual firmada com a apelada teria feito com que a empresa suportasse considerável abalo pelo término do negócio.

Contudo, pelo que se extrai dos autos, a recorrida apenas divulgou na imprensa a notícia que estaria abrindo um distribuidor direto em Mato Grosso do Sul, consoante recorte de jornal de fl. 22, na qual diz que *"com a nova unidade, a empresa passa a atender diretamente todos os estados do Brasil. MS era o único que não possuía uma unidade da Rede de Distribuidores Moura (RDM). (...) 'Agora a empresa vai*

atender os revendedores diretamente, e de forma diferenciada'. (...). Além de possuir sua rede própria de distribuição (RDM), a Moura conta com unidades independentes que atendem toda a América do Sul e Europa. (...)".

Ora, em momento algum houve a divulgação de qualquer nota contra a empresa apelante, tampouco relacionou que havia rescindo seu contrato de representação anteriormente existente por alguma conduta que pudesse desabonar a recorrente, portanto, inexiste prova nos autos que apontem o ferimento à honra objetiva da pessoa jurídica, causando-lhe prejuízo em sua credibilidade perante o mercado regional.

Destarte, ausente prova que aponte o descrédito da empresa recorrente em razão de algum ato imputável à apelada, não há que se falar em dano moral pela rescisão contratual, ainda que imotivada e permeada pela deslealdade já citada, vez que a rescisão apenas lhe causou prejuízos materiais, que já foram devidamente apreciados anteriormente.

Da verba honorária

Havendo a modificação da sentença de piso com o julgamento que modifica a sucumbência havida na lide, uma vez que foram julgados procedentes grande parte dos pedidos iniciais, tendo em vista a parte autora, ora apelante, ter decaído de parte mínima da pretensão, cabe à apelada arcar com a integralidade dos honorários sucumbenciais e custas processuais, nos exatos termos do parágrafo único do art. 21[3] do CPC/73.

Destarte, em razão da modificação do julgamento de piso com a condenação da apelada na maioria dos pedidos iniciais, além da inversão da sucumbência, corolário lógico do instituto, há que se proceder à readequação dos honorários arbitrados inicialmente, o que se faze de ofício, independente de pedido da parte, conforme dicção do art. 20 do CPC/73 e nos moldes do que já decidiu o próprio STJ. Veja o excerto abaixo colacionado:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS EXECUÇÃO.* ***MODIFICAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. ALTERAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. ART. 20 DO CPC****. DISSÍDIO. PARADIGMA INSERVÍVEL. I.* ***Alterada a condenação pelo Tribunal de origem, com a modificação de parcelas originariamente impostas na sentença, cabível o novo equacionamento da sucumbência, o que se dá de ofício, como natural consequência da decisão, sem necessidade de pedido expresso da apelante.*** *(REsp n. 265.066/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 18.09.2006; REsp n. 784.267/RJ, Rela. Minª. Nancy Andrighi, DJU de 17.09.2007). II. Agravo improvido.* (Processo: AgRg no REsp 698451 GO 2004/0153388-2, Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma, Publicação DJe: 24/08/2009, Julgamento: 23 de Junho de 2009, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior). (Grifou-se).

Destarte, ao proceder à readequação da verba honorária, tendo em vista o trabalho prestado pelo patrono da apelante, que após sua atuação obteve a reversão do julgamento de piso, bem como considerando os demais parâmetros elencados pela legislação adjetiva, se faz mister sua majoração.

O Estatuto da Advocacia, em seu art. 22, § 2º cuida de vincular o valor a ser arbitrado judicialmente a título de honorários ao valor econômico da questão ajuizada, neste mesmo sentido os § § 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil revogado cuidam de estabelecer critérios e parâmetros para a fixação de tal verba, não podendo este se afastar do principal critério a ser observado: o proveito econômico obtido pelo cliente.

3 Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.
Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Nesta seara, tendo em visto o grande êxito obtido pelo demandante quando da interposição de seu apelo, mister se faz a vinculação da verba sucumbencial à condenação, bem como a majoração do percentual inicialmente arbitrado, levando-se em conta o grau de zelo do profissional, a natureza da ação e o tempo necessário para o seu serviço (mais de seis anos), bem como as demais balizas já citadas.

Portanto, não se tratando de nenhum dos casos estipulados pelo supracitado § 4º do art. 20 do CPC/73, mister a modificação da condenação da apelada ao pagamento da verba honorária, devendo esta ser fixada em 15% sobre o valor da condenação que será apurado em liquidação de sentença, uma vez que a fixação sobre o valor da causa não reflete mais o proveito econômico obtido, mormente em face do presente desconhecimento do valor que efetivamente será devido pela apelada.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, alterando a sentença de piso nos termos da fundamentação alhures.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (des. Sérgio), após a relatora dar parcial provimento ao recurso, o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 25/07/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta pela Santinoni e Santinoni Ltda - ME contra sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais promovida em desfavor de Acumuladores Moura S.A.

Santinoni e Santinoni Ltda - ME afirma, em síntese, que as partes entabularam contrato verbal de exclusividade de distribuição de baterias no ano de 1992, por prazo indeterminado, que caracteriza contrato de representação comercial, nos termos da Lei n. 4.886/65; a resilição unilateral ocorreu por iniciativa da representada, sem justa causa; não descumpriu qualquer cláusula contratual para dar motivo à referida rescisão; é devida a indenização prevista no artigo 27, alínea *"j"*, da Lei n. 4.886/65, haja vista a rescisão injusta e imotivada; são devidos os lucros cessantes, danos emergentes, bem como danos morais, em razão da repentina resilição do contrato de representação comercial.

A relatora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, deu parcial provimento ao recurso interposto pela Santinoni e Santinoni Ltda – ME, para: condenar a empresa apelada ao pagamento de indenização mínima legal de 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo que exerceu a representação, nos termos do artigo 27, alínea *"j"*, da Lei n. 4.886/65; reconhecer a exclusividade da representação comercial; condenar a empresa apelada ao pagamento de lucros cessantes e danos materiais; majorar os honorários advocatícios para o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; inverter os ônus sucumbenciais em favor do autor ora apelante.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Com efeito, consoante se verifica dos autos, resta evidente que se trata de contrato verbal de representação comercial, o qual foi rescindido unilateralmente pela representada, sem qualquer motivo.

Nesse sentido, é indiscutível que se aplica no caso dos autos a regra contida no artigo 27, alínea *"j"*, da Lei n. 4.886/65[4], a qual determina que em não havendo justo motivo para realizar a rescisão contratual,

4 Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992) […]
j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

é devida a indenização, não inferior a 1/12 do total da retribuição auferida durante todo o tempo em que se exerceu a representação comercial.

No que diz respeito à exclusividade da representação comercial, apesar de se tratar de contrato verbal, há provas suficientes nos autos para se concluir que o contrato de representação comercial era exclusivo.

Da análise dos autos, foram colacionados o certificado de garantia da bateria (fl. 17-18), documento emitido pela própria apelada; recorte do sítio eletrônico da apelada (fl. 48), onde se verifica a apelante como distribuidora exclusiva de seus produtos; cartão de apresentação (fl. 20); fotografias (fl. 203-204, 205, 211-210) do local onde mostra que toda sua operação era voltada exclusivamente ao comércio e expansão da marca da apelada.

Aliado a isso, foram produzidas provas testemunhais, as quais foram uníssonas em confirmar que a empresa apelante era representante exclusiva da recorrida no Estado.

Assim, diante dos fatos e provas apresentados nos autos, acompanho o voto da relatora no sentido de reconhecer a exclusividade do contrato de representação comercial e condenar a empresa apelada ao pagamento de lucros cessantes e danos materiais ora sofridos em razão da aludida rescisão contratual imotivada.

No que diz respeito aos danos morais razão não assiste à empresa apelante, pois bem asseverou o voto condutor que:

> *Ora, em momento algum houve a divulgação de qualquer nota contra a empresa apelante, tampouco relacionou que havia rescindido seu contrato de representação anteriormente existente por alguma conduta que pudesse desabonar a recorrente, portanto, inexiste prova nos autos que apontem o ferimento à honra objetiva da pessoa jurídica, causando-lhe prejuízo em sua credibilidade perante o mercado regional.*
>
> *Destarte, ausente prova que aponto o descrédito da empresa recorrente em razão de algum ato imputável à apelada, não há que se falar em dano moral pela rescisão contratual, ainda que imotivada e permeada pela deslealdade já citada, vez que a rescisão apenas lhe causou prejuízos materiais, que já foram devidamente apreciados anteriormente.*

Por fim, quanto aos honorários advocatícios arbitrados pelo magistrado de piso em 10% sobre o valor da causa, razão lhe assiste, devendo ser majorada a verba honorária para o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, consoante critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Face à reforma do julgamento da sentença de piso, os ônus sucumbenciais devem ser invertidos.

Ante o exposto, acompanho a relatora e dou parcial provimento ao recurso interposto para condenar a empresa apelada ao pagamento de indenização mínima legal de 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo que exerceu a representação, nos termos do artigo 27, alínea *"j"*, da Lei n. 4.886/65; reconhecer a exclusividade da representação comercial; condenar a empresa apelada ao pagamento de lucros cessantes e danos materiais; majorar os honorários advocatícios para o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; inverter os ônus sucumbenciais em favor do autor ora apelante.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exmª. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 25 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0808297-91.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CERCEAMENTO DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – TRANSPORTE AÉREO – PASSAGEIRO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS – EMBARQUE NEGADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – TRATAMENTO INADEQUADO – DANO MORAL CONFIGURADO – HONORÁRIOS RECURSAIS – ARTIGO 85, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Em atendimento ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, o magistrado pode denegar pedido de produção de provas que considera prescindível para o julgamento da lide, sem que tal procedimento configure cerceamento de defesa.

É devida a indenização por danos morais ao passageiro cadeirante impedido de embarcar, com a justificativa de não haver condições para garantir a saúde e a segurança do PNAE ou dos demais passageiros, sem a presença de uma acompanhante, porquanto sem a exigência prévia da companhia aérea, deveria esta ter provido o acompanhante, sem qualquer custo adicional ao consumidor.

A responsabilidade civil está caracterizada e a companhia aérea responde pela falha na prestação do serviço consistente na má condução no tratamento para com o consumidor, assim, os danos morais restam configurados e devem ser reparados, sendo cabível o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante da comprovação das despesas com a compra da passagem aérea, evidencia-se o dano material que dá ensejo ao dever de restituição.

Tratando-se de recurso interposto sob a égide do Código de Processo Civil/15, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na origem, nos termos dos § § 1º e 11 do art. 85.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Sidnei Afonso do Nascimento, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de indenização, movida contra Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A, apela a este Tribunal.

Aduz, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, porquanto o juiz de piso deixou de apreciar o pedido de produção de provas à fl.10, violando assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, alega que restaram evidente que o recorrente sofreu dano a direitos da personalidade, uma vez que foi impedido de embarcar com base, exclusivamente, no fato de ser pessoa com deficiência, o que configura violação a sua dignidade e à igualdade de oportunidades.

Obtempera que sua situação, passageiro cadeirante, não se enquadra no rol que exige a apresentação de atestado médico sobre as suas condições de saúde, bem como a companhia aérea não demonstrou que a negativa de prestação ocorreu pela verificação de que o passageiro apresentava risco para si ou para os demais passageiros.

Afirma que de acordo com o regulamento da ANAC, seção III, art. 27 e art. 9º, § 2º, da Resolução 280, caso o consumidor não pudesse embarcar sem um acompanhante, deveria a companhia aérea prover assistência especial ao recorrente.

Assevera que o fato de ter sido apresentado laudo médico posteriormente ao evento danoso praticado pela empresa aérea, não justifica a improcedência da ação, já que os documentos foram produzidos para justificar que o recorrente possuía condições de viajar sem acompanhantes.

Sustenta que comprovou ser vítima de danos morais causados pela má-prestação de serviço da recorrida em impedir ilegalmente o seu embarque, fazendo jus à indenização por danos materiais e morais.

Ao final, postula o provimento do recurso.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Sidnei Afonso do Nascimento, inconformado com a sentença (fls. 89/95) que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização, que moveu contra Azul Linhas Aéreas S/A..

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo a analisar a sentença objeto deste recurso, que nos tópicos devolvidos restou assim exarada:

> *(...) Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015, julgo improcedentes os pedidos contidos na inicial e, por consequência, extingo o processo, com resolução do mérito.*
>
> *Condeno o Requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil/2015, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015, em razão da concessão do benefício da Justiça Gratuita (fls. 21). (...)*

A meu ver, merece reparos a sentença recorrida.

Da preliminar.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que o juiz de piso não apreciou o pedido de produção de provas, porquanto se trata de matéria que dispensa a sua comprovação em audiência, recomendando o julgamento antecipado previsto no art. 355 do Código de Processo Civil/15, aplicável ao caso, que dita: *"O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas (...)"*.

Outrossim, denota-se que o julgador tem o poder discricionário de decidir acerca da necessidade de proceder-se a instrução probatória para a formação do seu convencimento, consoante autoriza o art. 370, do Código de Processo Civil/15, *in verbis: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito"*.

Sobre a matéria, leciona a doutrina de Antonio Carlos Marcato: *"Julgamento antecipado do pedido: Constatando ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (da mihi facto, dabi tibi ius). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais"*[1].

Desta feita, sendo a matéria atinente ao mérito unicamente de direito, infundada a irresignação do apelante, uma vez que o julgamento antecipado da lide mostra-se absolutamente viável no caso concreto e, sempre que possível, deve ser evitada a dilação indevida do curso do processo.

Neste sentido, julgado deste Sodalício:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIAS - PRELIMINAR: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ - MÉRITO: JUROS REMUNERATÓRIOS - LIMITAÇÃO A 12% AO ANO - INVIABILIDADE - TAXA MÉDIA DE MERCADO - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL - POSSIBILIDADE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - LEGALIDADE - RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1.* ***Em atendimento ao Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, o magistrado pode denegar pedido de produção de provas que considera prescindível para o julgamento da lide, sem que tal procedimento configure cerceamento de defesa****. 2. As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), sendo certo, ademais, que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. 3. É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.03.2000, desde que expressamente pactuada. 4. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida, conforme, inclusive, previsto no Enunciado de Súmula 472 do STJ.* (0002214-44.2011.8.12.0009. Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Costa Rica; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 09/08/2016; Data de registro: 16/08/2016). Negritei.

Desta feita, rejeito a preliminar.

Do mérito.

Observa-se dos autos, que o apelante ao adquirir sua passagem aérea, informou ser cadeirante, portador de necessidades especiais (informações confirmadas pela recorrida à fl. 60), contudo, teve seu embarque negado, uma vez que não teria condições de realizar a referida viagem sem acompanhamento, nos termos da Resolução 280 da ANAC.

1 **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1039.

Inicialmente, aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 6º, IV e X, são direitos básicos do consumidor a prestação adequada e eficaz dos serviços públicos em geral.

Assim, para consumidores com necessidades especiais, é assegurado atendimento prioritário e diferenciado, constituindo exigência legal e não apenas dever moral das empresas prestadoras de serviços públicos, conforme enunciam os artigos 1º e 2º da Lei 10.048/2000.

O transporte aéreo constitui serviço público, por conseguinte, as companhias aéreas possuem obrigação legal de dispensar tratamento diferenciado às pessoas portadoras de necessidades especiais, visando garantir igualdade substancial e promover a dignidade humana.

Destarte, o direito à acessibilidade deve ser pleno e interpretado de conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana que está descrito na Carta Magna, na qual em seu preâmbulo preconiza um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, permitindo ao cidadão o direito de ir e vir.

Quanto ao assunto discutido nestes autos, dispõe a Resolução nº 280/2013 da Agência Nacional de Aviação (ANAC), sobre os procedimentos relativos à acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo, nas disposições gerais, o seguinte:

> *Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Resolução, os procedimentos relativos à acessibilidade de passageiro com necessidade de assistência especial (PNAE) ao transporte aéreo público.*
>
> *Art. 7º É assegurado ao PNAE dispensar a assistência especial a que tenha direito, ressalvado o disposto no § 2º do art. 2º.*

No capítulo de procedimentos prévios à viagem, a Resolução citada prevê:

> *Art. 9º O operador aéreo, no momento da contratação do serviço de transporte aéreo, deve questionar ao PNAE sobre a necessidade de acompanhante, ajudas técnicas, recursos de comunicação e outras assistências, independentemente do canal de comercialização utilizado.*
>
> *§ 1º O PNAE deve informar ao operador aéreo as assistências especiais necessárias:*
>
> *I - no momento da contratação do serviço de transporte aéreo, em resposta ao questionamento do operador aéreo;"*
>
> *Seção III - Acompanhante.*
>
> *Art. 27. O PNAE com deficiência ou mobilidade reduzida deve ser acompanhado sempre que:*
>
> *I - viaje em maca ou incubadora;*
>
> *II – em virtude de impedimento de natureza mental ou intelectual, não possa compreender as instruções de segurança de voo; ou*
>
> *III - não possa atender às suas necessidades fisiológicas sem assistência.*
>
> *§ 1º Nos casos previstos nos incisos I a III deste artigo, o operador aéreo deve prover acompanhante, sem cobrança adicional, ou exigir a presença do acompanhante de escolha do PNAE e cobrar pelo assento do acompanhante valor igual ou inferior a 20% (vinte por cento) do valor do bilhete aéreo adquirido pelo PNAE.*

Da análise do exposto, verifica-se que o apelante, passageiro cadeirante, informou de suas necessidades à empresa aérea, que negou-lhe assistência necessária, impedindo seu embarque.

Cumpre esclarecer que cabe à empresa aérea informar ao passageiro com especificidades quanto à necessidade de procedimentos prévios e, conforme informação que consta no site da apelada, sobre serviços disponibilizados a passageiros cadeirantes, é a seguinte: "*Para os passageiros que precisam se locomover em cadeira de rodas, a Azul dispõe de um serviço diferenciado para garantir toda a ajuda necessária. Nesses casos, basta informar um de nossos atendentes durante o momento de check-in"*[2]**.**

Portanto, desarrazoada a conduta de funcionários da empresa que impediram o recorrente de embarcar em voo, uma vez que era de seu conhecimento as necessidades do passageiro (informações prestadas no momento da compra), bem como seu dever prover um acompanhante para o consumidor, já que a companhia aérea não lhe fez essa exigência previamente.

Desta feita, ocorreram transtornos de ordem moral e a companhia aérea deve responder pelos danos decorrentes da má prestação dos serviços e do descuido no tratamento para com o consumidor.

No caso em apreço, fixa-se o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para a condenação a título de reparação do dano moral, pois se mostra adequado, considerando-se também as circunstâncias de fato do caso concreto e em observância aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, com correção monetária pelo IGPM/FGV a partir da fixação, conforme determina a Súmula 362, STJ e juros de mora a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54, do STJ.

Quanto aos danos materiais, o recorrente comprovou sua despesa à fl. 18, desta forma, condeno a recorrida a restituição do valor pago na aquisição da passagem, com correção monetária pelo IGPM-FGV, desde o desembolso e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Nesse sentido:

> *Responsabilidade Civil. Ação ordinária de indenização por dano material e moral. Transporte aéreo. Desrespeito às regras da ANAC relativas ao transporte de passageira portadora de necessidades especiais. Ausência de prova de que a autora tenha sido informada de seus direitos, bem como acerca da necessidade de informar a companhia aérea sobre o transporte de PNAE. Dano material consistente no desconto do valor da passagem da acompanhante da PNAE, previsto no art. 27, § 1º da Resolução nº 280/2013 da ANAC. Dano moral bem configurado. Damnum in re ipsa. Majoração da indenização por dano moral. Arbitramento segundo os critérios da prudência e razoabilidade. Procedência redimensionada nesta instância ad quem. Recurso da autora provido em parte e recursos das rés improvidos (*TJCE. A.C. nº 1010299-19.2014.8.26.0005, Rel. Des. Correia Lima, 20ª Câmara de Direito Privado).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para condenar à empresa aérea recorrida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e danos materiais nos termos acima especificados, invertendo os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

Outrossim, nos termos do artigo 85, § § 1º e 11º do CPC/2015, acerca da verba recursal, majoro os honorários fixados pelo magistrado de piso para 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa.

2 *http://www.voeazul.com.br/servicos/embarque-cadeira-de-rodas-carrinho-de-bebe.*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1601294-55.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRETENSÃO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS INDÍGENAS OUVIDOS – COMISSÃO ENCERRADA – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ORDEM DENEGADA.

Se a pretensão da impetrante fosse acolhida, o provimento jurisdicional não seria de nenhuma utilidade, já que a CPI já encerrou os trabalhos.

Assim, houve a perda do interesse no prosseguimento do feito, já que a concessão da segurança não lhe seria de utilidade alguma, restando prejudicada a análise do mérito do remédio heroico.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, com o parecer. Declarar impedido o desembargador Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Defensoria Pública da União impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no Ato n.º 06/2015, publicado no D.O. ALMS n.º 841, de 22.09.15, que instaurou uma comissão parlamentar de inquérito-CPI a fim de apurar a responsabilidade do Conselho Indigenista Missionário-CIMI em suposta incitação e financiamento de invasões de propriedades particulares por indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que a CPI passou a ouvir diversos indivíduos contrários aos direitos dos índios sul-mato-grossenses, além de ter indicado diversos indígenas para oitiva na mesma comissão, apesar de sequer integrarem o CIMI.

Assevera a impossibilidade de instauração de CPI sem objeto determinado, sendo que apesar da motivação dada pela autoridade impetrada, a CPI em questão possui o claro objetivo de criminalizar os movimentos sociais indígenas. Entende que existe resistência à demarcação de terras indígenas e infere-se das discussões da CPI uma deliberada tentativa de atacar os direitos indígenas.

Afirma que a CF/88 em seu art. 58, § 3º confere às CPIs uma série de poderes análogos aos do Poder Judiciário, ao tempo em que determina que tenham por objeto um fato determinado, o que não é o caso em análise, pois entende que a CPI em questão foi instaurada para investigação de fatos genéricos e imprecisos e está sendo utilizado para oferecimento de críticas ao modelo demarcatório de terras indígenas.

Ademais, defende a impossibilidade de instauração de CPI para apuração de questões alheias à esfera estadual, já que os direitos das populações indígenas são de competência privativa de União (art. 22, XIV, CF), bem como a impossibilidade de oitiva de indígenas, ou, subsidiariamente, pela oitiva em suas aldeias.

Por entender presentes os requisitos, pugna pela concessão de medida liminar, para que seja suspenso o Ato n.º 06/15, publicado no Diário Oficial ALMS n.º 841, de 22.09.15, ou, subsidiariamente, a exclusão de indígenas da investigação, ou, ainda, que estas ocorram nas respectivas aldeias – ou acompanhadas de intérprete e antropólogos.

Ao final, requer a concessão definitiva da segurança, no mesmo sentido do pedido liminar, a fim de confirmar a tutela de urgência.

A liminar foi indeferida às fls. 87-90.

As informações foram prestadas às fls. 96, onde a impetrada aduziu que a CPI concluiu suas reuniões em 13.05.16 e que o *mandamus* perdeu seu objeto. O Estado de Mato Grosso do Sul se manifestou requerendo a extinção do feito sem resolução de mérito, ante a perda superveniente de seu objeto.

O parecer de fls. 107-116 opinou pela denegação da segurança, com a extinção do processo sem resolução de mérito.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Defensoria Pública da União, contra ato praticado pelo presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no Ato n.º 06/2015, publicado no D.O. ALMS n.º 841, de 22.09.15, que instaurou uma comissão parlamentar de inquérito-CPI a fim de apurar a responsabilidade do Conselho Indigenista Missionário-CIMI em suposta incitação e financiamento de invasões de propriedades particulares por indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul.

A impetrante entende que além de ser imprescindível que a CPI em questão tenha por objeto um fato determinado, não é possível que seja instaurada para apuração de questões alheias à esfera estadual, já que os direitos das populações indígenas são de competência privativa de União (art. 22, XIV, CF). Ademais, ressalta a impossibilidade de oitiva de indígenas, ou, subsidiariamente, que devem ser ouvidos em suas aldeias.

Por outro lado, a autoridade impetrada e o Estado de Mato Grosso do Sul afirmam o encerramento da comissão parlamentar de inquérito em espeque e postulam pelo reconhecimento da perda superveniente do objeto da demanda.

Tenho que a ordem deve ser denegada.

Isso porque a pretensão da impetrante era de suspender ou alterar a forma como a CPI impugnada estava sendo conduzida, por entender que não obedecia aos ditames legais, inclusive de competência.

No entanto, por mais que a pretensão do impetrante fosse acolhida, o provimento jurisdicional não seria de nenhuma utilidade, já que a CPI em questão concluiu as reuniões em 13.05.16, com a votação do relatório final por seus membros em 10.05.16.

Assim, a impetrante acabou por perder o interesse no prosseguimento do feito, já que a concessão da segurança não lhe seria de utilidade alguma, restando prejudicada a análise do mérito do remédio heroico.

Tem-se que *"além da 'necessidade', exige-se a 'adequação'. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação de seu pedido, também falta o interesse de agir.*[1]*"* Assim, sabendo-se que o interesse de agir reside no binômio necessidade-adequação, a presente demanda passou a carecer de tal requisito.

Neste sentido já se pronunciou este Tribunal:

> *EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DO QUADRO DE PESSOAL DA AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO (AGEPEN). CONVOCAÇÃO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO. PRETENSÃO DE PROSSEGUIMENTO NAS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME. PROVIMENTO DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DURANTE A TRAMITAÇÃO DO MANDAMUS. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICADO. Tendo em vista a ocorrência de fato posterior que coincide com o pretendido pela impetrante quando da propositura do writ, não tem mais utilidade o pronunciamento judicial no mandado de segurança, isto porque houve a perda superveniente do objeto, impondo-se a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1412937-91.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 05/06/2017, p: 08/06/2017)

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ANULADO – OBJETO DA LIDE - PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL – MANDAMUS PREJUDICADO. Tendo em vista a anulação do procedimento licitatório e do respectivo contrato impugnados pelo autor, que coincide com a pretensão do impetrante quando da propositura do mandamus, carece de utilidade o pronunciamento judicial, em razão da perda superveniente do objeto, impondo-se a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do disposto no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1412093-44.2016.8.12.0000, N/A, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 17/04/2017, p: 18/04/2017)

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TÉRMINO DA LEGISLATURA EM QUE FOI INSTAURADA A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. EXTINÇÃO AUTOMÁTICA DA CPI. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO WRIT. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela Companhia Energética de Pernambuco contra o Ato 430, de 1 de junho de 2007, do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, que instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de apurar supostas práticas abusivas*

1 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

e lesivas aos direitos dos consumidores, e de averiguar o descumprimento do contrato de alienação do controle acionário, no que tange à obrigação de aplicar 2% em eletrificação rural e de adquirir energia ao menor preço de custo. 2. O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, com apoio no art. 267, VI, do CPC, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, pelos seguintes motivos: a) ocorrência de conclusão dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito com a publicação do relatório final no Diário do Poder Legislativo do dia 15/12/2010 (fl. 280, e-STJ); e b) a instauração da CPI deu-se na legislatura passada (16ª) da Assembleia Legislativa de Pernambuco, iniciada em 1º/2/2007 (fl. 257, e-STJ). 3. Com efeito, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STF e do STJ no sentido de que se consideram prejudicadas as ações de Mandado de Segurança e de Habeas Corpus, sempre que - impetrados tais writs constitucionais contra Comissões Parlamentares de Inquérito - vierem a ser declaradas extintas, em virtude da conclusão de seus trabalhos investigatórios e da aprovação de seu relatório final. Precedentes: MS 25.459 AgR, Rel. Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, DJ 12.3.2010; MS 25.995 AgRAgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 18.9.2009; e RMS 32.614/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/12/2010. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 36.843/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 09/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. (PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DE PREFEITO. ATAQUE À CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR PROCESSANTE. COMISSÃO DESCONSTITUÍDA. RECONHECIMENTO DO PEDIDO AUTORAL. NÃO-OCORRÊNCIA. PURA E SIMPLES PERDA DE INTERESSE DE AGIR.) 1. Nos aclaratórios, sustenta a parte embargante que pediu, alternativamente à aplicação do art. 269, inc. II, do Código de Processo Civil (CPC), a reforma do julgado da origem com aplicação do art. 267 do CPC, com reconhecimento de extinção do feito sem resolução de mérito, e que tal pedido alternativo não foi avaliado por esta Corte Superior, caracterizando omissão. 2. Com razão o embargante no que tange à caracterização da omissão. 3. Lê-se, no recurso ordinário, o seguinte pedido (v. fl. 897, e-STJ): "2) Alternativamente, caso não se entenda pelo provimento do pedido anterior, o que se admite somente em função do princípio da eventualidade, seja o feito extinto sem resolução de mérito, nos termos do entendimento proferido por essa Colenda Corte nos autos do RMS 20909/RS". 4. Sobre este pedido, não houve manifestação no acórdão embargado. 5. Contudo, novamente não assiste razão ao embargante-recorrente. 6. A leitura atenta do acórdão objeto do recurso ordinário deixa claro que, conquanto das conclusões conste "segurança denegada", a origem aplicou o art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09, entendendo por "denegar a segurança" nas hipóteses do art. 267 do CPC (v. fls. 859/861, e-STJ), motivo pelo qual o pedido alternativo carece de fundamentação suficiente e não deve ser conhecido por incidência analógica da Súmula n. 284 do STF - a considerar que o acórdão recorrido já havia aplicado o art. 267 do CPC, pela via do art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09, não havendo formação de coisa julgada material. 7. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer parcialmente do recurso ordinário e, nesta parte, negar-lhe provimento (em substituição ao provimento anterior, na esteira do qual o recurso ordinário havia sido apenas não provido). (EDcl no RMS 34.611/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 11/11/2011)

Diante do exposto, ante a perda superveniente do interesse da impetrante, com o parecer, denego a segurança, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil/15.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, com o parecer. Declarou-se impedido o desembargador Dorival Renato Pavan.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 12 de julho de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0001342-08.2011.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO – DECLARATÓRIA E COBRANÇA – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – LEI MUNICIPAL QUE FAZ REFERÊNCIA À LEGISLAÇÃO FEDERAL ESPECÍFICA – FUNÇÃO DE GARI – INSALUBRIDADE NOTÓRIA – GRAU A SER ESTABELECIDO MEDIANTE LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO.

É devido o adicional de insalubridade à servidora pública municipal quando a norma municipal (Lei Complementar Municipal 001/1993) o garante e prevê expressamente que a regulamentação ocorrerá conforme legislação federal específica (art. 12 da Lei Federal nº 8.270/1992).

A insalubridade da função de gari é notória, de modo que independe de prova (art. 374, I, do Código de Processo Civil), tanto é que, em relação aos trabalhadores do setor privado, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que é insalubre o trabalho que exige contato permanente com lixo urbano.

O grau de insalubridade será atestado por profissional competente, em sede de liquidação de sentença por arbitramento, conforme art. 509, I, do Código de Processo Civil.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de agosto de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Zenilda de Oliveira interpõe apelação cível (f. 109/118) contra a sentença (f. 94/97) proferida nos autos da demanda de cobrança ajuizada contra o Município de Japorã. O juiz julgou improcedente o pedido de recebimento de adicional de insalubridade.

Sustenta ter a Lei Complementar Municipal 001/1993 determinado a fixação dos percentuais do adicional de insalubridade, devido aos seus servidores (art. 70), conforme previsto na legislação federal. Ademais, afirma que a inércia do poder público em regulamentar a lei, estipulando os critérios de concessão do benefício, não pode prejudicar o servidor público.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 126/137.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de apelação cível que Zenilda de Oliveira interpõe apelação cível (f. 109/118) contra a sentença (f. 94/97) proferida nos autos da demanda de cobrança ajuizada contra o Município de Japorã. O juiz julgou improcedente o pedido de recebimento de adicional de insalubridade.

A recorrente sustenta ter Lei Municipal 001/1993 determinado a fixação dos percentuais do adicional de insalubridade, devido aos seus servidores (art. 70), conforme legislação federal. Ademais, afirma que a inércia do poder público em regulamentar a lei, estipulando os critérios de concessão do benefício, não pode prejudicar o servidor público.

O réu sustenta, preliminarmente, a impossibilidade de juntada de documentos em sede recursal. A autora juntou *holerites* de servidores, a fim de demonstrar que eles vêm recebendo adicional de insalubridade.

Os documentos juntados pela autora não são prova propriamente dita, mas apenas informação complementar, que não influirá de maneira concreta na análise do mérito.

Dessa forma, afasto a preliminar arguida.

Quanto ao mérito, o recurso deve ser provido, a fim de que seja reconhecido o direito da parte autora ao adicional de insalubridade.

Reconhecidamente, o direito à percepção do adicional de insalubridade pelos servidores públicos não está previsto expressamente na Constituição Federal, de modo que, para ser devido, depende de regulamentação dos respectivos entes públicos.

Em casos semelhantes ao presente, adotei o posicionamento de que o adicional de insalubridade, previsto em lei municipal de eficácia limitada, dependia de regulamentação para ser devido ao servidor.

Contudo, na hipótese, há uma peculiaridade. Ao contrário do decidido pelo juiz, a norma prevê expressamente que a regulamentação ocorrerá conforme legislação federal específica. Ou seja, a norma não depende de regulamentação posterior.

A Lei Complementar Municipal n. 001/1993 (Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Japorã) prevê o direito ao adicional de insalubridade, *in verbis:*

> *Art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo, equivalente a até 40% deste.*

Ademais, o art. 70 dispõe, na concessão dos adicionais de atividades insalubres, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica federal.

Entende-se por legislação específica federal a que normatiza o adicional de insalubridade concedido aos servidores públicos federais. Não há como aplicar as normas referentes aos trabalhadores do setor privado como pretende a autora, pois, na hipótese, o vínculo é estatutário.

Dessa forma, o adicional de insalubridade corresponde aos percentuais de 5% (cinco por cento), 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), de acordo com os graus mínimo, médio ou máximo, estabelecidos em Laudo Médico, calculados sobre o vencimento do cargo efetivo do servidor (art. 12 da Lei Federal nº 8.270, de 11.12.1991).

A autora exerce a função de Gari, desempenhando as seguintes atividades: varrição de lixo urbano produzido na cidade, amontoamento de lixo urbano, coleta de resíduos sólidos e execução de outras tarefas correlatas.

A insalubridade em tal função é notória[1], tanto é que, em relação aos trabalhadores do setor privado, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que é insalubre o trabalho que exige contato permanente com lixo urbano, sendo que o Anexo 14 da norma trabalhista regulamentadora n. 15 *"não faz distinção entre os trabalhadores que coletam e os que varrem o lixo urbano"*.

Ocorre que, na hipótese, por ser aplicável a legislação específica dos servidores públicos, é imprescindível que o grau de insalubridade seja atestado por laudo médico.

Apesar de a parte autora ter pleiteado a realização de perícia, ela não foi feita diante da dificuldade na nomeação de perito. E, na sentença, o juiz concluiu ser a questão unicamente de direito.

Incabível a anulação da sentença por cerceamento de defesa, pois, diante dos princípios da instrumentalidade das formas, da economia e celeridade processual, uma vez evidenciada a insalubridade, o grau pode ser atestado por profissional competente, em sede de liquidação de sentença por arbitramento, conforme art. 509, I, do Código de Processo Civil.

Por fim, importante destacar ser cabível tanto a implantação do benefício, como o pagamento dos valores retroativos, respeitada a prescrição quinquenal, pois a lei, desde o início, estabeleceu a regulamentação conforme norma federal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, a fim de julgar procedente o pedido para condenar o réu: à implantação do adicional de insalubridade em favor da autora, conforme percentuais de 5% (cinco por cento), 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), de acordo com os graus mínimo, médio ou máximo, a serem estabelecidos em liquidação por arbitramento, mediante laudo médico; ao pagamento dos valores retroativos, observada a prescrição quinquenal, com incidência de juros, correspondentes aos da caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, a contar da citação; e correção monetária, a partir do inadimplemento de cada parcela, pelo IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período.

Determino a inversão dos ônus sucumbenciais. Quanto às custas, o réu é isento. A definição do percentual dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora deverá ser fixado após liquidação da sentença, diante do disposto no art. 85, § 4º, II, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 09 de agosto de 2017.

***

1 **Código de Processo Civil**. Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; (...)

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0802465-90.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – QUEDA DE GALHO DE ÁRVORE EM CIMA DE AUTOMÓVEL ESTACIONADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – MANUTENÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS – DANOS MATERIAIS – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

Em consonância com recente julgado do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil do Estado no caso de ato omissivo é objetiva. O art. 37, § 6º da Constituição Federal determina a responsabilidade objetiva da administração pública sem fazer distinção se a conduta é comissiva (ação) ou omissiva. Não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez.

Configurada a responsabilidade do Município, diante da inadequada manutenção das árvores urbanas, o que acarretou os comprovados danos materiais no veículo do autor, diante da queda de galho de árvore.

Caso em que não se evidencia prejuízo de ordem moral. O acontecido com o veículo, por si só, não é capaz de gerar dor ou sofrimento capaz de levar ao desequilíbrio emocional ou ferir a honra de seu proprietário.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Cleonaldo da Conceição Batista interpõe apelação cível (f. 167/174) contra a sentença (f. 156/163) de improcedência dos pedidos, proferida nos autos da demanda de reparação de danos ajuizada contra o Município de Corumbá.

Sustenta ter caído um galho de árvore sobre seu veículo, que estava estacionado, na data de 27/12/2014. Pretende seja o réu responsabilizado pela sua conduta omissiva, consistente na ausência de manutenção das vias públicas, de modo a ressarcir-lhe pelos gastos efetuados com o reparo do automóvel

e pelos danos morais decorrentes do incidente. Afirma ser do réu o ônus da prova quanto à ausência de conduta omissiva irregular. Pretende a reforma da sentença, a fim de que o réu seja condenado ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 2.324,00 (dois mil trezentos e vinte e quatro reais) e por danos morais no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O apelado apresentou contrarrazões às f. 177/193.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Cleonaldo da Conceição Batista contra a sentença proferida nos autos da demanda de reparação de danos ajuizada contra o Município de Corumbá. O juiz julgou improcedentes os pedidos.

A demanda versa sobre a responsabilidade do ente público pela reparação de danos, decorrentes de defeito na prestação do serviço de manutenção adequada das vias públicas.

Não obstante existir certa divergência, em consonância com o decidido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil do Estado no caso de ato omissivo é objetiva. Isso porque o art. 37, § 6º da Constituição Federal determina a responsabilidade objetiva do Estado sem fazer distinção se a conduta é comissiva (ação) ou omissiva.

Dessa forma, não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez. Assim, a responsabilidade objetiva do Estado engloba tanto os atos comissivos como os omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão específica do Poder Público.

Neste sentido:

> *(...) A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. (...)* STF. 2ª Turma. ARE 897890 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2015.

Na hipótese, está configurada a responsabilidade do Município de Corumbá, pois a sua conduta omissiva, consistente na inadequada manutenção das árvores urbanas, acarretou os comprovados danos no veículo do autor, diante da queda de galho de árvore.

Neste sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – QUEDA DE ÁRVORE EM VEÍCULO ESTACIONADO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DA DEVIDA FISCALIZAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ÁRVORE LOCALIZADA EM ESPAÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. 1. Controvérsia centrada na discussão sobre a responsabilidade civil do ente público pela queda de uma árvore no carro da autora-apelada. (...) 3. No caso, resta configurada a responsabilidade civil ante a negligência do Município que não observou o seu dever legal de fiscalizar e de conservar as árvores localizadas nos espaços públicos, omissão esta, aliás, que constitui*

fato público e notório, e que influiu diretamente para a ocorrência do evento danoso. 4. Apelação conhecida e não provida. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0122122-27.2008.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 17/11/2016, p: 18/11/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE MUNICIPAL. QUEDA DE GALHO DE ÁRVORE SOBRE VEÍCULO ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA. DANO MATERIAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SENTENÇA CONFIRMADA. A responsabilidade civil do estado é objetiva, trata-se de ato comissivo ou omissivo. Precedentes locais e do supremo tribunal federal. Cabe ao município demandado, na qualidade de administrador e fiscalizador dos logradouros públicos, zelar pela boa condição fitossanitária da vegetação existente nos espaços públicos. Ausente prova mínima de tal fiscalização, a queda de galhos de árvore sobre veículo estacionado, caracteriza ato ilícito imputável à administração pública. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059642751, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 10/07/2014)

Os fatos estão comprovados pelas fotografias do galho caído sobre o automóvel de propriedade do autor (f. 22/24), requerimento administrativo por ele realizado (f. 19), certidão de ocorrência (f. 19) e recibos de despesas suportadas pela parte (f. 13/14).

O parecer técnico emitido por profissionais especializados (f. 30/32) atesta ter a queda do galho ocorrido por circunstâncias fisiológicas naturais, contudo, tal fato não denota caso fortuito ou força maior apto a ensejar o afastamento da responsabilidade do ente público.

O ônus da prova de fato extintivo do direito do direito do autor incumbe ao réu (art. 373, II, Código de Processo Civil), e, no caso, não há provas concretas de que o poder público efetuou poda e manutenção regular da árvore.

Portanto, configurada a responsabilidade do réu pelo ressarcimento dos danos materiais sofridos no veículo do autor, conforme orçamentos de conserto do veículo de f. 13/14, no valor total de R$ 2.324,00 (dois mil trezentos e vinte e quatro reais).

Por outro lado, o pedido de compensação por danos morais não prospera.

Não se evidencia prejuízo de ordem moral ao autor. O acontecido com o veículo não é capaz de, por si só, gerar dor ou sofrimento que possa levar ao desequilíbrio emocional ou ferir a sua honra, até porque não houve qualquer dano à sua integridade física

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de reformar em parte a sentença e julgar procedente o pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais em favor do autor, no valor de R$ 2.324,00 (dois mil trezentos e vinte e quatro reais). Sobre tal valor deverão incidir juros, a contar do evento danoso (27 de dezembro de 2014), conforme índice da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 11.960/09), e correção monetária pelo IPCA, a partir do efetivo prejuízo (também 27 de dezembro de 2014).

Diante da sucumbência recíproca o pagamento das custas deve ser rateado em 50 % para cada parte, com a ressalva de que a ré é isenta e o autor beneficiário da gratuidade da justiça. Fixo os honorários advocatícios em favor do patrono de cada uma das partes em 20 % sobre o valor atualizado da condenação, conforme art. 98, § 3º, do CPC, vedada a compensação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 30 de agosto de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0816555-27.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCUMPRIMENTO DAS PROMESSAS REALIZADAS NO INÍCIO DA RELAÇÃO JURÍDICA E ABANDONO PRECÁRIO DO EMPREENDIMENTO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – DEVOLUÇÃO PARCIAL E PROPORCIONAL DOS VALORES PAGOS POR 5 ANOS DE EXPLORAÇÃO DOS ESPAÇOS – QUANTIAS GASTAS COM OS MÓVEIS – DANOS SUPOSTAMENTE SOFRIDOS PELA PROPRIETÁRIA DA LOJA – IRRELEVÂNCIA.

A administradora de *shopping center* viola o princípio da boa-fé objetiva quando não cumpre promessas realizadas aos lojistas no início da relação jurídica e abandona precariamente o empreendimento em razão do pouco interesse dos clientes.

A empresa administradora tem o dever de restituir parte do valor pago na negociação, de forma proporcional, quando o contrato de exploração de espaço em *shopping cente*r é celebrado por 5 (cinco) anos e há rescisão antes do prazo previsto por culpa do grupo proprietário.

O lojista tem direito de ser indenizado dos valores gastos com a fabricação dos móveis planejados quando o contrato é rescindido antes do término do prazo previsto por culpa da empresa administradora do *shopping*.

A doutrina e a jurisprudência firmaram posicionamento no sentido de admitir compensação por danos morais em decorrência de violação a honra objetiva de empresa. No caso, no entanto, só houve menção dos danos sofridos pela proprietária da loja, que sequer é parte na presente demanda, motivo pelo qual o pedido é improcedente.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

Campo Grande, 6 de setembro de 2017.

Des. Vilson Bertelli – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Shopping Center 26 de Agosto Ltda, nestes autos de rescisão de contrato c/c devolução de valores e reparação de danos ajuizado por Marinês Macário da Cunha Ifran - ME, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Se a apelada se limitou em transcrever notícias genéricas, sem sequer fundamentar seus pedidos em determinadas alegações delas constantes, não há sequer que se considerar tais transcrições como meio de prova.

A empresa autora não provou fatores específicos passíveis de justificar a alegação de má administração, venda ardilosa do empreendimento ou imposição de devolução das lojas pelos lojistas por preços ridículos, de modo que não se desincumbiu do ônus que lhe competia, na forma do art. 373, I, do CPC.

Se a recorrida não amparou suas pretensões em fatores como problemas estruturais como ausência de banheiros (menos da metade ficava aberto), abandono pelo administrador e falta de propaganda e promoção no negócio, não há que tal desiderato ser suprido pelo nobre Julgador, por total ofensa ao citado art. 492, do CPC.

Realizou diversos esforços para atrair o público, inclusive, com divulgações e propagandas na mídia impressa, falada e televisionada.

Não procede o argumento de que tenha prometido lojas âncoras, investimento garantido e nem fluxo intenso de consumidores, pois o sucesso de vendas jamais fez parte dos contratos celebrados entre as partes.

Não feriu a boa-fé objetiva e jamais deixou de cumprir as promessas do contrato, de modo que todos os pedidos iniciais devem ser julgados improcedentes.

A condenação na restituição de valores a título de CDU não merece subsistir e, caso haja entendimento diverso, o que se admite apenas por hipótese, entende que deverá ser considerado todo o tempo de efetiva exploração comercial pela apelada.

Não condiz com a realidade a afirmação de que não pode retirar o mobiliário planejado, uma vez que a maioria dos lojistas já o fizeram, bem como porque não impediu tal situação.

É indevida a condenação por dano moral, já que não houve abalo nem objetivo e tampouco subjetivo à intimidade psíquica da apelada. Alternativamente, entende que o valor da condenação deve ser reduzido para R$ 5.000,00, pois não fixado com razoabilidade e proporcionalidade.

O termo inicial dos juros de mora para os danos morais não pode ser contado da citação e, sim, do seu arbitramento.

Mesmo que mantida a sentença, não houve correta distribuição do ônus de sucumbência, já que ambas as partes teriam decaído em 50% dos seus pedidos.

Existem diversos precedentes do Tribunal e no STJ, que reconheceram a improcedência dos pedidos.

Por fim, pleiteou o conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às páginas 356-373.

Os depoimentos testemunhais foram degravados às páginas 378-388, tendo a apelada dado ciência da degravação e a apelante quedado-se inerte (p. 392).

VOTO (EM 30/08/2017)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo *Shopping Center* 26 de Agosto Ltda, nestes autos de rescisão de contrato c/c devolução de valores e reparação de danos ajuizado por Marinês Macário da Cunha Ifran – ME.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

O recorrente aduz que se a recorrida se limitou em transcrever notícias genéricas, sem sequer fundamentar seus pedidos em determinadas alegações delas constantes, não há sequer que se considerar tais transcrições como meio de prova.

Alega que a empresa autora não provou fatores específicos passíveis de justificar a alegação de má administração, venda ardilosa do empreendimento ou imposição de devolução das lojas pelos lojistas por preços ridículos, de modo que não se desincumbiu do ônus que lhe competia, na forma do art. 373, I, do CPC.

Sustenta que se a recorrida não amparou suas pretensões em fatores como problemas estruturais como ausência de banheiros (menos da metade ficava aberto), abandono pelo administrador e falta de propaganda e promoção no negócio, não há que tal desiderato ser suprido pelo nobre Julgador, por total ofensa ao citado art. 492, do CPC.

Ressalta que realizou diversos esforços para atrair o público, inclusive, com divulgações e propagandas na mídia impressa, falada e televisionada.

Assevera que não procede o argumento de que tenha prometido lojas âncoras, investimento garantido e nem fluxo intenso de consumidores, pois o sucesso de vendas jamais fez parte dos contratos celebrados entre as partes.

Destaca que não feriu a boa-fé objetiva e jamais deixou de cumprir as promessas do contrato, de modo que todos os pedidos iniciais devem ser julgados improcedentes.

Diz que a condenação na restituição de valores a título de CDU não merece subsistir e, caso haja entendimento diverso, o que se admite apenas por hipótese, entende que deverá ser considerado todo o tempo de efetiva exploração comercial pela apelada.

Afirma que não condiz com a realidade a afirmação de que não pode retirar o mobiliário planejado, uma vez que a maioria dos lojistas já o fizeram, bem como porque não impediu tal situação.

Salienta que é indevida a condenação por dano moral, já que não houve abalo nem objetivo e tampouco subjetivo à intimidade psíquica da apelada. Alternativamente, entende que o valor da condenação deve ser reduzido para R$ 5.000,00, pois não fixado com razoabilidade e proporcionalidade.

Frisa que o termo inicial dos juros de mora para os danos morais não pode ser contado da citação e, sim, do seu arbitramento.

Por fim, pede que, mesmo que mantida a sentença, não houve correta distribuição do ônus de sucumbência, já que ambas as partes teriam decaído em 50% dos seus pedidos.

Pois bem, diversamente do sustentando pela autora e acolhido pelo magistrado singular, não vislumbro qualquer prova documental ou mesmo testemunhal de que o requerido, ora apelante, tenha, na fase pré-contratual ou mesmo após firmar o ajuste, comprometido-se a implantar um sistema central de ar-condicionado, manter um número intenso de visitantes/consumidores no estabelecimento, instalar lojas âncoras/de renome, ou mesmo de assegurar de que se tratava de investimento garantido, a fim de ensejar a alegada ausência de boa-fé, de modo que tenho que a autora não se desincumbiu do ônus que lhe competia, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC.

Isso porque, dos expedientes e contratos acostados ao feito, não é possível observar que o requerido tenha feito tais promessas; mas, sob outro enfoque, impende frisar que se houve certo exagero na oferta por parte do empreendedor, tal circunstância decorre do que a doutrina costuma denominar de *"dolus bonus*", que é tolerado juridicamente, porque sua verificação não exige senão uma prudência ordinária e prática comum de negócios para ser evitado.

Nem mesmo a prova testemunhal, revela que, antes dos ajustes, houve tratativas nesse sentido, conforme se poder observar dos depoimentos de p. 378-388, sendo que nem mesmo uma das testemunhas inquiridas, e que também tinha adquirido uma loja no empreendimento, nada revelou a respeito dessas supostas promessas.

Ainda que assim não fosse, como ressaltado em casos análogos julgados neste Tribunal, os riscos atividade empresarial são inerentes aos comerciantes e, por conta disso, não há como transferi-los ao empreendedor, mormente porque o sucesso ou não de vendas jamais fez parte, sequer implicitamente, do ajuste firmado entre as partes, mesmo porque o requerido não pode garantir a impossibilidade de fracasso da mercancia alheia.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES E DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – ART. 489, §1º, INC. V – CPC – AFASTADA – MÉRITO – CESSÃO DE DIREITO DE USO E LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING – INSUCESSO DO EMPREENDIMENTO – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR PARTE DO LOCADOR NÃO DEMONSTRADO – RISCOS INERENTES A QUALQUER ATIVIDADE EMPRESARIAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – MAJORAÇÃO E ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS – RECURSO DESPROVIDO. (...).* ***A ausência de prova concreta quanto ao descumprimento contratual, a teor do disposto no art. 373, I, do CPC, implica na improcedência do pedido de rescisão com base na culpa. O insucesso nas vendas, por si só, não pode ser imputado ao administrador do empreendimento, diante do risco natural que incide em qualquer atividade empresarial, sobretudo porque no contrato não consta cláusula de garantia contra o fracasso do negócio.*** *(...)* (TJMS. Apelação n. 0808143-44.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 04/07/2017, p: 10/07/2017). Destacado

> *(...) APELAÇÃO DA REQUERIDA – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DEVOLUÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATOS DE CESSÃO DE DIREITO DE USO E DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO COMERCIAL EM SHOPPING CENTER – ALEGAÇÃO DE OFENSA À BOA-FÉ – CIRCUNSTÂNCIA NÃO DEMONSTRADA EFETIVAMENTE PELA PARTE AUTORA – SENTENÇA MODIFICADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O princípio da boa-fé, positivado no mencionado dispositivo legal, fundamenta-se na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balisadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura. O sucesso ou não das vendas jamais fez parte, sequer implicitamente,*

dos contratos firmados entre as partes, mesmo porque o locador não pode garantir a impossibilidade de fracasso da mercancia alheia. Se houve certo exagero na oferta por parte do empreendedor, tal circunstância decorre do que a doutrina costuma denominar de dolus bonus, que é tolerado, porque sua verificação não exige senão uma prudência ordinária e prática comum de negócios para ser evitado. Se a parte autora não conseguiu provar que o insucesso da empreitada comercial foi causado por culpa do réu, os pedidos iniciais devem ser julgados improcedentes. APELAÇÃO DO AUTOR – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DEVOLUÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO EM MULTA POR INADIMPLEMENTO DOS PACTOS, DANOS MORAIS E MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MATÉRIAS PREJUDICADAS EM FACE DO ACOLHIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE CONTRÁRIA – APELO NÃO CONHECIDO. (...). (TJMS. Apelação n. 0035653-36.2012.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 15/09/2015, p: 16/09/2015)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C PERDAS E DANOS – PEDIDO DE CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA EM SENTENÇA – JULGAMENTO DO FEITO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA – JUNTADA DE DOCUMENTOS QUE NÃO COMPROVARAM A HIPOSSUFICIÊNCIA ALEGADA – INDEFERIMENTO DO PLEITO COM OPORTUNIDADE DA RECORRENTE PROCEDER O RECOLHIMENTO DO PREPARO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO PARA USO COMERCIAL EM SHOPPING – SUPOSTA TRANSGRESSÃO DO LOCADOR AO FIRMAR O CONTRATO – AUSÊNCIA DE PROVA – ÔNUS DA PARTE AUTORA – DOLUS BONUS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ***(...). III - O princípio da boa-fé, positivado no mencionado dispositivo legal, fundamenta-se na confiança que envolve os sujeitos da relação jurídica, sendo uma regra de conduta, balisadora da sociedade, construída com base nos padrões de honestidade e lisura. IV - O sucesso ou não das vendas jamais fez parte, sequer implicitamente, do contrato de locação de espaço para uso comercial em Shopping Center, mesmo porque o locador não pode garantir a impossibilidade de fracasso da mercancia alheia. V - Se houve certo exagero na oferta por parte do empreendedor, tal circunstância decorre do que a doutrina costuma denominar de dolus bonus, que é tolerado, porque sua verificação não exige senão uma prudência ordinária e prática comum de negócios para ser evitado. VI - Se a parte autora não conseguiu provar que o insucesso da empreitada comercial foi causado por culpa do réu, a sentença de improcedência merece ser mantida.*** (TJMS, AC de n. 0807446-57.2013.8.12.0001, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/02/2015; Data de registro: 02/03/2015). Destacado.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO À DIALETICIDADE – AFASTADA – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL PELA LOCADORA – DEVERES RELATADOS NA EXORDIAL INEXISTENTES NO INSTRUMENTO – RECURSO IMPRÓVIDO. (...). ***Inexistindo no contrato os deveres nos quais se sustenta a tese da locatária de descumprimento contratual, não há qualquer fundamento jurídico para defender o pleito rescisório, ocorrendo mera confusão entre o insucesso comercial e o pretenso inadimplemento das disposições do instrumento.*** (TJMS, AC de n. 0009450-37.2012.8.12.0001, Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/05/2013). Destacado.

Ademais, não se pode perder de vista que à autora cumpria investigar a viabilidade econômica do negócio a que se propôs, vez que nada no comércio pode ser dito como lucro garantido ou infalível. Logo, se assim não fez, criou, para si, um risco inerente à atividade comercial que se pré-dispôs a praticar.

Assim, no meu sentir, a sentença deve ser reformada para que todos os pedidos iniciais sejam julgados improcedentes; atribuindo-se, por consequência, o ônus de sucumbência integralmente à parte autora, cabendo a ela o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Diante do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento, a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Via de consequência, como a decisão foi publicada após a vigência do atual Código de Processo Civil, houve trabalho adicional nesta instância e provimento do reclamo, fixo honorários recursais em 2% sobre o valor atualizado da causa, a serem custeados pela recorrida, dada a simplicidade e pouco tempo de duração do recurso neste grau de jurisdição, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Vilson Bertelli), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 06/09/2017)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º vogal)

Marinês Macário da Cunha Ifran-ME ajuizou ação de rescisão de contrato cumulada com indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor do *Shopping Center* 26 de Agosto Ltda.

O magistrado julgou procedentes os pedidos de rescisão de contrato, de indenização por valores gatos com os móveis da loja e de compensação por danos morais. Julgou parcialmente procedente o pedido de restituição dos valores pagos a título de cessão de direito e uso dos espaços e improcedente o pedido de restituição dos aluguéis.

Malsatisfeito com a sentença proferida o *Shopping Center* 26 de Agosto Ltda interpôs apelação e o desembargador Marcos José de Brito Rodrigues deu provimento ao recurso para o fim de julgar improcedentes os pedidos formulados.

Pedi vista a fim de analisar melhor o recurso de apelação e peço vênia para divergir do ilustre relator.

As partes celebraram contratos de cessão de uso dos espaços F-09 e G-09 do *Shopping Center* 26 de Agosto e a empresa autora quitou os valores ajustados.

Em razão de divergência na metragem das lojas negociadas, as partes, de comum acordo, rescindiram esses contratos e firmaram novos contratos dos espaços SUP D-02 e E-02, nos dias 16/05/2012 e 16/06/2012, respectivamente.

Diante da rescisão dos contratos antes do término do prazo previsto e por ter quitado o valor total ajustado, a empresa autora deveria ser ressarcida de parte das quantias pagas por ela, mas esse valor serviu de crédito em seu favor na segunda negociação, fixada por mais 5 (cinco) anos.

Esses fatos são incontroversos nos autos de processo e só não há consenso entre as partes sobre o contratante responsável pela rescisão dos contratos.

O artigo 422 do Código Civil, norma principal das relações privadas no sistema jurídico brasileiro, impõe aos contratantes o dever de observar os princípios da probidade e da boa-fé na celebração e execução dos contratos.

No caso, a rescisão dos contratos celebrados se deu por culpa exclusiva da empresa ré, notadamente por não ter cumprido promessas realizadas aos lojistas no início das negociações e por ter desistido de forma precoce, pois logo após completar 1 (um) ano de funcionamento seu proprietário já anunciava em jornais de grande visualização o seu desejo de vender o empreendimento, conduta que certamente atrapalhou o movimento e o interesse de novos lojistas na aquisição de espaços ainda não negociados.

De acordo com a testemunha Charles Yusses Massoud, um dos corretores responsáveis por negociar os espaços, o empreendimento inaugurou com apenas 50% das lojas abertas, aproximadamente, e desde a inauguração teve ciência da existência de diversas reclamações por parte dos lojistas.

Já os informantes Marinete Bispo de Oliveira e Anderson Patrício Pereira de Oliveira, também lojistas, apontam o descumprimento das promessas como causa principal do fracasso. Mencionam ausência de instalações de lojas âncoras, a inexistência de propaganda após inauguração do *shopping* e a ausência de ar condicionado como principais fatores do desinteresse dos clientes.

Além do depoimento da testemunha e informantes, há cópias de matérias jornalísticas de empresas tradicionais do nosso Estado, as quais demonstram culpa da administração do *shopping* pelo insucesso do empreendimento e rescisão dos contratos.

Nos termos da reportagem do Correio do Estado (f. 155), os lojistas celebraram contrato por 5 (cinco) anos, mas antes de completar 3 (três) anos o empreendimento não mais funcionava.

O Campo Grande News, após entrevistar Rubens Saad, noticiou o desejo do proprietário de vender seu empreendimento logo após completar 1 ano de inauguração, em razão do baixo movimento, e esse notícia certamente atrapalhou o movimento e espantou eventuais interessados na aquisição dos espaços vazios, tendo em vista o futuro incerto (f. 156).

Já o jornal Midiamax noticiou a estrutura precária do empreendimento menos de 1 (um) ano após a inauguração (f. 6/7). Conforme consta na matéria, o *shopping* estava sem banheiro no primeiro andar, menos da metade da iluminação ficava ativada e não houve propaganda após a inauguração, tanto é que taxa cobrada para cobrir esse custo foi extinta posteriormente.

A empresa ré, por outro lado, se limitou negar os fotos alegados pela autora, sob argumento de ter realizado propaganda e promoções para atrair clientes, mas não comprovou seus argumentos. Ou seja, não demonstrou a existência, a forma e a quantidade de propaganda realizada após inauguração do *shopping*.

Diante das provas produzidas sob crivo do contraditório, é possível constatar a existência de quebra da boa-fé contratual por parte da empresa ré, por não ter honrado as promessas realizadas aos lojistas e não ter esperado tempo suficiente para o empreendimento se desenvolver, haja vista o anúncio público do proprietário do seu desejo de venda logo após completar 1 ano de inauguração.

Esse tem sido o posicionamento adotado por este Tribunal em demandas análogas, de que são exemplo as seguintes ementas:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS – RESCISÃO CONTRATUAL – SHOPPING 26 DE AGOSTO – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – ART. 422, DO CÓDIGO CIVIL – COMPROVAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONTRATUAIS PELO*

EMPREENDEDOR – RESSARCIMENTO DO VALOR DESPENDIDO PELO REQUERENTE A TÍTULO DE CESSÃO DE DIREITO DE USO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – CONTAGEM DAQUELES A CONTAR DA CITAÇÃO (ART. 405, DO CÓDIGO CIVIL) E DESTA DA DATA DE CADA DESEMBOLSO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A boa-fé objetiva é princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio e impõe às partes que ajam, umas em relação às outras, com total transparência, lealdade e respeito, para que façam jus à confiança que nelas foi depositada reciprocamente. Evidenciada a violação dos deveres contratuais assumidos pelo empreendedor que, na comercialização do empreendimento denominado Shopping 26 de Agosto assegurou aos lojistas a implementação de uma grande estrutura para atrair consumidores para o local e não a implementou, devida é a rescisão do pactuado entre as partes e a condenação do requerido ao ressarcimento do valor despendido pelo requerente pago a título de cessão de direito de uso. Em se tratando de responsabilidade contratual, a correção monetária incide desde o desembolso e os juros de mora contam da citação, até o efetivo pagamento. (TJMS. Apelação n. 0050944-76.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 11/07/2017, p: 13/07/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – NÃO OCORRÊNCIA – MÉRITO – RESCISÃO CONTRATUAL – SHOPPING 26 DE AGOSTO – VIOLAÇÃO AOS DEVERES CONTRATUAIS – DANO MORAL – MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – REDISTRIBUÍDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Na comercialização do empreendimento Shopping 26 de agosto foi assegurada aos lojistas a implantação de lojas âncoras e estrutura de praça de alimentação para atrair consumidores. Entretanto, as promessas não se cumpriram. Assim, está caracterizado o inadimplemento contratual do requerido. Na culpa contratual há violação ao dever de adimplir ao que foi convencionado pelas partes, presumindo-se a culpa do inadimplente, posto que se desvia do pactuado. Não configura dano moral o mero inadimplemento contratual. Nos termos do art. 86 do NCPC, "Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas". (TJMS. Apelação n. 0818023-60.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 22/02/2017, p: 20/03/2017)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E DANOS MORAIS – CONTRATOS DE CESSÃO DE DIREITO DE USO E DE LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM SHOPPING CENTER – FRACASSO DO EMPREENDIMENTO UM ANO E MEIO APÓS A INAUGURAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PELO EMPREENDEDOR – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE, NÃO INSTALAÇÃO DE LOJAS ÂNCORAS E DISSONÂNCIA DAS CONDIÇÕES ANUNCIADAS ANTES DA CONTRATAÇÃO – INADIMPLEMENTO CONFIGURADO – RESCISÃO CONTRATUAL – RETORNO DOS CONTRATANTES AO STATUS QUO ANTE – RESTITUIÇÃO DOS VALORES COMPROVADAMENTE DESPENDIDOS PELO LOGISTA – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – NCPC, ART. 85, CAPUT E § 2º – PROVIDA EM PARTE. O apelante firmou com o apelado contratos de cessão de direito de uso e de locação de um espaço no Shopping 26 de Agosto. Um ano e meio, aproximadamente, após a inauguração do empreendimento comercial, o grupo que o administrava anunciou a sua venda, pois não alcançados o sucesso e o público esperados. Posteriormente, o prédio foi desapropriado pelo Estado de Mato Grosso do Sul e ocorreu a imissão na posse, quando os últimos lojistas – cerca de dez – que ainda lá trabalhavam foram obrigados a encerrar suas atividades. O princípio da boa-fé, um dos pilares de sustentação da moderna codificação privada, relativamente ao direito contratual, está previsto no artigo 422 do

> *Código Civil, que enuncia: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Apesar de o dispositivo aludir apenas à conclusão e à execução do contrato, é pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias que o princípio em questão deve ser observado também nas fases pré e pós-contratual, bem assim em relação às obrigações acessórias à principal. Nesse contexto, irrefutável a conclusão de que as informações apresentadas pelo apelado quando da divulgação do empreendimento que estava sendo lançado o vincularam, de modo que aqueles que celebraram contratos de cessão de direito de uso e locação de espaços no Shopping 26 de Agosto tinham o direito de exigir a execução de tudo o que foi prometido na propaganda, isso por força dos deveres de honestidade, transparência e honradez. Todavia, o apelado não cumpriu com as condições anunciadas. Os contratos de shopping center são atípicos e devem observar as normas gerais fixadas no Código Civil, dentre as quais, a da boa-fé contratual. Assim, a simples promessa do apelado, em momento preliminar à contratação, de que promoveria a viabilidade de um centro comercial aos lojistas imputou-lhe, necessariamente, o dever de instalar lojas âncoras e promover a publicidade do empreendimento, pois tais atividades são ínsitas à natureza do contrato de shopping center, mas isso não aconteceu e o empreendimento fracassou. Destarte, conclui-se que o apelado foi o responsável pelo insucesso do Shopping 26 de Agosto, por não ter empreendido os esforços a seu alcance para estimular o comércio, descumprindo as tratativas pré-contratuais e frustrando a legítima expectativa daqueles que com ele contrataram, na busca da união de esforços e investimento do seu capital. A responsabilidade, na hipótese, determina, além da rescisão do contrato, a indenização dos prejuízos comprovadamente suportados pelo lojista, nos moldes dos artigos 475 e 389 do Código Civil.* (TJMS. Apelação n. 0826789-39.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 07/06/2016, p: 09/06/2016)

Por ser culpada pelo insucesso do empreendimento e rescisão dos contratos firmados com os lojistas, a empresa ré tem o dever de indenizar os prejuízos causados à empresa autora.

Como já visto acima, as partes celebraram contratos de cessão de uso dos espaços F-09 e G-09, os quais foram rescindidos posteriormente de comum acordo, haja vista a existência de divergência na metragem das lojas. Novos contratos foram firmados, tendo por objeto os espaços SUP D-02 e E-02, nos dias 16/05/2012 e 16/06/2012, respectivamente.

O espaço SUP D-02 foi negociado por R$ 32.300,00 (trinta e dois mil reais) e o espaço SUP E-02 por R$ 43.203,29 (quarenta e três mil, duzentos e três reais e vinte e nove centavos), correspondente a R$ 538,33 (quinhentos e trinta e oito reais e trinta e três centavos) e R$ 720,05 (setecentos e vinte reais e cinco centavos) mensais.

Considerando os créditos existentes em favor da empresa autora provenientes da rescisão dos contratos originários, dos espaços F-09 e G-09, o espaço D-02 ficou sem qualquer dívida e o espaço E-02 ficou com saldo devedor de R$ 14.065,79 (quatorze mil, sessenta e cinco reais e setenta e nove centavos), a ser pago em 10 (dez) prestações mensais e sucessivas, vencida a primeira no dia 10 de julho de 2012.

O prazo de vigência dos novos contratos era de 5 (cinco) anos, mas o empreendimento encerrou suas atividades bem antes do término, por isso a autora deve ser indenizada pelo tempo que não pode explorar sua loja.

A empresa autora permaneceu com suas lojas abertas até fevereiro de 2013, isto é, explorou o espaço D-02 por 10 meses e o espaço E-02 por 9 meses.

Tendo em vista os valores ajustados pelos contratantes por 5 (cinco) anos de exploração dos espaços e o tempo de vigência da relação jurídica entre as partes, a autora tem direito ao ressarcimento de R$ 26.916,70 (vinte e seis mil, novecentos e dezesseis reais e setenta centavos) referente ao espaço D-02 e R$ 36.722,79

(trinta e seis mil, setecentos e vinte e dois reais e setenta e nove centavos) relativo ao espaço E-02, exatamente conforme fixado na sentença.

Não prospera a pretensão da empresa apelante de querer somar o tempo de exploração dos contratos anteriores, rescindidos de forma amigável, aos novos contratos. Isso porque os contratos atuais foram fixados e cobrados por mais 5 (cinco) anos de exploração, ou seja, o tempo de vigência na negociação anterior não interferiu na atual. Houve apenas aproveitamento do valor pago pela autora na negociação anterior, o qual deveria ser parcialmente restituído em razão da rescisão do contrato antes do término, como parte do pagamento da nova negociação.

Conforme consta na petição inicial, a empresa autora teve gasto de R$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais) com os móveis planejados de sua loja e pretende ser ressarcida desse valor, sob argumento de não ter conseguido retirar os móveis sem danos, bem como por não ter utilizado em outro espaço, porque foram feitos sob medida para os espaços negociados.

A existência desses móveis é fato incontroverso nos autos de processo, por não existir divergência entre as partes no tocante ao funcionamento da empresa autora até fevereiro de 2013 e nenhuma loja consegue funcionar sem móveis para expor suas mercadorias. Já os valores gastos com a fabricação e instalação desses móveis são comprovados com a juntada de notas fiscais (f. 153/154).

Por isso, a sentença permanece inalterada no tocante à procedência desse pedido, por não haver exagero nos valores apresentados e pelo fato da empresa ré só ter apresentado impugnação genérica na contestação, vale dizer, não produziu prova capaz de desqualificar essa pretensão e as provas produzidas.

Por outro lado, necessário dar provimento ao recurso de apelação relativamente ao pedido de compensação por danos morais, haja vista inexistir causa de pedir para fundamentar essa pretensão.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir compensação por danos morais em decorrência de violação a honra objetiva de empresa, mas o advogado apenas mencionou os danos sofridos pela proprietária da loja (f. 19/20), que sequer é parte na presente demanda.

Nada disse, muito menos comprovou, sobre eventual repercussão social negativa na honra da empresa autora em decorrência desse episódio, motivo pelo qual o pedido de compensação por danos morais é improcedente.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação apenas para acompanhar o relator na improcedência do pedido de compensação por danos morais. No mais, mantenho a sentença inalterada.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Marcos José Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo *Shopping Center* 26 de Agosto Ltda, nestes autos de rescisão de contrato c/c devolução de valores e reparação de danos ajuizado por Marinês Macário da Cunha Ifran – ME.

Na sessão do dia 30/08/2017, proferi voto no sentido de dar provimento ao reclamo interposto e, por consequência, julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais formulados, inverter o ônus de sucumbência, bem como elevar os honorários advocatícios recursais em desfavor da requerente.

Após, houve adiamento do julgamento, em virtude do pedido de vistas do D. 1º vogal, Des. Vilson Bertelli, o qual na sessão seguinte, realizada no dia 06/09/2017, abriu a divergência, proferindo voto pelo parcial provimento ao apelo, julgando improcedente somente o pedido de indenização por dano moral e, no mais, mantendo a sentença objurgada.

Referido posicionamento foi acompanhado pelo D. 2º Vogal, Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Pois bem, após atenta oitiva ao voto proferido pelo ilustre 1º Vogal e convencido de seus fundamentos jurídicos, revejo meu entendimento anteriormente firmado e passo a acompanhá-lo, aderindo ao seu voto.

Diante do exposto, acompanho o i. 1º vogal para dar parcial provimento ao recurso interposto pelo *Shopping Center* 26 de Agosto Ltda, julgando improcedente somente a indenização por dano moral e mantendo a sentença nos demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 06 de setembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0834301-39.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – QUITAÇÃO DO DÉBITO – MANUTENÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 43, § 3º, DO CDC – ATRASO DE UM DIA ÚTIL PARA EXCLUSÃO DO NOME DO CONSUMIDOR – ABUSO DE DIREITO – REDUÇÃO DO *QUANTUM* – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O credor tem o prazo de cinco dias úteis, previstos no art. 43, § 3º do CDC, aplicável por analogia, computados a partir da data em que o débito foi quitado, para excluir o nome do consumidor do cadastro de mau pagadores.

Decorrido o prazo, a manutenção indevida comprova o abuso de direito e, consequentemente, gera o dever de reparar o prejuízo causado.

A correção monetária incide desde a data do arbitramento (Súmula n. 362 STJ) e os juros moratórios a partir da citação, por se tratar de relação jurídica contratual (art. 406 do CC).

Recurso conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Embratel TVSAT Telecomunicações Ltda (Claro TV), em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na ação de indenização por danos morais movida por Adriano Toledo Nascimento.

Aduz que o valor fixado a título de indenização, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais) é exagerado e desproporcional, tendo em vista que o nome do apelado permaneceu negativado por cinco dias úteis após o pagamento, sendo equivalente a uma multa diária de R$ 1.666,66 (um mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos).

Sustenta que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que compete ao órgão de proteção ao crédito notificar o devedor antes de proceder à inscrição (Súmula 359 do STJ).

Alega que a imposição de juros a partir da citação viola a Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a orientação sedimentada é no sentido de que a indenização por dano moral só passa a ter expressão econômica a partir da decisão judicial que a arbitrou, não podendo, portanto, incidir antes do arbitramento, juros de mora sobre a quantia que ainda não fora estabelecida em juízo.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e reduzir o *quantum* indenizatório para R$ 3.000,00 (três mil reais), bem como modificar o termo inicial dos juros de mora, a partir do arbitramento.

Em contrarrazões, o apelado requereu a manutenção da sentença em todos os seus termos.

VOTO (EM 13/06/2017)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Embratel TVSAT Telecomunicações Ltda. (CLARO TV) interpõe recurso de apelação, em face da proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que condenou-lhe ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente, com base na variação do IGP-M/FGV, a partir da publicação, e acrescida de juros moratórios de um por cento ao mês, computados desde a citação; por se tratar de relação contratual mantida entre as partes.

Em breve retrospectiva ao processo, tem-se que a condenação decorreu em razão da manutenção indevida do nome do apelado no cadastro de inadimplentes em órgão de proteção ao consumidor, após haver quitado integralmente o débito.

Argumenta que o valor fixado é desproporcional ao dano, tendo em vista que o nome do apelado permaneceu negativado no órgão de proteção ao crédito por seis dias úteis após o pagamento.

Ressaltou que a sentença violou as Súmulas nº. 359 e 362, ambas do Superior Tribunal de Justiça.

Requereu, ao final, o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, no sentido de reduzir o *quantum* indenizatório para R$ 3.000,00 (três mil reais), bem como fixar o termo inicial dos juros de mora, a partir do arbitramento.

Consoante se depreende dos autos, resta incontestável a conduta ilícita praticada por parte da empresa, materializada na manutenção indevida do nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito, mesmo após o adimplemento da obrigação.

É certo que não existe na legislação consumerista prazo determinado para que o credor retire o nome do devedor do órgão de proteção ao crédito, após a quitação da dívida.

No entanto, por analogia, utiliza-se como prazo razoável os cinco dias úteis, previstos no art. 43, § 3º do CDC, cujo dispositivo trata das providências a serem adotados pelo órgão de proteção ao crédito para corrigir eventuais inexatidões materiais existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais do consumidor.

Para aplicar-se essa regra ao caso concreto, necessário realizar algumas ponderações. Segundo consta nos autos, o pagamento do débito foi efetuado em 11 de junho de 2014 (quarta-feira) e a baixa definitiva no sistema ocorreu em 24 de junho de 2014 (terça-feira).

Ocorre que nesse ínterim houveram dois feriados, 13 de junho (sexta-feira - Padroeiro Municipal) e 19 de junho (quinta-feira - *Corpus Christi*). Logo, verifica-se que o nome do consumidor permaneceu no cadastro de inadimplentes, depois de haver efetuado o pagamento integral do débito, por seis dias úteis, ou seja, um dia útil a mais, em relação ao quinquídio adotado pela jurisprudência como parâmetro para regularização da situação do consumidor.

Esse atraso insignificante, de apenas um dia útil, ao meu ver, não pode sobrepor-se, para efeito de quantificação da compensação por dano moral, ao biênio em que o nome do consumidor permaneceu, legitimamente, inscrito no cadastro de inadimplentes, situação que perdurou de 8 de maio de 2012 a 11 de junho de 2014, data em que, finalmente, adimpliu sua obrigação.

Todavia, em que pese o diminuto atraso de um dia útil na demora na baixa, essa falta caracteriza prática do abuso de direito e acarreta o dever de indenizar, a teor do que dispõe o artigo 187 do Código Civil.

Por abuso de direito entende-se como um ato jurídico de objeto licito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularização, acarreta um resultado que se considera ilícito.

No entanto, apesar da conduta ilícita praticada pela concessionária, torna-se imprescindível considerar o diminuto atraso na regularização da situação cadastral do consumidor, para, somente então, verificar se o valor se apresenta razoável.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a indenização tem função pedagógica para futuras condutas, não podendo o valor pecuniário gerar enriquecimento sem causa ao ofendido; razão pela qual entendo que, diante das circunstâncias concretas do caso, o valor da indenização deve ser reduzido para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

No tocante ao termo inicial dos juros moratórios, a insurgência da apelante reside no argumento de que não se pode falar em mora, antes que ocorra o arbitramento judicial da compensação econômica.

No entanto, tal argumentação não merece prosperar, pois observa-se que a sentença está em consonância com os enunciados do Superior Tribunal de Justiça, pois, o termo inicial de incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual, opera-se a partir da citação.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE TELEFONIA. RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. DANOS MORAIS. REVISÃO. VALOR EXORBITANTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.*
>
> *1. É pacífico nesta Corte o entendimento no sentido de que a fixação dos valores referentes a danos morais cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta de apreciação de critérios da razoabilidade e da proporcionalidade do valor fixado, compatível com a extensão do dano causado, razão pela qual insuscetível de revisão em recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *2. A Corte Especial deste Tribunal firmou entendimento, no sentido de que, tratando-se "de reparação de dano moral, os juros de mora incidem desde o evento danoso, em casos de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54/STJ), e desde a citação da parte ré, no caso de responsabilidade contratual)* (EDcl nos EREsp 903.258/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 6/5/2015, DJe 11/6/2015).

> *3. Não pode ser conhecido o recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional quando o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.*
>
> *Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 744.032/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 16/09/2015).*

Por fim, afasta-se a alegação de violação ao enunciado da Súmula n. 359 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis: "Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição".*

É que, no presente caso, não se discute a ausência de prévia notificação do devedor, antes de se proceder à inscrição de seu nome junto ao cadastro de inadimplentes, mas, sim, a demora injustificada em providenciar sua exclusão, mesmo depois de haver quitado o débito.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para reduzir o valor da indenização para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), cuja importância será corrigida monetariamente, a partir da publicação do acórdão, com base na variação do IGP-M/FGV e acrescida de juros moratórios de um por cento ao mês, computados desde a citação.

Considerando que a recorrente restou integralmente vencida e o trabalho realizado na fase recursal, pelo advogado da parte contrária, majoro os honorários advocatícios para quinze por cento sobre o valor atualizado da condenação; o que faço com fundamento no artigo 85, § 11 do novo Código de Processo Civil.

Conclusão de julgamento adiada para sessão de 18/07/2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Luiz Tadeu), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 18/07/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º vogal)

Pedi vista dos autos em razão da dúvida acerca da existência de dano efetivo, passível de indenização. O caso em apreço é, a meu ver, situação que não tem o condão de romper o equilíbrio psicológico, a ponto de condenar a apelante ao pagamento de quantia com o fim de suavizar-lhe os incômodos. Entretanto, o tópico não foi devolvido pela apelante, sendo que a discussão, em sede recursal, se circunscreve ao *quantum* indenizatório e termo inicial dos juros moratórios, o que desautoriza o conhecimento da matéria não impugnada.

Com efeito, a indenização relativa ao dano moral deve ser arbitrada com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser tão elevada que promova o enriquecimento sem causa da vítima.

É certo que o ordenamento jurídico não contempla parâmetro objetivo de quantificação de indenização por dano moral, de sorte que a fixação é tarefa atribuída ao Judiciário, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto. Todavia, a extensão do dano é parâmetro que serve de norte ao arbitramento (art. 944, CC).

O fato é que o autor teve seu nome inscrito em cadastro de inadimplentes em 08/05/2012 e pagou o débito somente em 11/06/2014, permanecendo negativado, portanto, por aproximadamente dois anos. Em que pese mencionar o autor que desconhecia o débito pelo qual fora negativado, é certo que a legitimidade

do apontamento não constituiu causa de pedir, assim como a devolução de valores indevidamente pagos não integra o pedido. Deste modo, cinge-se a lide à manutenção indevida do nome do autor nos cadastros de inadimplentes após o pagamento do débito.

Pois bem. A baixa definitiva ocorreu em 24/06/2014 e, conforme destacou o voto condutor, *nesse ínterim houveram dois feriados, 13 de junho (sexta-feira - Padroeiro Municipal) e 19 de junho (quinta-feira - Corpus Christi). Logo, verifica-se que o nome do consumidor permaneceu no cadastro de inadimplentes, depois de haver efetuado o pagamento integral do débito, por seis dias úteis, ou seja,* ***um dia útil a mais****, em relação ao quinquídio adotado pela jurisprudência como parâmetro para regularização da situação do consumidor. (destaquei)*

A premissa adequada, portanto, é de que o autor permaneceu indevidamente inscrito nos cadastro de inadimplentes por apenas um dia, e não treze, tal como leva crer sua inicial, fato relevante para quantificar o dano.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho[1]:

> *Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.*
>
> *Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.*

Assim, levando-se em consideração a situação específica, o *quantum* indenizatório, fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), deve mesmo ser reduzido.

Quanto aos juros de mora, não há como acolher a pretensão da apelante - para que incidam desde o arbitramento -, em razão de tratar-se de ilícito oriundo de relação contratual, de modo que devidos desde a data da citação, conforme entendimento firmado por esta Câmara.

Sendo assim, acompanho o voto condutor, para dar parcial provimento ao recurso para reduzir o valor da indenização para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), posto que se trata de dano de mínima extensão - permanência, em cadastro em cadastro de inadimplentes por seis dias úteis, excedendo, portanto, em apenas um dia o prazo de que dispõe o credor para a baixa do apontamento -, fixando-se o termo inicial dos juros de mora a partir da data da citação.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

1 **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 18 de julho de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0840950-20.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RELAÇÃO DE CONSUMO – VENDA DE ALIMENTO ESTRAGADO – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS NO PRODUTO (LOTE/FABRICAÇÃO) – INGESTÃO PELOS CONSUMIDORES – PREJUÍZO À SAÚDE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEVER DE INDENIZAR – FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

O produto que não se apresenta com a qualidade e segurança que dele se podia legitimamente esperar mostra-se defeituoso, nos termos da legislação consumerista, devendo o comerciante responder objetivamente pelos danos causados.

Ao fixar valor da indenização deve-se ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado.

A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo no causador do mal impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado.

Recursos conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

BRF S.A. e Pires E Cia Ltda, interpuseram recursos de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que ao julgar parcialmente procedente o pedido contido na ação de indenização por danos materiais e morais, movida por Janaína Lima da Silva e Luiz Carlos de Souza Júnior, condenou-lhes a ressarcirem os prejuízos suportados pelos requerentes no importe de R$ 19,59 (dezenove reais e cinquenta e nove centavos) no tocante aos danos materiais, acrescido de atualização monetária pelo IGPM/FGV e juros de 1% ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, bem como a quantia de R$ 9.000,00 (nove mil reais) por compensação aos danos morais para a requerente Janaína e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o requerente Luiz Carlos, valores esses que

deverão sofrer correção monetária pelo IGPM/FGV a partir da data da prolação da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil.

Nas razões recursais da BRF S.A., sustenta em princípio sua ilegitimidade passiva, uma vez que é apenas fabricante do produto e não expôs os produtos à venda fora do prazo de validade. Alega inexistência de nexo causalidade com o dano, visto que a aquisição do produto e sua consequente ingestão se deu 35 dias após o término do prazo de validade que era 06.10.2014, conforme afere-se da foto juntada pela própria autora.

Pontuou com base nisso, a ausência de responsabilidade e inexistência de dano moral. Requereu por fim, a reforma da decisão ou subsidiariamente, a redução do valor da condenação.

Às fls. 245/252, a segunda recorrente insurge-se tão somente no tocante ao *quantum* indenizatório. Sustenta que a indenização de R$ 14.000,00 mil reais aos apelados não levou em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada.

Como pedido, requereu a reforma da decisão, no sentido de julgar improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais ou reduzir o *quantum* indenizatório para R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos) reais.

Os apelados pugnaram pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Conforme relatado, BRF S.A., sustenta sua ilegitimidade passiva, uma vez que é apenas fabricante do produto e não expôs os produtos à venda fora do prazo de validade. Alega inexistência de nexo causalidade com o dano, visto que a aquisição do produto e sua consequente ingestão se deu 35 dias após o término do prazo de validade que era 06.10.2014, conforme afere-se da foto juntada pela própria autora.

Com base nisso, declarou a ausência de sua responsabilidade e inexistência de dano moral, requerendo ao final a reforma da decisão ou subsidiariamente, a redução do valor da condenação.

Já a segunda recorrente, insurge-se tão somente no tocante ao *quantum* indenizatório. Sustenta que a indenização de R$ 14.000,00 mil reais aos apelados não levou em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada.

Pois bem, feito o breve relato, passo a análise do mérito.

O caso dos autos retrata típica relação de consumo.

A responsabilidade pelo fato do produto decorrente de um vício de qualidade frustra a expectativa do consumidor quanto à sua utilização, principalmente quando acarretarem riscos à sua integridade física.

Aplica-se, portanto, ao caso a regra da responsabilidade civil objetiva, que prescinde de prova da culpa do fabricante, produtor ou distribuidor.

É o que estabelece o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor:

> *O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*

Por sua vez, o § 3º do referido dispositivo determina que: *"O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro"*.

Nos autos, a fim de eximir a sua responsabilidade, a primeira apelante sustenta que não expôs o produto fora do prazo de validade, assim como restou demonstrado que os consumidores ingeriram o produto com 35 (trinta e cinco) dias após expirado o prazo de validade.

No entanto, às fls. 23/24, verifica-se que a recorrente (Fabricante) descumpriu obrigação imposta por lei, ou seja, cometeu ato ilícito, já que no produto adquirido pelos requerentes não há a informação na embalagem sobre a data de fabricação, o lote e o vencimento, em nítida violação aos arts. 6º, III e 31 do Código de Defesa do Consumidor, incidindo, no caso, a regra disposta no art. 12 do mesmo códex.

Ademais, comungo com a decisão do juízo de piso, no sentido de que:

> *Sua responsabilidade resta ainda mais nítida ao passo em que a própria requerida BRF afirma em sua peça de defesa que seus produtos [...] permanecem 6 horas em repouso e posteriormente são revisados para verificar a presença de vácuo, rotulados e datados e automaticamente só então são encaixotados e encaminhados para estocagem e posterior carregamento. Verifica-se, portanto, que houve uma falha no processo de embalagem do produto, pois a requerida BRF o disponibilizou sem que estivesse rotulado e datado corretamente, o que levou os requerentes à situação narrada na inicial e comprovada pelos documentos acostados nos autos.*

Em assim sendo, comprovado o fato ilícito, inegável a ocorrência do dano e do nexo causal.

Sobre o tema:

> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - ALIMENTO ESTRAGADO - PREJUÍZO À SAÚDE DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANO MORAL CARACTERIZADO - REPARAÇÃO DEVIDA. - Comprovado que o produto alimentar estragado estava à venda, configurada restou a culpa do comerciante, ante o fato de que o consumidor, ao ingerir o produto, sofreu danos à sua saúde. - A indenização não só tenta compensar a dor psicológica, como também deve representar para quem paga uma reprovação, em face do desvalor da conduta.* (TAMG - Ap. Cível nº 2.0000.00.416540-4/000 - 6ª Câmara Cível - Rel. Heloísa Combat - j. 20/04/2004 - DJ. 28/05/2004).

No mesmo sentido votei, como relator, no julgamento da apelação 1.0114.09.110737-4/001, j. 12/01/11, acórdão publicado em 21/01/11.

Portanto, inegável sua responsabilidade no caso em concreto.

No tocante a quantificação, a segunda recorrente insurge-se quanto ao valor, sustentando ser desarrazoado e desproporcional a quantia condenada.

Esclarece-se, inicialmente, que doutrina e jurisprudência inclinam-se no sentido de conferir à indenização por danos morais caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima.

Para tanto, mister considerar as circunstâncias em que ocorreu o fato, as condições econômicas das partes e, ainda, os transtornos e atribulações pelas quais passou a requerente, entende-se que a indenização pelos danos morais foi corretamente fixada pelo douto magistrado de primeiro grau que, com apurada sensibilidade, bem definiu o seu valor.

Para a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira:

> *O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é próprio da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral, insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias). A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. (*Responsabilidade Civil, 8ª edição, Forense, 2001, p. 67*).*

Tratando-se de pleito indenizatório, a avaliação deste não segue o padrão de simples cálculo matemático econômico, mas deve ser fixado segundo critério justo a ser seguido pelo juiz, para não tornar essa indenização muito alta, a ponto de reduzir o ofensor em outra vítima. Como é sabido, o dinheiro não recompõe a integridade física, psíquica ou moral lesada de alguém. Apesar de ser apenas uma consolidação para amenizar a dor da vítima, também é uma punição para aquele que causou o dano, e deve ser uma quantia que reprima nele, no futuro, atitudes semelhantes, forçando-o a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

Assim, considerando os parâmetros acima destacados, conclui-se que o valor arbitrado em primeira instância figura-se suficiente para repreender a segunda apelante e compensar a dor pela qual passou a autora.

Ante o exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

Com fundamento no artigo 85, § 11 do Novo Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios, fixados em primeiro grau, para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança Coletivo n. 1400611-65.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPETÊNCIA DETERMINADA EM RAZÃO DA AUTORIDADE COATORA – CABIMENTO – AUSÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL CONTRA A DECISÃO IMPUGNADA – INTERVENÇÃO DA ANVISA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POSSIBILIDADE APÓS A SENTENÇA – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 9º E 10 DO CPC/15 – NÃO OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE NULIDADE – REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 45 DO CPC/15 – COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO – SEGURANÇA DENEGADA.

A competência para julgamento do mandado de segurança é definida de acordo com a natureza da autoridade indicada como coatora, no caso, o juiz estadual.

Conforme o artigo 5º da Lei n. 12.016/09, não se concede mandado de segurança contra decisão judicial quando esta for impugnável com recurso dotado de efeito suspensivo. Sendo, no caso, decisão que declinou a competência para a Justiça Federal, não há recurso cabível no ordenamento jurídico, sequer o agravo de instrumento, porquanto já se fixou o entendimento que as hipóteses do artigo 1.015 do CPC/15 são taxativas.

Não deve ser declarada a nulidade da decisão que não determinou a intimação prévia das partes, uma vez que, no caso, o contraditório foi diferido e eventual declaração de nulidade causará prejuízo maior às partes e ao próprio trâmite do processo, porquanto este retornaria para proferir igual decisão, gerando nova impetração de diversos mandados de segurança idênticos.

Ademais, é preciso proceder a uma interpretação sistemática dos dispositivos do Código de Processo Civil, que também enaltece a proporcionalidade, razoabilidade e a sanabilidade dos vícios com o princípio da instrumentalidade das formas. Inteligência dos artigos 8º e 277, CPC/15.

O artigo 45 do CPC/15, seguindo antiga Súmula 150/STJ, dispõe que tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente.

Dessa feita, se a Anvisa (autarquia federal) requereu sua intervenção do feito, cabe ao Juiz Estadual remeter os autos à Justiça Federal para que lá seja analisada a viabilidade da intervenção, o que interfere diretamente na competência para processar e julgar o feito originário.

Se a intervenção é requerida antes da sentença, a instrução poderá prosseguir na Justiça Federal. Por sua vez, é possível que ocorra posteriormente à sentença, que enseja tão-somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual. Precedentes do STJ.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 28 de agosto de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

ABRACON – SAÚDE – Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, MS, bem como, por BRF S/A e Anvisa - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Aduz que ajuizou ação coletiva em face da empresa Seara Alimentos Ltda (autos n. 0808530-88.2016.8.12.0001), tendo em vista que esta indica na embalagem dos produtos que comercializa apenas a informação "Contém Glúten", sem fazer menção aos riscos que seu consumo apresenta aos portadores de doença celíaca, de modo que o correto seria indicar *"Contém Glúten – o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, conforme regra prevista nos artigos 6º, III, 9º e 31 do CDC.

Afirma que o Magistrado reconheceu sua incompetência absoluta para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, tendo em vista que a ANVISA, após a sentença, manifestou ter interesse no feito e interpôs recurso de apelação.

Quanto ao teor da decisão propriamente dita, entende que não obstante a ANVISA seja uma autarquia federal, tal fato não desloca a competência para a Justiça Federal, tendo em vista que à Justiça Federal compete julgar e processar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, conforme dispõe o artigo 109, I, da Constituição Federal.

Defende, ainda, que a decisão do Magistrado violou o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, tendo em vista que as partes não foram intimadas antes da prolação da decisão que declinou da competência para julgar o feito, atentando contra os artigos 9º e 10 do novo CPC.

Aduz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar no sentido de suspender o ato impugnado, uma vez que a concessão da segurança, ao fim, seria absolutamente ineficaz, já que o feito será imediatamente remetido à Justiça Federal, o que além da ineficácia da tutela jurisdicional, implicará prejuízo temporal e financeiro.

Prequestiona os seguintes dispositivos legais e constitucionais: *"CF: arts. 5º, XXXVII, LIII, LIV, LV, LXXVIII, LXIX, LXX, alínea b, 108, I, alínea c e II, 109, I, 125, § 1º; Súmulas nº 55 e 150 do STJ; Súmula nº 629 do STF; NCPC: arts. 4, 7, 9, 10, 494, 485, § 7º, 926 e 927, IV, 1.015; Lei n. 12.016/09: arts. 1, 5º, II, 7, III, 21, 22, § 2º 23; Lei n. 7.347/85: art. 18; Lei n. 8.078/90: art. 87"*.

Pugna, ao fim, pela concessão da media liminar a fim de que se mantenha o regular processamento dos autos n. 0808530-88.2016.8.12.0001, com a suspensão dos efeitos do ato impugnado. Ao fim, pede

a concessão da segurança a fim de anular a decisão que reconheceu a competência da Justiça Federal ou, alternativamente, "*caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, o que se admite por mera cautela, requer-se a concessão da segurança, para o fim de anular a decisão interlocutória da autoridade coatora, reconhecendo-se o direito das partes de se manifestarem acerca da possibilidade de deslocamento do feito para a Justiça Federal*".

Deixa de recolher custas, com fundamento nos artigos 18 da Lei n. 7.347/85 e 87 da Lei n. 8.078/90.

Inicialmente, o feito havia sido distribuído ao Des. Dorival Renato Pavan, que, em razão da conexão e prevenção, determinou a redistribuição do feito ao presente Relator (f. 480/484).

Em decisão monocrática (f. 492/496), este Relator deferiu, em parte, a liminar para determinar a suspensão dos autos principais.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações à f. 507/508 e o Estado manifestou não ter interesse no seu ingresso na lide.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público (PGJ) opinou pela denegação da segurança (f. 564/577).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ABRACON – SAÚDE – Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, MS, bem como, por BRF S/A e Anvisa - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Conforme relatado, a impetrante aduz que ajuizou ação coletiva em face da empresa Seara Alimentos Ltda (autos n. 0808530-88.2016.8.12.0001), tendo em vista que esta indica na embalagem dos produtos que comercializa apenas a informação *"Contém Glúten"*, sem fazer menção aos riscos que seu consumo apresenta aos portadores de doença celíaca, de modo que o correto seria indicar *"Contém Glúten – o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca"*, conforme regra prevista nos artigos 6º, III, 9º e 31 do CDC.

Afirma que o magistrado reconheceu sua incompetência absoluta para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, sem ter a ANVISA se manifestado no feito, tendo sido a decisão proferida em audiência de conciliação designada para o dia 17.11.2016.

Quanto ao teor da decisão propriamente dita, entende que não obstante a ANVISA seja uma autarquia federal, tal fato não desloca a competência para a Justiça Federal, tendo em vista que à Justiça Federal compete julgar e processar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, conforme dispõe o artigo 109, I, da Constituição Federal.

Defende, ainda, que a decisão do Magistrado violou o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, tendo em vista que as partes não foram intimadas antes da prolação da decisão que declinou da competência para julgar o feito, atentando contra os artigos 9º e 10 do novo CPC.

Aduz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar no sentido de suspender o ato impugnado, uma vez que a concessão da segurança, ao fim, seria absolutamente ineficaz, já que o feito

será imediatamente remetido à Justiça Federal, o que além da ineficácia da tutela jurisdicional, implicará prejuízo temporal e financeiro.

Prequestiona os seguintes dispositivos legais e constitucionais: *"CF: arts. 5º, XXXVII, LIII, LIV, LV, LXXVIII, LXIX, LXX, alínea b, 108, I, alínea c e II, 109, I, 125, § 1º; Súmulas nº 55 e 150 do STJ; Súmula nº 629 do STF; NCPC: arts. 4, 7, 9, 10, 494, 485, § 7º, 926 e 927, IV, 1.015; Lei n. 12.016/09: arts. 1, 5º, II, 7, III, 21, 22, § 2º 23; Lei n. 7.347/85: art. 18; Lei n. 8.078/90: art. 87"*.

Pugna, ao fim, pela concessão da medida liminar a fim de que se mantenha o regular processamento dos autos n. 0808580-17.2016.8.12.0001, com a suspensão dos efeitos do ato impugnado. Ao fim, pede a concessão da segurança a fim de anular a decisão que reconheceu a competência da Justiça Federal ou, alternativamente, *"caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, o que se admite por mera cautela, requer-se a concessão da segurança, para o fim de anular a decisão interlocutória da autoridade coatora, reconhecendo-se o direito das partes de se manifestarem acerca da possibilidade de deslocamento do feito para a Justiça Federal"*.

Em princípio, é preciso esclarecer acerca da competência deste Tribunal de Justiça para julgar o presente mandado de segurança.

Conforme lição doutrinária de Pedro Roberto Decomain[1], *"a competência do mandado de segurança é definida pela natureza do cargo ou função exercida pela autoridade coatora e pela respectiva sede funcional"*.

No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ, *in verbis*:

> *1. (...) 6. A competência para conhecer e processar Mandado de Segurança é aferida a partir da categoria funcional da autoridade apontada como coatora. Nessa esteira, a jurisprudência deste Tribunal Superior sedimentou-se pela competência da Justiça Estadual para processar e julgar Mandado de Segurança impetrado em face de ato da Prefeitura Municipal.* (STJ. Conflito de Competência nº 108.886 - (2009/0219625-8) relator : Ministro Napoleão Nunes Maia Filho)
>
> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO SUSCITADO NO SENTIDO DE RECONHECÊ-LA ILEGÍTIMA E INCONTINENTI SUSCITA CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL. CONFLITO NÃO-CONHECIDO. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO SUSCITADO. Cumpre esclarecer, inicialmente, que a competência para o julgamento de mandado de segurança é definida em conformidade com a natureza da autoridade coatora (GN)* (CC 38.667/SE, Rel. Min. Luiz Fux).
>
> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUÍZOS FEDERAIS VINCULADOS A TRIBUNAIS DIVERSOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO EX OFFICIO DA AUTORIDADE IMPETRADA PELO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *A competência para processar e julgar mandando de segurança decorre da categoria da autoridade coatora ou de sua sede funcional, e não da natureza do ato impugnado ou da matéria ventilada no writ, consoante assente na jurisprudência da egrégia Primeira Seção deste sodalício* (Precedentes: CC 47.219 - AM, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ de 03 de abril de 2.006 e CC 38.008 - PR, Relatora Ministra Eliana Calmon).

1 **Mandado de segurança**: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei n. 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009.

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE FEDERAL. Justiça Federal. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE MÉRITO.1. A competência para julgamento do writ é definida de acordo com a natureza da autoridade indicada como coatora, de maneira que, segundo o art. 109, VIII, da carta Magna, compete à Justiça Federal processar e julgar os mandados de Segurança contra ato de autoridade federal, como ocorre no caso concreto*. (De Competência Nº 110.194 - Sp (2010/0011189-0) relator : Ministro Castro Meira Autor: J F Café Ltda Advogado: Paulo Henrique De Souza Freitas E Outro(s) Réu : União Suscitante : Juízo De Direito Da 1a Vara Da Fazenda Pública De Bauru Sp Suscitado : Juízo Federal Da 3a Vara De Bauru - Sj/sp)

No caso, considerando que a autoridade coatora é o juiz estadual, a esta Corte compete o julgamento do Mandado de Segurança, independentemente de ter intervindo a autarquia federal, que neste não atua como autoridade coatora.

Como cediço, a autoridade coatora, segundo conceito predominante na jurisprudência, é aquela que direta e imediatamente pratica o ato ou se omite quando deveria praticá-lo ou baixa normas para sua execução (STJ. Resp 62.174-7). Em outras palavras, será o agente da pessoa jurídica de direito público ou privado que agiu ou se omitiu provocando com isso dano ao direito líquido e certo do impetrante ou, ao menos, colocando esse direito em risco.

Por sua vez, acerca do cabimento do *mandamus*, no caso, entendo que este encontra respaldo legal.

Consoante o artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, *"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"*.

Por sua vez, dispõe o artigo 5º da Lei 12.016/09 que *"Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado"*.

No caso, a decisão que declinou da competência não é passível de qualquer outro recurso com efeito suspensivo. No caso, poderia se cogitar no agravo de instrumento, contudo, já se firmou o entendimento que o artigo 1015 do CPC/15 traz hipóteses taxativas, vejamos.

O artigo 1.015 do Novo CPC está assim redigido:

> *Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:*
>
> *I - tutelas provisórias;*
>
> *II - mérito do processo;*
>
> *III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;*
>
> *IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;*
>
> *V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;*
>
> *VI - exibição ou posse de documento ou coisa;*

> *VII - exclusão de litisconsorte;*
>
> *VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;*
>
> *IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;*
>
> *X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;*
>
> *XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;*
>
> *XII - (VETADO);*
>
> *XIII - outros casos expressamente referidos em lei.*
>
> *Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*

Extrai-se do novo dispositivo que o legislador optou por adotar o princípio da taxatividade no recurso de agravo de instrumento, todavia, admitindo tratar-se de rol não exaustivo na hipótese do inciso XIII, pois prevê a interposição do recurso em outros casos expressamente referidos em lei.

Conforme leciona Gilberto Gomes Bruschi[2]:

> *O CPC/2015 não só altera as hipóteses de cabimento para o agravo de instrumento, como também extingue a figura do agravo retido. Releva apenas ressaltar que, contra as decisões que não ensejam o agravo na forma instrumentada, não ocorrerá a preclusão, podendo a parte, sem qualquer outro ato anterior, atacá-las na apelação ou em contrarrazões. O rol previsto nos incisos e parágrafo único do art. 1015 do CPC/2015 aparentemente é taxativo. Se assim for, não poderá ser utilizado tal recurso em uma hipótese não prevista em lei (...) Eventual extensão do rol para outras hipóteses talvez venha com o tempo. Tal análise caberá a doutrina e a jurisprudência, apesar de parecer que a intenção do legislador foi a de realmente elaborar um rol taxativo para o cabimento do recurso de agravo de instrumento.*

Na lição, ainda, de Fredie Didier Jr e de Leonardo Carneiro da Cunha[3], *"as hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível a interpretação extensiva de cada um dos seus tipos (...) As hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas – não há sequer discussão a respeito do assunto na doutrina (...) São situações semelhantes que se aproximam e merecem a mesma solução normativa"*.

Com efeito, alguns Tribunais já se manifestaram sobre o tema nesse mesmo sentido, vejamos:

> *EMENTA: AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINA ADEQUAÇÃO DO VALOR DADO À CAUSA - INADMISSIBILIDADE - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ART. 1.015, DO NCPC - ROL TAXATIVO. - Ao elencar as hipóteses em que cabível o agravo de instrumento, o Novo Código de Processo Civil o fez de forma taxativa. E, embora as normas processuais contidas no art. 1.015, do NCPC sejam passíveis de interpretações extensivas, não é dada ao intérprete*

2 **Breves comentário ao novo Código de Processo Civil**. Tereza Arruda Alvim Wambier...[et al] coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

3 **Curso de Direito Processual Civil.** Vol 3. Salvador: Juspoivm, 13ª ed, 2016, p. 211)

a possibilidade de criar hipóteses não inseridas pelo legislador ao citado dispositivo processual, máxime se considerado que sua elasticidade já está prevista e delimitada pela disposição contida em seu inciso XIII. (TJMG. Agravo Interno CV Nº 1.0000.16.033530-3/002. J em 23.08.2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO DE CONTRATO. NÃO CONHECERAM DO RECURSO. UNÂNIME. O agravo de instrumento tem cabimento nas estritas hipóteses previstas pelo art. 1.015 do novo Código de Processo Civil. No caso, inviável a interposição de agravo de instrumento para atacar apenas a multa fixada para o caso de descumprimento, não se inserindo tal hipótese no inciso I do aludido dispositivo legal. Jurisprudência da Corte e da Câmara. (TJRS. Nº 70070626924, nº CNJ: 0272886-47.2016.8.21.7000. J em 31.08.2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. decisão agravada publicada quando já vigente o novo diploma processual. APLICAÇÃO DO CPC/2015. 1. Versando o agravo de instrumento a respeito de temática referente à necessidade ou não de realização de depósito judicial do valor incontroverso, verifica-se que a insurgência recursal a esse respeito não encontra correspondência em nenhum dos incisos ou do parágrafo único do art. 1.015 do NCPC. 2. Em se tratando de mácula insanável, pois inadmissível a interposição de agravo de instrumento para atacar decisão interlocutória que não consta do rol das decisões passíveis de serem revistas ou modificadas mediante agravo de instrumento, esse recurso não pode ser conhecido. 3. Ofensa ao princípio da taxatividade das decisões interlocutórias reconhecida. Agravo de instrumento não conhecido. (TJRS. Processo AI 70069048031 RS. J em 08.09.2016)

Portanto, não sendo a decisão passível de qualquer outro recurso, sequer do agravo de instrumento, entendo pelo cabimento do mandado de segurança impetrado.

Feitas tais considerações, passa-se à análise dos argumentos traçados pelo impetrante a fim de avaliar se este possui direito líquido e certo apto a gerar a concessão da segurança, conforme pleiteado.

Direito líquido e certo, na expressão de Hely Lopes Meirelles, *"é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (...)."*[4]

É preciso destacar que o presente mandado de segurança se fixa em três argumentos: o primeiro no sentido de que não houve observância aos artigos 9º e 10 do CPC/15, violando-se o princípio do contraditório e da vedação da decisão surpresa; o segundo de que não seria possível a intervenção da Anvisa após a prolação da sentença, tendo em vista que com a publicação da sentença se encerraria a prestação do ofício jurisdicional; e, por fim, o terceiro argumento de que a Súmula 150 do STJ foi aplicada indevidamente, já que o Tribunal Regional Federal não teria competência para processar e julgar recursos interpostos em face de decisão proferida por juiz estadual.

Pois bem. A respeito da alegada violação aos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil/15, afirma o impetrante que o Magistrado, após a intervenção da Anvisa, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, com base no artigo 64, § 1º, do CPC, sem que as partes fossem intimadas antecipadamente, o que teria infringido o princípio do contraditório, notadamente a proibição da decisão surpresa.

Os artigos mencionados estão assim redigidos:

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. atual. por WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo : Malheiros, 05-2013. p. 37.

> *Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.*
>
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:*
>
> *I - à tutela provisória de urgência;*
>
> *II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;*
>
> *III - à decisão prevista no art. 701.*
>
> *Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

De fato, a exegese dos dispositivos citados, segundo lição de Tereza Wambier[5], é a de que *"o artigo comentado diz respeito a um dos aspectos do contraditório, já mencionado nos comentários ao artigo anterior, que consiste na vedação que o juiz decida com base em fundamento (fático ou jurídico) sobre o qual não tenha havido contraditório, assim como lhe é vedado decidir sobre matéria que pode (rectius = deve) conhecer de ofício, sem que proporcione às partes a oportunidade de se manifestar"*.

Ocorre que, no caso presente, não obstante a decisão tenha sido proferida sem a prévia manifestação das partes, a declaração de nulidade, via mandado de segurança, causaria um prejuízo ainda maior, porquanto o efeito prático seria o retorno dos autos ao juízo de origem que intimaria as partes antes de decidir (frisando que estas já possuem total ciência do entendimento do magistrado) para, depois, este proferir idêntica decisão gerando a impetração de novo mandado de segurança.

Aliás, tal consequência não atingirá apenas este mandado de segurança, mas aproximadamente, outros vinte impetrados pela mesma Associação, com o mesmo teor, contra empresas alimentícias distintas para os quais este Desembargador está prevento, vejamos: 1400611-65.2017, 1400612-50.2017, 1400615-05.2017, 1400617-72.2017, 1400866-23.2017, 1400869-75.2017, 1400871-45.2017, 1400874-97.2017, 1400875-82.2017, 1400879-22.2017, 1400882-74.2017, 1400887-96.2017, 1400888-81.2017, 1400892-21.2017 e 1400893-06.2017.

Não é o objetivo atentar contra as disposições do novo Código de Processo Civil, todavia, é preciso analisar a situação de cada caso concreto. A declaração de nulidade, neste caso e em todos aqueles supramencionados, é contraproducente e desarrazoada, prejudicando de sobremaneira a efetiva prestação jurisdicional.

É preciso ter em mente que um artigo de um Código jamais deve ser interpretado de forma isolada, mas de forma sistemática com os demais trazidos pelo diploma normativo. Deveras, o novo CPC, em seu artigo 1º, preconiza que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições do Código.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 277 do CPC/15 dispõe que *"quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade"*.

Esse artigo traz à tona o princípio da instrumentalidade das formas que, dentre suas nuances, traz a concepção de sanabilidade dos vícios dos atos do processo.

5 **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.] 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Segundo lição de Teresa Wambier em obra já citada, é plenamente aplicável ao processo de primeiro e segundo graus de jurisdição o princípio da sanabilidade dos vícios de forma e de fundo. Ademais, o Juiz tem o dever de corrigir os vícios do processo, de modo que este caminhe em direção à sua função, qual seja, a de resolver o problema das partes.

No caso, conquanto tenha ocorrido o lapso ao proferir a decisão, as partes apresentaram embargos de declaração (portanto, dela tiveram conhecimento), bem como, impetraram mandado de segurança, de modo que o contraditório restou diferido, conferindo as partes a oportunidade de se manifestar e de recorrer da decisão.

Repise-se: a renovação do ato, no presente caso, apenas irá sanar uma questão formal, porquanto, a parte (que já opôs embargos e impetrou mandado de segurança), será intimada para que o Magistrado profira idêntica decisão, gerando nova impetração de outros vinte mandados de segurança.

É preciso não perder de vista que o Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, também orienta que o juiz deve resguardar e observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, não sendo razoável, *in casu*, a nulidade da decisão pelas razões invocadas.

Diante disso, nesse ponto, entendo que não assiste razão ao impetrante.

A respeito da intervenção supostamente tardia da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem maiores delongas, tal argumento não encontra respaldo jurídico porquanto é possível a intervenção do ente federal após a prolação da sentença, não havendo qualquer óbice nesse sentido em nosso ordenamento jurídico.

Conquanto trate de tema diverso, o próprio Superior Tribunal de Justiça já editou Enunciado de Súmula (n. 553) no sentido de admitir a intervenção da União no feito após a prolação da sentença, vejamos:

> *Súmula 553-STJ: Nos casos de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, é competente a Justiça estadual para o julgamento de demanda proposta exclusivamente contra a Eletrobrás. Requerida a intervenção da União no feito após a prolação de sentença pelo juízo estadual, os autos devem ser remetidos ao Tribunal Regional Federal competente para o julgamento da apelação se deferida a intervenção* (Grifou-se)

Ao fim, no tocante à errônea aplicação da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, igualmente o argumento não deve ser acolhido pelos fundamentos a seguir delineados.

Referida Súmula dispõe: *"Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas"*.

Essa regra foi absorvida pelo novo Código de Processo Civil no artigo 45, *in verbis*:

> *Art. 45.* ***Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente****, exceto as ações:*
>
> *I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho;*
>
> *II - sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho.*
>
> *§ 1º Os autos não serão remetidos se houver pedido cuja apreciação seja de competência do juízo perante o qual foi proposta a ação.*

> *§ 2º Na hipótese do § 1º, o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não examinará o mérito daquele em que exista interesse da União, de suas entidades autárquicas ou de suas empresas públicas.*
>
> *§ 3º* ***O juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo***. (Grifou-se)

Com efeito, desde a edição da súmula, a sistemática da competência entre as justiças federal-estadual é a mesma. Se a União ou uma de suas entidades autárquicas, empresas públicas federais, fundações, dentre outros, na qualidade de parte ou de interveniente, manifestarem interesse no feito, o juiz estadual deve remeter os autos ao juiz federal para que este avalie se a competência é, de fato, da Justiça Federal e se há interesse jurídico. Se a resposta for positiva, os autos lá permanecerão ao passo que, se a resposta for negativa, não suscitará conflito de competência, mas devolverá os autos ao juiz estadual.

Portanto, corretamente agiu o magistrado de primeira instância o qual, após petição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (autarquia federal), declarando seu interesse no feito, aplicou o disposto no artigo 45, CPC e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

Deveras, nada impede que, em caso de já ter sido prolatada a sentença, o feito seja encaminhado ao Tribunal Regional Federal que poderá ratificar os atos praticados e prosseguir o julgamento se entender cabível a intervenção. Se a intervenção ocorreu antes da sentença, basta encaminhar os autos para que aquela seja avaliada, prosseguindo-se a instrução.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. DISCUSSÃO RELATIVA AO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA A ELETROBRÁS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO FORMULADO PELA UNIÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 5º, DA LEI 9.469/97 E 50, DO CPC. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA APRECIAÇÃO DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO E JULGAMENTO DOS RECURSOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. Demanda envolvendo questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica proposta unicamente contra a Eletrobrás, perante a justiça estadual. Na hipótese, a União requereu o ingresso no feito, com fundamento nos artigos 5º, da Lei 9.469/97 e 50, do CPC, após a prolação da sentença pela justiça estadual. 2. No que se refere à competência para dirimir questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido que a competência da Justiça Federal é definida em razão das partes litigantes e não da matéria em discussão, de sorte que, sendo a demanda proposta unicamente em desfavor da Eletrobrás, a competência para sua apreciação é da justiça estadual, ao passo que, ingressando a União no feito, a competência passa a ser da Justiça Federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal. 3.* ***O pedido de intervenção da União realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual.*** *4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a manutenção da sentença de primeiro grau e a remessa dos autos para o competente TRF, a fim de que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceito, se realize o julgamento das apelações.* (Recurso Especial Nº 1.111.159 - RJ (2009/0014741-3) Relator: Ministro Benedito Gonçalves). Grifou-se.

> *PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. APELAÇÃO EM AÇÃO POPULAR. MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA UNIÃO E INCRA PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA FORMULADO APÓS A SENTENÇA. COMPETÊNCIA DA Justiça Federal. SÚMULAS 150, 224, 254/STJ. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. 1. Na hipótese examinada, o conflito negativo de competência foi instaurado entre o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia a fim de determinar qual é o juízo competente para julgar apelações interpostas contra sentença proferida em ação popular ajuizada por Sinval Lucena Guedes em face de Jair Miotto (prefeito do Município de Monte Negro/RO) e Outros, em razão do suposto desvio de verbas federais repassadas ao ente municipal mediante convênio. O Tribunal Estadual afirmou que o interesse do ente federal seria evidente, mas não reconheceu a nulidade da sentença, e determinou a remessa dos autos ao Tribunal Federal, o qual determinou a intimação da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA para manifestarem interesse na demanda. 2.* ***Efetivamente, é incontroverso que a manifestação da União e do INCRA ocorreu após a sentença proferida pelo Juízo Estadual em primeiro grau de jurisdição, depois da intimação determinada pelo Desembargador Relator dos recursos de apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 3. Tal premissa permite afirmar que no momento da sentença o Juízo Estadual era compete para decidir a demanda, o que afasta a necessidade de reconhecer eventual nulidade do julgado. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça em hipóteses similares é no sentido de que o pedido de intervenção de ente federal após a sentença proferida pelo Juízo Estadual desloca a competência para o julgamento da apelação ao Tribunal Regional Federal****. 4. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no CC 38.531/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 15.3.2007; CC 38.790/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.8.2003; CC 27.007/RR, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.2.2001). 5. Por outro lado, o eventual interesse da União e do INCRA para figurar no pólo ativo da lide deverá ser analisado pelo Juízo Federal, nos termos da Súmula 150/STJ ("Compete a Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas publicas."), o que deverá ser apreciado, preliminarmente ao julgamento das apelações, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 6. Assim, sendo reconhecido pelo Juízo Federal o interesse dos entes públicos federais, a competência para julgar os recursos de apelação será do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em razão do art. 109, I, da Constituição Federal. Em caso negativo, em decisão que vincula o Juízo Estadual, nos termos das Súmulas 224 e 254/STJ (respectivamente, "Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito"; "A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual"), os recursos de apelação deverão ser julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. 7. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.* (STJ. CC 110869 / DF Conflito de Competência. J em 17.09.2013). Grifou-se.

Diante de todos esses fundamentos, a conclusão não é outra senão a de que não há direito líquido e certo a ser amparado via mandado de segurança. Em outras palavras, não há, *in casu,* parafraseando Pontes de Miranda[6], direito certo e líquido isento de dúvida ou obscuridade, em si mesmo concludente e inconcusso, sendo a denegação da segurança o caminho imperativo a seguir.

Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança e decreto a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil/2015.

Deixo de condenar a impetrante ao pagamento de custas ante a isenção legal. Sem honorários de advogado pois incabíveis na espécie, conforme artigo 25 da Lei n. 12.016/09.

6 Pontes de Miranda *apud* José Antônio Remédio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. 2ª edição. Editora Saraiva, 2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de agosto de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000126-31.2014.8.12.0105 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL – DESOBEDIÊNCIA, RESISTÊNCIA E AMEAÇA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – CONDUTA ATÍPICA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – OCORRÊNCIA – RESISTÊNCIA E AMEAÇA – CONSUNÇÃO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO INVIÁVEL – NÃO PROVIMENTO.

Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico. Nesse sentido é de ser mantida a absolvição do agente ante a prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade.

Considerando que as infrações foram cometidas num mesmo contexto e com evidente relação de dependência e progressividade entre os fatos é de se reconhecer o princípio da consunção entre os crimes de desobediência e desacato.

Ante a inexistência de provas sólidas que atestem a materialidade e a autoria do crime não há que se falar em reforma de decisão absolutória.

Apelação ministerial a que se nega provimento, ante ao acerto da decisão impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, unânime.

Campo Grande, 17 de julho de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da decisão que absolveu Anderson Bazilio Molina da imputação pela prática dos delitos previsto nos artigos 330, 147 e 329, *caput*, c/c art. 69, todos do Código Penal.

Pugna pela condenação (f. 86/98).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 100/110).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento (f. 118/123).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da decisão que absolveu Anderson Bazilio Molina da imputação pela prática do delito previsto nos artigos 330, 147 e 329, *caput*, c/c art. 69, todos do Código Penal.

Consta da denúncia que, aos 08 de dezembro de 2013, por volta das 18 horas e 40 minutos, na Rodovia 080, Cj. José Abrão, em Campo Grande, o acusado desobedeceu ordem legal de parada proferida pelos policiais militares Adailton de Mello Gomes, Roberto Mesa de Souza e Silvio Pereira De Lima.

No mesmo dia, ameaçou o policial Adailton, mediante gestos agressivos, dizendo-lhe "*você vai se ver comigo*", causando-lhe mal injusto e grave. Por fim, resistiu à prisão, opondo-se a sua execução, mediante grave ameaça de convidar os policiais militares para briga, sendo necessário um disparo de calibre 12 de elastrômetro para acalmá-lo e o uso de spray de pimenta para algemá-lo.

Após o regular processamento do feito, a denúncia foi julgada improcedente, a fim de absolver Anderson por insuficiência probatória.

Inconformado com a decisão, o *Parquet* interpôs a presente apelação, pugnando pela condenação do acusado, sob a alegação de que as provas colhidas são suficientes para sustentar o decreto condenatório.

Razão não lhe assiste.

Ao proferir a sentença absolutória, o magistrado singular assim se posicionou (f. 76/78):

> *Imputa-se ao réu o cometimento, em concurso, dos crimes de desobediência, resistência e ameaça. Indo de pronto ao mérito tenho que o réu deve ser absolvido das imputações que lhe foram dirigidas. Esclareço. Em relação ao crime de desobediência, o próprio réu, interrogado, confirma que estava com uma motocicleta de um amigo seu sem a documentação necessária para tanto e que, por isso, resolveu deixar o local quando da aproximação de uma guarnição da PM. Não confessou, propriamente, ter desobedecido ordem de parada, mas deixou claro que buscou furtar-se da ação preventiva e fiscalizatória da PM. Os policiais ouvidos, mui especialmente Adailton, afirmam que houve efetiva desobediência, com o réu desrespeitando ordem de parada dada por eles. Ocorre, porém, que havendo ou não desobediência, o fato é que se trata de situação com sanção administrativa prevista, expressamente, no CTB, mais precisamente em seu artigo 195, não sendo necessário, justamente por isso, a aplicação do direito penal, em seu caráter reconhecidamente subsidiário/intervenção mínima, para resolver questão com sanção prevista em norma administrativa. Neste sentido o Eg. TJMS, em diversas ocasiões, decidiu, reconhecendo a atipicidade da conduta em situações que tais, (....). Então, havendo em outro campo, em outro ramo do direito, previsão de sanção administrativa própria para a conduta do acusado, não há se falar na aplicação subsidiária do direito penal para resolver a mesma questão, razão pela qual a absolvição do réu, neste ponto, é medida que se impõe. Em relação ao crime de ameaça e de resistência é preciso deixar claro, de início, que não há, em casos que tais, se falar em dupla incriminação, dupla punição, por estas infrações penais em decorrência de uma "mesma ameaça", ou de "ameaças ocorridas num mesmo contexto fático", tendo em conta que a ameaça, justamente, é elementar do tipo de resistência, quer dizer, a ameaça, nesse caso, é abrangida consumida, pelo crime de resistência. O caput do artigo 329 é de clareza solar quando diz: "opor-se à execução de ato legal, mediante (...) ameaça a funcionário competente para executá-lo (...)", ou seja, a ameaça dirigida contra funcionário no exercício e cumprimento de seu mister, como é o caso dos autos, pelo que se extrai da narrativa lançada na denúncia, é integrante de um outro tipo penal, o de resistência, não havendo, deste modo, nem em tese, se falar em dupla imputação. De outro lado, entendo que a prova produzida acerca da resistência não permite*

> *a condenação do acusado. É que, em verdade, só existe a versão do policial Adailton, 'sujeito passivo secundário' do crime, em desfavor do acusado, narrando a resistência, versão esta não confirmada, não corroborada, não reforçada, não reafirmada por qualquer outra, nem mesmo pelo também policial militar Silvio, que foi claro em dizer que não presenciou estes fatos, pois estava em outro ponto do local da abordagem que a PM estava fazendo. O réu, por sua vez, negou o cometimento do crime, dizendo, em verdade, que teria, segundo ele, sofrido abuso de autoridade na ação policial, ficando, por isso, a palavra de um (réu) contra a palavra do outro (vítima secundária do crime), palavras, naturalmente, não totalmente isentas e, por isso, que devem ser recebidas com cautelas redobradas pelo julgador. É bom que se frise que não se está a dizer que o PM Adailton tenha faltado com a verdade e, tampouco, que não é possível se embasar condenação com base em depoimentos de policiais. Não. Em verdade, o que se está a dizer que pela peculiaridade da situação, com o único que incrimina o réu sendo, também vítima/secundária do crime, suas declarações não são de testemunha, mas, isto sim, de informante, de pessoa que não tem compromisso de dizer a verdade (ainda que possa dizer, é claro) e que tem, de outro lado, natural interesse no desfecho da ação penal. Por estas razões, entendo que com base no princípio da presunção de inocência, havendo dúvida razoável sobre a existência do fato (da resistência), a absolvição do réu é medida obrigatória (...).*

Como muito bem pontuou o magistrado sentenciante, o raquitismo probatório, no caso, é insuficiência para atestar a materialidade e a autoria dos delitos em tela, o que, por sua vez, implica a edição de uma decisão absolutória.

Na fase extrajudicial, o policial militar Adailton alegou: *"(...) que deu a ordem para que todos os condutores de veículos e frequentadores pararem para serem averiguados e para que depois fossem liberados. O autor não obedeceu a ordem de parada do com/vítima e ainda tentou ir em sua direção com gestos agressivos e o ameaçando, onde disse VOCÊ VAI SE VER COMIGO e chamando-o para brigar (...)"* (f. 6).

Por sua vez, o acusado negou veementemente a prática delitiva, alegando que somente retornou ao local porque, quando estava saindo, ouviu um disparo de arma em seu desfavor.

Com relação ao crime de desobediência, frise-se que o desrespeito à ordem de parada não constitui crime, vez que tal infração encontra-se consagrada no art. 195, da Lei n.º 9.503/97, sendo, portanto, de natureza administrativa.

Em obediência ao princípio da fragmentariedade, e em respeito à noção de Direito Penal como *ultima ratio* na solução de conflitos sociais, desobedecer ordem de parada constitui infração passível de sanção administrativa, não havendo que se falar em sanção criminal.

Idêntico posicionamento sufraga o Tribunal De Justiça de Santa Catarina:

> *Desobediência. Não acatamento à ordem de parada emanada por policial. Fuga a fim de evitar prisão em flagrante e preservar o status libertatis.*

Por sua vez, no que toca aos crimes de resistência e de ameaça, melhor sorte não assiste à acusação, pois, inicialmente, imperioso reconhecer a consunção entre os dois delitos.

A esse respeito, ensina Celso Delmanto que se dá *"quando a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste"*. [1]

Ou seja, para que se aplique a consunção faz-se necessário que as normas violadas visem à mesma finalidade, sendo que *"a prática de um delito pressupõe necessariamente a prática de outro"*. [2]

1 *Apud* MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Direito Penal.** 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

2 MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Op. cit.,* p. 216.

Não fosse o suficiente, para que se reconheça a ocorrência do aludido princípio, necessário se faz demonstrar que as condutas praticadas pelo agente tenham se dado no mesmo contexto fático, denotando, assim, uma relação de progressividade.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto.* [3]

É exatamente o que se verifica *in casu*, porquanto é nítido que as infrações foram cometidas num mesmo contexto fático, restando evidenciada, pela mera narrativa da peça acusatória, uma relação de dependência e progressividade entre os fatos envolvendo a prática de ambos os delitos (resistência e ameaça). A saber:

> *Configura-se o crime de resistência quando o agente emprega violência ou ameaça à execução de ato legal por autoridade pública competente. Assim, comete o delito aquele que, ao receber voz de prisão em flagrante pela prática de crime diverso, reage violentamente, exigindo a atuação de vários policiais e de emprego de agente químico para contê-lo.*[4]

Ademais, no caso, o conjunto probatório é deficiente, não sendo capaz de sustentar um édito condenatório. Isso porque o que se tem em desfavor do acusado é tão somente a palavra do policial militar Adailton.

Já se decidiu reiteradamente que o testemunho de policiais é, por vezes, prova apta a sustentar a condenação. Não é, contudo, o que ocorre no presente caso, eis que o policial em questão é, também, vítima secundária do delito supostamente perpetrado, motivo pelo qual não foi ouvido como testemunha, mas como informante. Sendo assim, põe-se a sua imparcialidade em xeque.

Resta, ao final, a palavra da vítima contra a palavra do acusado, o que, analisando-se as declarações prestadas, constitui um conjunto probatório frágil e insuficiente para afastar a presunção de inocência. Por isso, a absolvição deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 17 de julho de 2017.

***

3 REsp 890.515, 5ª T., rel. Min. Gilson Langara DIPP, j. 19/04/2007, DJU 04/06/2007, p. 423.

4 TJDF, Ap. 2014.08.1.006913-5, 2ª T. Crim., rel. Des. Silvânio Barbosa Dos Santos, j. 28/05/2015.

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0006547-53.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – LAPSO AFERIDO COM BASE NO TEMPO RESTANTE DE CUMPRIMENTO DE PENA – PERÍODO NÃO VERIFICADO ENTRE EVASÃO E RECAPTURA – IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE – REGIME MAIS GRAVOSO QUE A CONDENAÇÃO – CONSEQUÊNCIA DA FALTA GRAVE – POSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Havendo mais de 05 (cinco) anos de pena a cumprir, o lapso prescricional necessário é de 12 (doze) anos, inexistindo direito à extinção de punibilidade se o período de evasão durou menos de 10 (dez) anos.

O regime prisional estabelecido na sentença não impede a regressão para o estágio mais gravoso, em caso de cometimento de falta disciplinar de natureza grave.

Agravo de execução penal defensivo a que se nega provimento, ante a inexistência de vícios na decisão combatida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

José Carlos Braga interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão (f. 31) que indeferiu seu pedido de reconhecimento da prescrição executória.

Sustenta que se passaram quase 10 (dez) anos entre a data da evasão e a prisão, tendo ocorrido a prescrição da pretensão executória. Alega também que não há base legal para a regressão ao regime fechado, eis que a condenação previu regime inicial semiaberto (f. 01/06).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 37/48).

O juízo *a quo* manteve seu entendimento pelos próprios fundamentos (f. 49).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo parcial conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento (f. 57/67).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

José Carlos Braga interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão (f. 31) que indeferiu seu pedido de reconhecimento da prescrição executória.

Consta nos autos que o reeducando cumpre pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pela prática de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes.

José Carlos cumpriu sua reprimenda de 21 de fevereiro de 2007 a 1º de março daquele mesmo ano, quando se evadiu do Centro Penal Agroindustrial da Gameleira. Posteriormente, foi recapturado aos 04 de novembro de 2016.

Por ordem de prejudicialidade, deve-se apreciar a preliminar de parcial conhecimento suscitada pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, ao argumento de que este pedido não fora apreciado pelo juízo *a quo*, representando supressão de instância.

Apesar de colacionada apenas a decisão de f. 31 ao recurso, observa-se que no dia seguinte houve audiência de justificação e o magistrado *a quo* apreciou a questão do regime prisional (autos digitais n.º 0010909-84.2006.8.12.0001 – f. 96).

Ademais, não se trata de pedido de progressão de regime, mas sim de manutenção do semiaberto, ao fundamento de que mais gravoso que o imposto pela sentença.

Neste contexto, a preliminar ministerial deve ser rejeitada.

A questão da prescrição executória deve ser refutada sem maiores delongas.

Inobstante o recorrente tenha permanecido longo período foragido, observa-se que ainda lhe restam mais de 05 (cinco) anos de pena de reclusão a cumprir. Neste cenário, o lapso temporal necessário para a extinção da punibilidade é de 12 (doze) anos, conforme art. 109, III, do Código Penal.

O próprio recorrente admite que a evasão ocorreu ao 1º de março de 2007. Desta forma, somente ocorreria a prescrição executória ao 1º de março de 2019. Como José Carlos foi preso em 2016, não há como reconhecer a extinção da punibilidade.

Este entendimento é pacífico na jurisprudência:

> *Prescrição da pretensão executória. Lapso temporal superior a 12 (doze) anos inexistente entre o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público e a data em que iniciado o cumprimento da sanção imposta à paciente. Coação ilegal não configurada.*
>
> *Desde o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público até o início do cumprimento da sanção imposta à paciente não transcorreu lapso temporal superior a 12 (doze) anos, o que impede a extinção de sua punibilidade, como pretendido na impetração.* [1]

De igual modo, não há irregularidade na regressão ao regime fechado, apenas porque a condenação previu regime inicial semiaberto.

1 STJ, HC 376.766/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 10/02/2017.

Isso porque a sentença impõe apenas o regime inicial de cumprimento de pena. Situações em que o reeducando não se ajusta à execução da reprimenda – como denota o caso concreto, em que José Carlos permaneceu quase 10 (dez) anos sem cumprir a sanção estatal que lhe foi imposta – autorizam o recrudescimento do regime.

Este entendimento também encontra respaldo na jurisprudência:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – REGRESSÃO PARA REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O FIXADO EM SENTENÇA CONDENATÓRIA – OFENSA A COISA JULGADA – PEDIDO DE MANUTENÇÃO NO REGIME SEMIABERTO – FUGA DE UNIDADE PRISIONAL – FALTA GRAVE CARACTERIZADA – ART. 118, I, DA LEP – POSICIONAMENTO DO STJ – REGRESSÃO PARA REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O FIXADO EM SENTENÇA – NÃO VIOLAÇÃO A COISA JULGADA – ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA DO STJ – ESCUSA APRESENTADA – VOLUNTARIEDADE DA INTERRUPÇÃO DA PENA NÃO ELIDIDA – REGRESSÃO DE REGIME CONSERVADA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *A fuga do agravante da unidade prisional onde cumpria regime semiaberto caracteriza falta grave, a justificar a transferência para regime mais rigoroso, à luz do art. 118, I, da LEP. 'O cometimento de falta grave no cumprimento da execução penal tem como consequência a regressão de regime, não havendo ilegalidade na sua fixação para forma mais gravosa do que a fixada no édito condenatório, sem importar em afronta ao instituto da coisa julgada.' (STJ, HC nº 305.685/RS).*
>
> *A escusa apresentada pelo agravante em audiência de justificação 'não elide a voluntariedade da interrupção da pena, ainda mais em se tratando de apenado do regime semiaberto de cumprimento de pena' de forma que apresenta-se 'necessária a regressão de regime, na esteira do que propõem os artigos 50, inciso II, e 118, inciso I, ambos da LEP.' (STF, HC nº 114000/RS).*[2]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por José Carlos Braga.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º vogal)

Divirjo em parte do nobre relator para dar parcial provimento ao presente agravo.

Pois bem. Em que pese os argumentos do juízo singular de que o paciente deixou de cumprir obrigação imposta no regime semiaberto, ausentando-se, no presente caso não poderia tal ocorrência culminar na regressão do regime prisional.

Isso porque, se o ora agravante foi condenado em regime semiaberto para cumprimento de pena, após o trânsito da sentença condenatória, é inconcebível a mudança do regime fixado na fase da execução da reprimenda, por um mais gravoso.

Nesse sentido:

> *EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – COMETIMENTO DE FALTA GRAVE – REGIME INICIAL SEMIABERTO – INADMISSIBILIDADE DE REGRESSÃO À REGIME MAIS GRAVOSO QUE O FIXADO NA SENTENÇA – AGRAVO PROVIDO. Se o regime originariamente imposto na sentença foi o semiaberto, a falta grave cometida pelo sentenciado não pode servir para a regressão ao regime fechado. Recurso provido. Contra o parecer.* (TJMS. 2ª Câmara Criminal. Agravo de Execução Penal -Nº 004848-45.2013.8.12.008 – Corumbá. Minha relatoria. J. em 11.11.2013)

2 TJMT, AgExPe 24496/2017, rel. Des. Marcos Machado, j. 23/05/2017, DJ 29/05/2017.

Assim, de fato, se nunca houve progressão não há como determinar a regressão. A falta cometida não pode servir de paradigma para agravar a pena originariamente fixada na sentença.

Diante do exposto, divirjo em parte do nobre relator e voto no sentido de dar parcial provimento ao agravo interposto por José Carlo Braga a fim de determinar a transferência do agravado para o regime semiaberto.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º vogal)

Acompanha o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0010412-23.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – MOTORISTA QUE PAROU O CAMINHÃO EM CIMA DA PISTA DE ROLAMENTO – IMPRUDÊNCIA CONFIGURADA – NÃO COMPROVAÇÃO DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – CONDENAÇÃO MANTIDA – ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – RECURSO NÃO PROVIDO.

A condenação por homicídio culposo no trânsito deve ser mantida pela manifesta imprudência com que agiu o réu, pois as robustas provas produzidas no feito apontam que parou bruscamente uma carreta semi-reboque com 22,00 metros de comprimento e 3,20 metros de largura, ocupando aproximadamente 1,60 metros da pista de rolamento, o que desencadeou a colisão entre os veículos e óbito instantâneo da vítima, dessumindo-se disso sua imprudência, porquanto não havia marcas de frenagem na pista, de forma que o ofendido não teve tempo hábil para reagir. O art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro impõe o dever do condutor de veículo de ter domínio, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, enquanto o § 1º, do art. 48 do mesmo dispositivo legal, dispõe que os veículos parados *"deverão estar situados fora da pista de rolamento."*

No caso, o apelante foi patrocinado por advogado particular durante toda ação penal e assim continua no recurso de apelação criminal. Apesar de a defesa alegar que se trata de hipótese de hipossuficiência, inexiste nos autos qualquer documento que confirme tal asserção, a despeito da declaração de fl. 211, de maneira que não há como acolher a tese de pobreza do acusado, especialmente quando houve discordância do órgão ministerial.

Com o parecer – recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Valdecir Freitas Apolonio, inconformado com a sentença de mérito de fls. 176-181 que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, e suspendeu sua habilitação para condução de veículo automotor pelo prazo de 03 (três) meses, em relação ao crime previsto no art. 302, *caput*, da Lei 9.504/97.

Narra a denúncia:

> *No dia 14 de junho de 2013, por volta das 06h30m, na BR 163, Km 265, neste município, o denunciado praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor.* (fl. 01).

Nas razões recursais de fls. 188-210, pugna pela absolvição em razão da culpa exclusiva da vítima, bem como a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Em contrarrazões as fls. 217-228, o Ministério Público Estadual manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

Parecer da PGJ as fls. 234-241 pelo improvimento do recurso. Apresenta prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Valdecir Freitas Apolonio, inconformado com a sentença de mérito de fls. 176-181 que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, e suspendeu sua habilitação para condução de veículo automotor pelo prazo de 03 (três) meses, em relação ao crime previsto no art. 302, *caput*, da Lei 9.504/97.

Narra a denúncia:

> *No dia 14 de junho de 2013, por volta das 06h30m, na BR 163, Km 265, neste município, o denunciado praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor.* (fl. 01).

Nas razões recursais de fls. 188-210, pugna pela absolvição em razão da culpa exclusiva da vítima, bem como a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Passo a analisar.

Absolvição

Aduz, em suma, que a vítima Cláudio Ricardo Botezelli colidiu com a traseira da carreta que estava parada no acostamento por negligência, vez que infringiu seu dever legal de cuidado, possuindo condições para evitar o sinistro.

A defesa afirma, também, que naquele trecho não existia delimitação entre a pista de rolamento e o acostamento, bem como que embora exista meio-fio delimitando o lado direito do acostamento, não há diferenciação de nível ou elementos separadores e nem ao menos demarcadores do bordo da pista de rolamento, de forma que não seria possível identificar onde termina a pista de rolamento ou começa o acostamento.

Nada obstante os argumentos expendidos, entendo que não lhe assiste razão.

A materialidade restou comprovada por meio do boletim de ocorrência fls. 06-12, laudo pericial de fls. 39-47 e laudo de exame de corpo de delito as fls. 20.

A autoria, por sua vez, é inconteste e ficou devidamente comprovada nos autos.

O réu Valdecir Freitas Apolonio, em interrogatório judicial, confirmou as informações prestadas perante a autoridade policial no sentido de que, no dia, horário e local dos fatos, conduzia a carreta pela rodovia BR-163, que parou o veículo no acostamento em frente a distribuidora de bebidas Cristal para descer o passageiro que o acompanhava, não podendo precisar se parte da carreta havia ficado em cima da pista de rolamento, momento no qual ouviu um barulho que se tratava de uma motocicleta que havia colidido com a traseira do caminhão e que o sinistro causou a morte instantânea da vítima (fl. 133 – gravação audiovisual).

A tese defensiva da culpa exclusiva da vítima deve ser mitigada, porquanto embasada somente nas declarações da testemunha Rodnei Brito que, durante o seu depoimento judicial (gravação audivisual), entrou em contradição sobre o desenrolar dos fatos.

As provas produzidas nos autos apontam para a imprudência do apelante que parou bruscamente um caminhão com 3,20 metros de largura dentro da pista de rolagem (fotografia de fl. 41 e laudo pericial de fl. 46).

No depoimento judicial (degravação audiovisual), o Policial Rodoviário Federal Ademir José Domingos informou que a carreta que o réu conduzia era mais larga que os modelos convencionais e que, em razão do tamanho, só poderia estacionar no acostamento em casos de emergência. Além disso, relatou que a vítima colidiu com a parte traseira do veículo que ocupava o rolamento da rodovia.

No mesmo sentido, têm-se as declarações da testemunha Maiara Rogelia, atendente do SAMU.

A perícia (fls. 39-47) apontou que a BR-163 estava sendo recapeada na ocasião dos fatos, tratando-se de uma pista não iluminada, com pavimento seco, com a visibilidade boa, apresentando-se em bom estado de conservação, que havia sinalizações verticais próximas ao local do acidente e evidenciou a falta de sinalização horizontal na pista de rolamento.

Concluiu o perito (fls. 39-47) que:

> *(...) a causa determinante para o acidente de tráfego é atribuída ao condutor da carreta Scania 11115 que, por razões não materializadas, parou seu veículo em local não apropriado, sem ter sinalizado adequadamente, provocando a colisão da moto na traseira do reboque e a consequente morte do condutor. O posicionamento inadequado do veículo sobre o acostamento, expos a lateral esquerda do reboque sobre a pista de rolamento por onde trafegava a motocicleta, interceptando sua trajetória, não tendo o condutor tempo hábil para desviar ou acionar os freios.*

Em que pesem as falhas apontadas na sinalização, não prospera a tese defensiva de ser possível identificar *"onde termina o acostamento, muito menos onde começa a pista de rolamento",* quando a diferenciação das pistas é visível a *"olho nu"* (fotografia de fls. 41).

O conjunto probatório é firme e robusto no sentido de que o apelante foi imprudente, descumprindo as normas de trânsito dispostas nos artigos 28 e 48, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro:

> *Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de ser veículo, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.*
>
> *Art. 48. Nas paradas, operações de carga ou descarga e nos estacionamentos, o veículo deverá ser posicionado no sentido do fluxo, paralelo ao bordo da pista de rolamento e junto à guia da calçada (meio-fio), admitidas as exceções devidamente sinalizadas.*
>
> *§ 1º Nas vias providas de acostamento, os veículos parados, estacionados ou em operação de carga ou descarga deverão estar situados fora da pista de Rolamento.*

A conduta do réu, por si só, demonstra a imprudência com que agiu ao parar bruscamente uma carreta de 22,00 metros de comprimento e 3,20 metros de largura de forma inapropriada, ocupando parte da pista de rolamento, mormente porque, ainda que se admita a precariedade das condições de visibilidade e sinalização do trecho (sem iluminação e em reformas), deveria redobrar os cuidados e, assim não agindo, assumiu o risco de sua atitude contrária às normas de trânsito.

Sobre os crimes culposos, ensina Hans Welzel, citado na obra de Fukasawa sobre os crimes de trânsito:

> *(...) A importância do resultado no tipo reside em que realizada uma seleção no círculo das ações contrárias ao cuidado; certamente toda ação contrária ao cuidado é antinormativa, indiferentemente se concretiza ou não em um resultado; porém somente uma vez que se concretiza num resultado, que logra- em todo caso segundo o direito positivo relevância jurídico-penal, se converte no fundamento material do injusto típico.* (Fukassawa, Fernando Y. Crimes de trânsito. São Paulo; ed. Juarez de Oliveira, 2003. P. 97.)

Modernamente, para a caracterização do crime culposo é necessário: uma conduta humana; prática da conduta com inobservância do dever objetivo de cuidado, manifestado nas formas de imperícia, imprudência ou negligência; um resultado naturalístico; a existência de nexo causal entre a conduta e o resultado; previsibilidade objetiva do sujeito e previsão legal expressa da conduta culposa.

In casu, caracterizado o crime culposo por imprudência, pois este ocorre quando o agente age sem a necessária cautela, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos.

Sobre o dever de cuidado, componente normativo do tipo objetivo culposo, que é, hoje, amplamente reconhecido como prioritário e decisivo, por quase toda a doutrina. Cito Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli:

> *O estudo da culpa a partir do resultado e da causalidade desviou a ciência jurídico-penal do caminho correto acerca da compreensão do problema. A causação do resultado e a previsibilidade podem ocorrer - e de fato ocorrem – em numerosíssimas condutas que nada têm de culposas. Todo sujeito que conduz um veículo sabe que introduz um certo perigo para os bens jurídicos alheios, a ponto de contratar seguros "por danos a terceiros". Sem embargo, isto é absolutamente insuficiente para caracterizar a culpa. O entendimento correto do fenômeno da culpa é recente na doutrina, surgindo a partir da focalização da atenção científica sobre a violação do dever de cuidado, que é o ponto de partida para a construção dogmática do conceito*. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro; Parte Geral, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo, Editora RT, 2001, p. 518)

Comprovada a imprudência do réu, não há falar em culpa exclusiva da vítima. O artigo 28 do CTB impõe o dever do condutor de veículo de ter domínio, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. Assim não fez o acusado.

Outrossim, determina o Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 29: "*§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres".*

Sobre os crimes culposos, ensina Hans Welzel, citado na obra de Fukassawa[1] sobre os crimes de trânsito:

1 FUKASSAWA, Fernando Y. **Crimes de trânsito.** São Paulo; ed. Juarez de Oliveira, 2003. P. 97.

> *(...) A importância do resultado no tipo reside em que realizada uma seleção no círculo das ações contrárias ao cuidado; certamente toda ação contrária ao cuidado é antinormativa, indiferentemente se concretiza ou não em um resultado; porém somente uma vez que se concretiza num resultado, que logra - em todo caso segundo o direito positivo-relevância jurídico-penal, se converte no fundamento material do injusto típico.*

Nosso ordenamento adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou teoria da *conditio sine qua non*, no artigo 13, do Código Penal. A respeito, Nelson Hungria, em sua obra 'Comentários ao Código Penal', Volume I, Tomo II, Editora Forense, 5ª Edição, 1978, Rio de Janeiro, a página 65, ensina:

> *A questão da causalidade é resolvida na órbita exclusiva do elemento material do crime, isto é, no estrito limite da ação ou omissão e o resultado. Em face do art. 11, caput do Código (então) vigente, é sempre integral e solidariamente responsável pelo resultado concreto, do ponto de vista lógico- causal, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Nada importa que haja cooperado, com a ação ou omissão, para o advento do resultado, outra força causal (concausa). Nenhuma diferença existe entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa e ocasião.*

Ou seja, se o réu não tivesse desrespeitado as normas de trânsito, parado a carreta em local inapropriado, a vítima não teria colidido com a traseira do veículo, de forma que o resultado (morte) não seria produzido (*conditio sine qua non*). Mesmo considerando a teoria da imputação objetiva, surgida com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, resta evidente a tipicidade da conduta do apelante. O resultado decorreu de um risco não permitido, o agente não se comportou de acordo com o direito (normas de condução e direção). Damásio E. de Jesus, em sua obra intitulada Imputação Objetiva, ensina:

> *Quem dirige um automóvel, de acordo com as normas legais, oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo as regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina "infração de dever objetivo de cuidado", como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeito a sinal vermelho de cruzamento, "racha", direção em estado de embriaguez etc., produz um risco proibido (desvalor da ação). Esse perigo desaprovado conduz, em linha de princípio, à tipicidade da conduta, seja na hipótese, em tese, de crime doloso ou culposo. Significa que nã há um risco proibido para os crimes dolosos e outro para os crimes culposos. O perigo é o mesmo para todas as espécies de infrações penais. Assim, se o autor, no trânsito, realizando uma conduta produtora de um risco desaprovado, causa um acidente com morte de terceiro, há imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico.* (Imputação Objetiva. Saraiva: 2008. p 40-41).

Neste sentido, a jurisprudência:

> *APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS. DUAS AÇÕES JULGADAS EM CONJUNTO. RECURSOS APENAS EM RELAÇÃO A UMA AÇÃO. CAMINHÃO COM PANE PARADO EM RODOVIA, COM PARTE DO AUTOMÓVEL SOBRE A PISTA DE ROLAMENTO. CHOQUE ENTRE OUTROS DOIS CAMINHÕES. CULPA EXCLUSIVA DO CAMINHÃO AVARIADO. CULPA. A circunstância em que ocorreu o acidente, aliado à prova dos autos, evidencia que a culpa pelo ocorrido foi exclusivamente do caminhão de propriedade da TRANSPORTADORA CENCI LTDA., pois a parada com parte do rodado ocupando a pista de rolamento foi a causa eficiente para o choque entre os veículos. (...)* (TJ-RS - AC: 70066310178 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 26/11/2015, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/11/2015)

> *APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO. IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA. PENA DE SUSPENSÃO PARA DIRIGIR. Mantém-se a condenação de homicídio culposo, quando caracterizada a imprudência e imperícia na condução de veículo automotor. A pena de suspensão para dirigir deve guardar proporcionalidade com a privativa de liberdade, de acordo com os critérios norteadores dos artigos 59 e 68 do CP.* (TJMG; APCR 1.0349.09.024170-5/001; Rel. Des. Paulo Cézar Dias; Julg. 03/06/2014; DJEMG 10/06/2014) – destaquei.

> *(...)* ***1. Impossível a absolvição do apelante por alegação de culpa exclusiva da vítima, uma vez que não restou comprovada, demonstrando-se apto a sustentar a condenação o contexto probatório produzido. Outrossim, ainda que demonstrado que a vítima contribuiu para o resultado danoso, a simples comprovação da culpa concorrente do autor do delito é suficiente para sustentar o Decreto condenatório, pois não há, em nosso sistema penal, a chamada compensação de culpas. Ademais, restou evidenciado pelo contexto fático probatório que o apelante deixou de atuar com seu dever de cuidado, previsto no art. 28 do CTB e violou o previsto no art. 29 da mesma Lei, uma vez não observada a prioridade de segurança no trânsito****. (...)* (TJCE; APL 20107-48.2008.8.06.0000/0; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Francisca Adelineide Viana; DJCE 17/10/2013) – destaquei.

Desse modo, não há falar em ausência de culpa do apelante ou em exclusiva da vítima, pois se extrai do conjunto probatório que a imprudência do motorista foi o fator determinante para o ocorrido, vindo a causar a morte da vítima.

Assim, mantenho a condenação.

Custas processuais

O instituto da gratuidade à justiça foi projetado para aqueles que não possuem condições financeiras de ter acesso ao Poder Judiciário.

Dispõe o art. 98 do Código de Processo Civil:

> *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.*

Para fazer jus ao benefício da justiça gratuita, a parte deve firmar uma declaração no sentido de que não possui recursos suficientes para pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família.

Além disso, deve juntar aos autos comprovantes de rendimentos atuais (*holerites*, demonstrativos de rendimentos, declaração de imposto de renda, entre outros documentos), e despesas mensais que justifiquem o deferimento do pedido.

No caso, o apelante foi patrocinado por advogado particular durante toda ação penal e assim continua no recurso de apelação criminal.

Apesar de a defesa alegar que se trata de hipótese de hipossuficiência, inexiste nos autos qualquer documento que confirme tal asserção, a despeito da declaração de fl. 211, da maneira que não há como acolher a tese de pobreza do acusado, especialmente quando houve discordância do órgão ministerial.

Assim, não merece amparo o pleito defensivo neste aspecto.

Prequestionamento

Não houve violação ao prequestionamento ventilado.

Dispositivo

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso Em Sentido Estrito n. 0022450-65.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ARTIGO 90, DA LEI 8.666/93, PECULATO E FALSIDADE IDEOLÓGICA – PRELIMINARES – PROMOTOR NATURAL, NULIDADE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E COMPETÊNCIA – AFASTADAS – REPRESENTAÇÃO PELA PRISÃO PREVENTIVA – EXCEPCIONALIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – NÃO PROVIDO.

Não há irregularidades ou ilegalidades a serem sanadas em procedimento investigatório criminal realizado pelo Ministério Público dentro de suas atribuições legais, sendo ele o titular da ação penal pública.

Os pedidos que não foram julgados na competente instância original são insuscetíveis de conhecimento *"por salto"*, sob pena de indevida supressão de instância.

Não demonstrado, de forma inequívoca, o risco concreto que a liberdade dos agentes implicará à ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não há que se falar no decreto de prisão preventiva.

Com o parecer, afasto as preliminares e no mérito, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 6 de julho de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Júri da Comarca de Campo Grande-MS que indeferiu o pedido de prisão preventiva contra João Alberto Krape Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos, Rômulo Tadeu Menossi, João Afif Jorge, Wilson Roberto Mariano de Oliveira, Maria Wilma Casanova Rosa, Éolo Genovês Ferrari, Edson Giroto e Donizete Rodrigues da Silveira.

Aduz, em síntese, que a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, uma vez que os acusados pertencem a grupo organizado de considerável poder político e econômico e para garantir a conveniência da instrução criminal, ante ao evidente risco concreto do perecimento da prova. (fls. 133-187, dos autos de n° 0049944-36.2015.812.0001).

Edson Giroto, apresentou contrarrazões, nos autos de n° 0049944-36.2015.812.0001, as fls.287-297, Éolo Genovês Ferrari, fls. 206-220, Maria Wilma Casanova Rosa, as fls. 240-251, João Afif Jorge, as fls. 299-309, enquanto João Alberto Krampe Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos do Amaral e Rômulo Tadeu Menossi, as fls.328-348, Wilson Roberto Mariano de Oliveira, fls.257-265, os quais pugnaram pelo não provimento do recurso.

O recorrido Donizete Rodrigues da Silveira apresentou contrarrazões no recurso em sentido estrito, as fls.1951-1955, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, as fls. 1942-1946, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Júri da Comarca de Campo Grande-MS que indeferiu o pedido de prisão preventiva contra João Alberto Krape Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos, Rômulo Tadeu Menossi, João Afif Jorge, Wilson Roberto Mariano de Oliveira, Maria Wilma Casanova Rosa, Éolo Genovês Ferrari, Edson Giroto e Donizete Rodrigues da Silveira.

Aduz, em síntese, que a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, uma vez que os acusados pertencem a grupo organizado de considerável poder político e econômico e para garantir a conveniência da instrução criminal, ante ao evidente risco concreto do perecimento da prova. (fls. 133-187, dos autos de n° 0049944-36.2015.812.0001).

Do julgamento unificado

Tendo em vista que os recursos em sentido estrito apresentados pelo Ministério Público Estadual (Autos de n° 0049944-36.2015.8.12.0001 e n° 0022450-65.2016.8.12.0001) foram desmembrados em decorrência da necessidade de expedição de carta precatória para o recorrido Donizete Rodrigues da Silveira contra-arrazoar ao recurso ministerial, mas em tempo do julgamento foi apresentado contrarrazões, pelo interessado, fls.1951-1955, faz-se necessário, visando a economia processual, o julgamento conjunto dos processos, uma vez que se trata dos mesmos fatos e fundamentos a serem analisados.

Preliminares

Promotor Natural

O recorrido Wilson Roberto Mariano de Oliveira arguiu, em contrarrazões do recurso, a preliminar de nulidade do pedido de prisão preventiva, ao argumento de que a 29ª Promotoria de Justiça não teria atribuição para investigar os crimes imputados aos denunciados, uma vez que no presente caso se vislumbraria a situação de organização criminosa.

Quanto à alegada ilegalidade na investigação realizada pelo representante do *Parquet*, que ensejaria na nulidade da ação penal, não deve ser acolhida.

Senão vejamos:

> *Às "29ª, 30ª e 31ª Promotorias de Justiça, como Promotorias de Justiça do Patrimônio Público e Social, compete: a) instaurar inquérito civil, procedimento preparatório ou procedimento de investigação preliminar, de ofício ou a requerimento dos interessados, ou, ainda, por recomendação do Procurador-Geral de Justiça ou do Centro*

de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Patrimônio Público e Social, ajuizar ação civil pública visando à proteção do patrimônio público e/ou à reparação de danos ao erário; b) promover as medidas cíveis e criminais por atos de improbidade administrativa definidos na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), na Lei nº 10.028/2000 (Crimes Contra as Finanças Públicas), na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), na Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro) e nas demais legislações relativas à improbidade administrativa; c) instaurar procedimento de investigação criminal e/ou requisitar e acompanhar inquéritos policiais visando à apuração de crimes, e ajuizar ação penal para a tutela do patrimônio público, especificamente nos crimes contra a Administração Pública, crimes contra as finanças públicas, crimes definidos na Lei de Licitações, e os definidos na Lei de Improbidade Administrativa;d) expedir recomendação dirigida a órgãos públicos e a entidades privadas, com vista à prevenção de condutas lesivas ao patrimônio público e à melhoria das atividades ligadas a sua área de atuação; e) adotar medidas administrativas ou judiciais visando à reparação dos danos causados por delito, no caso de o titular do direito lesado ser pobre; f) velar pela proteção do patrimônio público, adotando preventivamente medidas administrativas ou judiciais visando, especialmente: 1. a adoção de medidas destinadas à prevenção de danos ao erário, por intermédio de campanhas educativas visando à divulgação dos princípios norteadores da Administração Pública: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência; 2. a adoção de medidas de prevenção de danos ao erário, por meio de interação entre os órgãos de execução e os órgãos públicos e entidades privadas, visando ao combate à corrupção; 3. a adoção de medidas judiciais destinadas à prevenção de danos ao erário; g) subsidiar os órgãos superiores da administração do Ministério Público do Estado na definição de políticas e programas ligados à defesa do patrimônio público; h) sugerir a elaboração ou alteração das normas em vigor pertinentes ao patrimônio público; i) promover a interação do Ministério Público do Estado com órgãos públicos e entidades privadas, objetivando integração de esforços e, quando for o caso, o desenvolvimento de ações conjuntas ou simultâneas em defesa do patrimônio público; j) adotar medidas preservacionais que visem primordialmente à adoção de medidas preventivas e/ou medidas corretivas visando à recomposição do patrimônio público e social, mediante a celebração de termo de ajustamento de conduta; k) acompanhar o integral cumprimento dos termos de ajustamento de conduta celebrados no âmbito dos inquéritos civis, nos procedimentos preparatórios e nas ações civis públicas; l) dar cumprimento às cartas precatórias referentes às atribuições das respectivas Promotorias de Justiça.[1]

Em análise aos documentos juntados nos autos da Ação Penal de n° 0026028-36.2016.8.12.0001, em trâmite na 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, verifica-se do conteúdo da portaria de n°124/2015, fls.94-101, que a 29ª Promotoria, cuja atribuição incumbe a defesa dos interesses sociais, dentre eles a proteção do patrimônio público e social, seria competente para a investigação dos recorridos, a qual culminou no oferecimento da denúncia pelos promotores de justiça designados na operação.

No que tange à nulidade pleiteada, tenho que não merece acolhimento, uma vez que quando do início das investigações os promotores estariam investidos de legitimidade, por meio da portaria. Ademais, trata-se de investigação extensa, com vários réus, e considerando as inúmeras irregularidades na execução do serviço de recuperação das faixas de rolamento, instaurou-se o procedimento preparatório, conforme se pode observar dos documentos juntados na ação penal acima identificada, tendo os d. Promotores inquirido as testemunhas, bem como participado ativamente da apuração de todos os fatos ditos ilícitos.

Não há como acolher a preliminar de nulidade, pois não se observa qualquer prejuízo às partes, nem a inobservância das atribuições da 29ª Promotoria para instauração do procedimento.

1 https://www.mpms.mp.br/promotorias/campo-grande/29a-promotoria-de-justica-de-campo-grande. Pesquisa em 24 de abril de 2017, às 14:07h.

Nulidade

Os recorridos arguem preliminares, fls.328-348, pugnando pela nulidade da interceptação telefônica em nome do acusado Rômulo e a incompetência do juízo, requerendo, para tanto, a redistribuição do processo à 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, uma vez que foi o primeiro juízo a receber a denúncia dos fatos imputados aos réus, cujos processos criminais encontram-se conexos.

Trata-se de preliminares de incompetência de juízo e nulidade de interceptação, em que os recorridos levantam a tese, em sede recursal, sem que o juízo *a quo* tenha se pronunciado acerca do assunto.

Nota-se que a decisão impugnada no presente recurso, refere-se tão somente ao indeferimento do pedido de prisão preventiva em nome dos recorridos, não fazendo qualquer menção acerca das preliminares alegadas, quais sejam de incompetência da Vara e de nulidade da interceptação telefônica, de modo que a análise prévia das mesmas, nestes autos, acarretará supressão de instância, ferindo inclusive o princípio da dialeticidade recursal, razão pela qual deixo de analisar as matérias.

Ademais, em análise à Ação Penal de nº 0026028-36.2016.8.12.0001, verifica-se que os acusados sequer ofereceram defesas preliminares, de modo que se mostra prematura qualquer manifestação, neste recurso, acerca da matéria levantada.

Do Recurso

O magistrado singular indeferiu o pedido de prisão preventiva nos seguintes termos, fls.75-88.

> *(...) In casu, com espeque nos referidos Relatórios das rodovias, os promotores fomentam os pedidos de prisões temporárias ou preventivas, os quais são distribuídos a juízes diferentes (pela igualdade de distribuição automática) gerando insegurança jurídica, pois um magistrado decreta a prisão, outro declina da competência, outro a indefere, outro a revoga e daí por diante.*
>
> *Neste norte, se considerarmos que são verdadeiros os fatos alegados pelos promotores, de que genuinamente foi formada uma organização criminosa pelos investigados até porque são as mesmas pessoas ditas envolvidas, os mesmos crimes, a mesma forma de execução e consumação, o mesmo propósito de obterem lucros vultosos em manifesto prejuízo ao erário, os mesmos modus operandi, etc, evidentemente está-se diante de crimes que se apresentam, no mínimo, conexão entre eles, inclusive deverá (e deveria) se observar quando do oferecimento das denúncias (até agora me parece que já existem duas) as regras de competência processual por conexão previstas no art. 76 do CPP, lembrando que para a caracterização da organização criminosa exige requisitos destoantes da formação de quadrilha, dispensando melhores argumentos adicionais. (...)*
>
> *Outro aspecto que merece relevância na apreciação do pedido de prisão preventiva é que não está suficientemente instruído como dito acima, pois as provas ainda se encontram no embrião para os fins colimados pelo Ministério Público, eis que carece de juntada até das escrituras públicas das alegadas três fazendas atribuídas aos suspeitos.*
>
> *Acresce que a matéria – pavimentação de rodovias de chão batido, cascalhamento, etc- , como notoriamente se sabe é por demais complexa na medida em que muitas vezes implica em influência de fatores externos, inclusive, como se sabe, tem sido comum no próprio Estado não efetuar os pagamentos no prazo averbado, fenômenos naturais, chuvas, falta de solo adequado para suporte de peso, etc., que podem eventualmente justificar o descumprimento dos contratos da Proteco com a AGESUL.*
>
> *Daí porque se apresenta precoce o pedido de prisão com base em relatório do SEINFRA não obstante a sua unilateral credibilidade, lembrando que referido órgão*

> *instaurou um processo administrativo contra a Proteco e segundo consta a notificou acerca das irregularidades da rodovia MS 171 para se defender, cujo mandado consta expressamente que ser-lhe-á garantido o devido processo legal, o contraditório, etc., fls.63. (...)*
>
> *Destarte por estas razões não é caso de se decretar a prisão preventiva das nove pessoas elencadas acima por se tratar de medida precoce bem como por não estarem presentes os requisitos exigidos pela lei processual penal, nada obstante que no curso das investigações ou do processo crime se façam provas robustas que* ***justifiquem a antecipação dos efeitos da sentença condenatória.*** *(...)*

Extrai-se da denúncia, autos de n° 0026028-36.2016.8.12.0001, fls.01-93, que foi criada uma força-tarefa decorrente de fatos mencionados na denominada operação Lama Asfáltica, com o fim de investigar os ilícitos envolvendo verbas estaduais e servidores públicos do Estado de Mato Grosso do Sul. Após o trabalho investigativo descobriu-se, em tese, que uma organização criminosa, especializada em desviar dinheiro público, teria se instalado na Secretaria de Infraestrutura de Mato Grosso do Sul.

Dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que a organização criminosa fraudava licitações, pois direcionava à empresa Proteco Construção LTDA, de propriedade dos recorridos João Alberto Krape Amorim dos Santos e Elza Cristina Araújo dos Santos, o êxito na competição.

Antes de analisar o mérito do recurso, faz-se necessário sintetizar a imputação delitiva de cada recorrido, uma vez que se trata de denúncia extensa e com vários réus.

O acusado Rômulo Tadeu Menossi, engenheiro da Proteco, foi interceptado e constatou-se que o mesmo agilizava interesses da Proteco Construções Ltda junto à AGESUL, tratando, inclusive de reajuste indevido de contrato.

Éolo Genovês Ferrari, engenheiro da Proteco, foi denunciado, pois tinha a obrigação de acompanhar e garantir a devida prestação do serviço contratado no processo licitatório, o que não teria ocorrido na sua totalidade.

João Afif Jorge, cuja atribuição era a de coordenador de suporte de manutenção de empreendimentos, foi denunciado, pois assinava as medições de serviços não realizados.

Wilson Roberto Mariano de Oliveira e Donizete Rodrigues da Silveira, engenheiros da Secretaria de Infraestrutura de Mato Grosso do Sul à época, foram denunciados porque se valiam do cargo para assinar todas as medições, com o fim de garantir o pagamento das notas.

Maria Wilma Casanova Rosa, na condição de Diretora-Presidente da Agesul, à época, autorizou pagamento das notas fiscais à Proteco, mesmo sabendo que os serviços não teriam sido prestados na sua totalidade.

Edson Giroto, Secretário de Obras de Mato Grosso do Sul à época, demonstrava empenho para agilizar e garantir pagamentos à Proteco.

Sustenta o recorrente que a decretação da prisão preventiva é medida que se impõe, uma vez que deve garantir a ordem pública, pois os recorridos são investigados em outros procedimentos, por utilizarem o *"mesmo esquema"* criminoso; garantia da ordem econômica, em razão do montante, em tese, desviado dos cofres públicos e conveniência da instrução criminal, já que são pessoas de influência política e de grande poder econômico, sendo que poderiam colocar em risco a colheita de provas.

Sem razão, contudo, o recorrente. Isso porque não logrou demonstrar a necessidade da imposição da constrição da liberdade dos recorridos.

Pelo que se extrai dos autos, os recorridos não mais atuam nas funções estatais em que foram denunciados, ou seja, não exercem mais cargos de diretoria/assessoramento, fato esse que poderia, em tese, acarretar risco à ordem pública, garantia da ordem econômica e conveniência da instrução criminal, ante aos indicativos, prova da materialidade e indícios de autoria, de que os acusados praticaram o desvio de verba pública, aplicando o mesmo *"esquema"* criminoso, qual seja, pagamento integral constante no contrato por serviço não prestado, enquanto exerciam cargo de confiança no governo do Estado, na gestão de André Puccinelli.

Em que pese a gravidade dos delitos imputados, bem como os valores ditos como desviados pelo esquema criminoso, denota-se pelos documentos juntados nos autos, que os acusados/recorridos não estão tentando frustrar a instrução criminal, nem de alguma forma se esquivando em responder ao processo criminal, pois em análise à Ação Penal de nº 0026028-36.2016.8.12.0001, denota-se que o andamento processual segue o seu curso normal, com a determinação de apresentação de resposta à acusação.

No que tange à reiteração dos delitos praticados e pelo esquema criminoso arguido no recurso, deve ser levado em consideração nos dias atuais em que a sociedade clama por justiça e quando as instituições, representadas pelos diretores, devem zelar pela probidade e moralidade, no entanto se valem dessa condição para aferir vantagens econômicas indevidas.

O crime que tipifica o desvio de verba pública gera insegurança e por essa razão o Poder Judiciário deve trabalhar incansavelmente para alcançar a verdade real, porém há de se observar que a prisão antecipada deve ser decretada em análise aos fatos e documentos juntados no processo.

É fato público que os acusados possuem poder econômico e político, o recorrido Edson Giroto foi candidato à prefeitura de Campo Grande e exerceu cargos de relevância no Estado de Mato Grosso do Sul, enquanto o recorrido João Amorim demonstra amizade com o alto escalão político do Estado, porém tal alegação, por si só, não é condição para a decretação da preventiva, conforme aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> *PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÃO. PECULATO. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVOS AUTORIZADORES. AUSÊNCIA. VEREADOR APOSENTADO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.* ***2. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. 3. Decreto preventivo baseado na garantia da ordem pública uma vez que contra o acusado pesam outras três ações penais, por peculato e crimes previstos na Lei n. 8.666/1993, além de duas ações por improbidade administrativa. 4. O fato de o paciente se encontrar aposentado e, portanto, afastado das funções públicas que exercia quando das práticas delitivas, todas ligadas ao efetivo exercício da vereança, afasta a necessidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública, diante da ausência de risco de reiteração delitiva.*** *5. Hipótese em que, embora tenha sido evidenciada a gravidade concreta do delito, não foram preenchidos os requisitos necessários à decretação da custódia cautelar. 6. Se o réu permaneceu solto ao*

> *longo do processo, sem causar prejuízo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, é legítimo que assim continue até o trânsito em julgado da condenação, salvo se o julgador indicar motivos bastantes para decretar sua custódia cautelar, o que não ocorreu na espécie. 7. Acórdão impugnado que conferiu à prisão o caráter de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, o que não é aceito pelo nosso ordenamento jurídico. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. Agravo regimental julgado prejudicado.* (HC 321.207/MA, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015) (destaquei).

Insta salientar que o recorrido João Amorim impetrou o HC 135027, no Supremo Tribunal Federal, em que impugnava a decisão de decretação da prisão preventiva exarada pela autoridade judiciária da Justiça Federal, que em síntese, considerava, como base para a decretação da prisão dos recorridos, os inúmeros elementos probatórios, como a existência de movimentação financeira, em esquema que seria capitaneado pelo paciente João Amorim, titular das empresas Proteco e Ase e que tais empresas seriam beneficiárias de contratos de obras superfaturados firmados com o governo estadual e os valores seriam posteriormente *"lavados"* através de diversas operações.

Em análise preliminar ao HC 135.027, o Min. Marco Aurélio, decidiu, em sede liminar, deferir a soltura dos acusados, por entender que *"a generalidade da articulação não permite o endosso. Sob o ângulo da garantia da ordem pública e da econômica, descabe partir da capacidade intuitiva acerca da possibilidade de reiteração criminosa. Quanto ao risco à aplicação da lei penal, há de reportar-se, obrigatoriamente, a dado concreto. Fora isso é a suposição do excepcional, do extravagante, o que não é suficiente a respaldar a preventiva."*, colocando o recorrido em liberdade desde julho do ano de 2016 e não havendo, até a presente data, qualquer fato que pudesse ensejar nova prisão, uma vez que esta é a exceção.

No presente caso, não existe nos autos comprovação de que os recorridos estejam dificultando ou obstruindo o julgamento da ação penal, intimidando ou ameaçando testemunhas, tampouco que pretendem se furtar à aplicação da lei penal.

Desta forma, mantenho a decisão que indeferiu o pedido de prisão preventiva dos recorridos, pois não há motivos suficientes para a decretação da prisão preventiva, uma vez que ausentes os pressupostos do art. 312 do CPP.

Os artigos foram prequestionados, ainda que implicitamente.

Com o parecer, afasto as preliminares e no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e no mérito, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 06 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso Em Sentido Estrito nº 0836968-61.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – VARA DA AUDITORIA MILITAR – INFRAÇÃO DISCIPLINAR – PUNIÇÃO NA MODALIDADE DE PRISÃO – *HABEAS CORPUS* DENEGADO NA ORIGEM – ALEGADA NULIDADE DECORRENTE DE CERCEAMENTO DE DEFESA – DESCABIMENTO – MILITAR QUE TOMOU CIÊNCIA DA SINDICÂNCIA E OPTOU POR NÃO APRESENTAR DEFESA PESSOAL OU TÉCNICA – FACULDADE QUE ASSISTE AO SINDICADO – SUMULA VINCULANTE 5 DO STF – AVENTADA A OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Observando-se que o recorrente, no curso da sindicância, teve integral ciência do teor do auto de transgressão disciplinar e optou por deixar de constituir defensor ou de se apresentar defesa pessoal, não há falar em nulidade do procedimento administrativo por cerceamento de defesa, eis que assim procedendo nada mais fez do que lançar mão de faculdade que lhe assistia, pois em feitos dessa natureza não é obrigatória a presença e acompanhamento por parte de advogado (Súmula Vinculante n. 5 do e. Supremo Tribunal Federal).

Não transcorrido *in albis* o prazo prescricional, impossível a declaração da prescrição.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de agosto de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Francisco de Assis de Almeida interpõe o presente recurso em sentido estrito em face da r. decisão proferida pelo Juízo da Vara da Auditoria Militar Estadual, que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrada em seu favor contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar Estadual.

Nas razões, aduz, em síntese, que se encontra em vias de sofrer constrangimento ilegal decorrente do cumprimento de decisão proferida em feito instaurado para apuração de transgressão disciplinar, que lhe resultou na aplicação da penalidade de prisão por 05 dias, argumentando, para tanto, que: a) o procedimento administrativo padece de nulidade absoluta, eis que afrontou o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois concluído sem que tivesse a oportunidade de se defender, e; b) em razão da ocorrência da prescrição. Assim, pugna pela reforma do *decisum* monocrático a fim de que lhe seja concedida a ordem de *habeas corpus* mediante o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo ou da prescrição (fls. 05-15).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (fls. 184-194).

Às fls. 207-209 o recurso foi recebido como apelação criminal.

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo não provimento do apelo (fls. 222-228).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Francisco de Assis de Almeida interpõe o presente recurso em sentido estrito em face da r. decisão proferida pelo Juízo da Vara da Auditoria Militar Estadual, que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrada em seu favor contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar Estadual.

Nas razões, aduz, em síntese, que se encontra em vias de sofrer constrangimento ilegal decorrente do cumprimento de decisão proferida em feito instaurado para apuração de transgressão disciplinar, que lhe resultou na aplicação da penalidade de prisão por 05 dias, argumentando, para tanto, que: a) o procedimento administrativo padece de nulidade absoluta, eis que afrontou o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois concluído sem que tivesse a oportunidade de se defender, e; b) em razão da ocorrência da prescrição. Assim, pugna pela reforma do *decisum* monocrático a fim de que lhe seja concedida a ordem de *habeas corpus* mediante o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo ou da prescrição (fls. 05-15).

Passo à análise do recurso.

Segundo infere-se dos autos, o apelante teve contra si instaurado auto de transgressão disciplinar (Portaria n. 0377/ATD/CORREG/PMMS/2019) a fim de apurar a ocorrência de ofensa ao princípios e deveres inerentes à vida em caserna, eis que teria ultrajado superior hierárquico durante atendimento de ocorrência de trânsito.

Ao final do curso do procedimento disciplinar, o então Comandante Geral da Polícia Militar Estadual acatou o parecer que opinou pela configuração da transgressão disciplinar, assentando, que "*constata-se que o acusado violou os princípios da ética, dos deveres e das obrigações militares previstas na Lei Complementar nº 053/90 e Princípios da Hierarquia e Disciplina previstos no Decreto 1260/81 (RDPMMS)*", e assim aplicou a sanção de "*05 (cinco) dias de prisão, devendo cumprir a punição na Companhia de Guarda e Escolta*" (p. 105-106), sendo a decisão mantida por ocasião do julgamento do recurso /pedido de reconsideração do ato de punição (fls. 121-122).

Em que pese sustentar a ocorrência de nulidade decorrente de cerceamento de defesa havido no curso do procedimento administrativo, face a não apresentação das razões de defesa (pessoal ou técnica), tal não comporta acolhimento.

Ora, das peças que acompanham a impetração é possível constatar que foi oportunizada a possibilidade do apelante contrapor-se aos fatos veiculados no auto de transgressão disciplinar, em total obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Do documento de p. 76 infere-se que na data de 15.06.2010 o apelante teve integral ciência do teor da sindicância, tendo inclusive declarado que "*tenho conhecimento de que me está sendo imputada*

a autoria dos atos descritos neste ATD, e que me foi concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis para, em querendo, apresentar por escrito, as minhas justificativas ou razões de defesa".

Posteriormente, em 24.06.2010, foi novamente cientificado de que poderia produzir as provas necessárias à defesa de seus interesses, contudo, mais uma vez, quedou-se inerte (fls. 91-92).

Nesse prospecto, impossível falar em nulidade, até porque a presença de defensor constituído em procedimento administrativo não é obrigatória (inteligência da súmula vinculante n. 5º do e. Supremo Tribunal Federal) e, conforme consta dos autos, o apelante tomou ciência da sindicância e deliberadamente optou por não apresentar suas razões de defesa ou de constituir defensor, fazendo, assim, uso de uma faculdade que lhe assistia.

Ademais, é princípio comezinho de direito que a atuação das partes deve estar compreendida no brocardo do *venire contra factum proprium,* evitando-se comportamentos contraditórios, tanto que o art. 501 é expresso no sentido de que "*nenhuma das partes poderá argüir a nulidade a que tenha dado causa ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa*".

Essa circunstância, inclusive, é expressamente tratada nas Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar de MS (Portaria nº 009/Gab/CmtG/2008, de 17/04/2008), conforme segue:

> *Artigo 243. Nos procedimentos disciplinares processados através de Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar, não é obrigatória a presença e acompanhamento por parte de advogado.*

Vale ressaltar que, contrariamente ao que sustenta a d. defesa, não há ofensa ao teor do art. 20, par. 3º, daquele mesmo ato, pois referido dispositivo trata da hipótese de ausência ou deserção, situação não configurada nestes autos.

Portanto, afasto a alegação de nulidade.

Acerca da aventada prescrição, é certo que o art. 17 do Decreto-Lei 1.261/81 (que dispõe, no âmbito da Polícia Militar deste Estado, acerca do Conselho de Disciplina e dá outras providências) estabelece que "*será de seis anos, computados da data em que os ilícitos penais forem praticados, a prescrição prevista neste Decreto*".

Ocorre que basta observar o prazo prescricional prescrito no ato normativo para se constatar que a pretensão punitiva-disciplinar permanece hígida, pois mesmo se desconsiderada a ocorrência de causas interruptivas, não houve, entre a data do cometimento da infração e a solução da sindicância, a fluência de lapso temporal superior a 06 anos.

É o que expressamente consta da r. decisão monocrática, *verbis*:

> *"(...) constata-se que os fatos narrados nos autos de Apuração de Transgressão Disciplinar ocorreram em 21/04/2009, tendo sido instaurado o referido procedimento administrativo em 16/11/2009, concluído em 13/08/2014, sendo que o paciente foi intimado, a fim de iniciar o cumprimento de sua reprimenda em 12/03/2015 (f. 107), ou seja, dentro do prazo de 06 (seis) anos estipulados no aludido artigo 17. (...)."*

Destarte, ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a bem lançada decisão monocrática.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 24 de agosto de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1600996-63.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AMEAÇA – CONDUTA CONCRETAMENTE PERMEADA DO PROPÓSITO DE OPRESSÃO AO SEXO FEMININO – VIOLÊNCIA DE GÊNERO – INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06 – CONFLITO PROCEDENTE.

A violência doméstica ou familiar é caracterizada pela ação ou omissão baseada no gênero, circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetificação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Na hipótese dos autos, de acordo com os elementos informativos colhidos na fase investigatória, os agressores, após um desentendimento, ameaçaram de morte sua genitora.

Conflito julgado procedente para declarar a competência do d. Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.

Com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente o conflito de jurisdição.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo d. Juíza de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, nos autos n° 0005690-41.2016.8.12.0001, distribuído, originariamente, perante o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

O d. Juízo suscitado declarou sua incompetência, argumentando que "*a questão não se enquadra no que pretende coibir a Lei 11.343/06: a violência e opressão ao gênero feminino, ao contrário, a gênese da conduta do réu é seu vício e não a supremacia de seu gênero ao de seus familiares*" (pp. 04-06).

Por seu turno, o d. Juízo suscitante sustenta, em breve síntese, que deve ser reconhecida a competência da Vara especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o processamento e julgamento do feito em questão, pois os crimes imputados ao acusado foram praticados contra mulher decorrente de violência no âmbito familiar. (pp. 07-10).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento do presente conflito, a fim de que seja estabelecida a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande, para processar e julgar os fatos contidos nos autos de nº 0005690-41.2016.8.12.0001. (pp. 23-27).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo d. Juíza de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, nos autos n° 0005690-41.2016.8.12.0001, distribuído, originariamente, perante o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

O d. Juízo suscitado declarou sua incompetência, argumentando que "*a questão não se enquadra no que pretende coibir a Lei 11.343/06: a violência e opressão ao gênero feminino, ao contrário, a gênese da conduta do réu é seu vício e não a supremacia de seu gênero ao de seus familiares"* (pp. 04-06).

Por seu turno, o d. Juízo suscitante sustenta, em breve síntese, que deve ser reconhecida a competência da Vara especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o processamento e julgamento do feito em questão, pois os crimes imputados ao acusado foram praticados contra mulher decorrente de violência no âmbito familiar. (pp. 07-10).

Passo à análise do conflito.

Segundo consta na inicial acusatória (pp. 01-02):

> *(...) no dia 18 de Outubro de 2015, por volta das 20:00 horas, na Rua Alfred Hitchcoch, nº XXX, Bairro Jardim Colibri, nesta capital, os denunciados V.G.R e S.L.G.B ameaçaram causar mal injusto e grave à vítima D.G.B, sua genitora, quando após uma discussão, disseram-lhe: "QUE IRIAM COMPRAR UMA ARMA DE FOGO PARA MATAR A VÍTIMA E APÓS IRIAM ATEAR FOGO EM SUA CASA". (...)*

Pois bem.

Como é cediço, o conceito de violência doméstica ou familiar vem definido no artigo 5º da Lei n. 11.340/06, sendo que sua exteriorização ocorre nas hipóteses tratadas pelo artigo 7º do mesmo diploma legal.

Eis a redação dos referidos dispositivos:

> *Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*
>
> *I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*
>
> *II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*

> *III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 7º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:*
>
> *I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;*
>
> *II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;*
>
> *III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;*
>
> *IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;*
>
> *V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.*

Da análise dos referidos dispositivos, é possível depreender que a violência doméstica ou familiar é caracterizada pela "*ação ou omissão baseada no gênero*", circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetificação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Aliás, a violência de gênero dar-se-á em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

De fato, não basta a mera violência contra a pessoa do sexo feminino, integrante do círculo de amizade ou familiar do agressor; é preciso que a violência praticada tenha por motivação a opressão ao gênero feminino, circunstância que se vislumbra presente no caso em tela.

Ora, os acusados e a vítima possuem laços de parentesco, já que esta é genitora daqueles. Outrossim, a narrativa da ocorrência indica que o ato fora perpetrado em virtude da vulnerabilidade da vítima pelo fato de ser mulher (violência voltada ao gênero), haja vista que os acusados, após uma discussão, ameaçaram a ofendida dizendo *"que iriam comprar uma arma de fogo para matar a vítima e após iriam atear fogo em sua cassa"*.

Assim, verificando-se - em tese - a ocorrência do crime de ameaça contra mulher praticada em decorrência de sua vulnerabilidade e no âmbito de relação íntima de afeto, tem-se como presentes os requisitos caracterizadores da violência de gênero, atraindo, pois, a competência de uma das Varas de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande.

Em casos análogos, esta e. Corte manifestou-se da seguinte forma, *verbis*:

> *EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VIAS DE FATO PRATICADAS POR FILHO CONTRA GENITORA – CONDUTA CONCRETAMENTE PERMEADA DO PROPÓSITO DE OPRESSÃO AO SEXO FEMININO – VIOLÊNCIA DE GÊNERO – INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06 – CONFLITO PROCEDENTE. I – A violência doméstica ou familiar é caracterizada pela ação ou omissão baseada no gênero, circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetifcação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Segundo consta dos autos, o agressor, após uma discussão, desferiu socos na vítima, causando-lhe lesões aparentes. II – Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande.* (TJMS; Conflito de Jurisdição n. 1602040-54.2015.8.12.0000 – Campo Grande; Rel. Des. Francisco Gerardo de Souza, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 17.12.2015).

> *EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – DELITO DE AMEAÇA PRATICADO CONTRA A GENITORA – ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DELITO DECORRENTE DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA – APLICABILIDADE DA LEI 11.340/06 – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. I – A Lei Maria da Penha é a norma legal de proteção às vítimas mulheres, nos crimes praticados no âmbito familiar, como o ocorrido in casu, em que a vítima é a mãe do agressor. II – Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no art. 5.º da Lei nº 11.343/06, dentre as quais não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima.* (TJMS; Conflito de Jurisdição n. 1602723-91.2015.8.12.0000 – Campo Grande; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 15.02.2016)

> *EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - SUSCITANTE O JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE E SUSCITADO A 2ª VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE - CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO FAMILIAR - VÍTIMAS IRMÃ E GENITORA DO ACUSADO - VÍTIMAS DO GÊNERO FEMININO - VÍNCULO JURÍDICO DE NATUREZA FAMILIAR E AGRESSÃO NO ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA E FAMILIAR – INCIDÊNCIA DA LEI N.º 11.340/03 (LEI MARIA DA PENHA) – COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – CONFLITO PROCEDENTE. O acusado cometeu os crimes de lesão corporal em desfavor de sua irmã e da genitora, no âmbito doméstico, sendo despiciendo o fato de o agressor supostamente estar agindo sob o efeito de drogas como motivo para afastar a competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, até porque muitos dos casos de violência doméstica atualmente são cometidos após o uso de drogas e/ou abuso de álcool. Conflito de Jurisdição procedente, para declarar competente, in casu, o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (Juízo Suscitado).* (TJMS; Conflito de Jurisdição n. 1601924/48.2015.8.12.0000 – Campo Grande; Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 17.11.2015).

Destarte, ante ao exposto, julgo procedente o conflito de jurisdição, firmando-se a competência do d. Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande para processar e julgar o processo que deu origem a este feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito de jurisdição.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1406763-32.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO – A VÍTIMA É MENOR DE 18 (DEZOITO) OU MAIOR DE 14 (QUATORZE) – AGENTE É ASCENDENTE (PAI) – RESULTA GRAVIDEZ – AMEAÇA – VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CONCURSO MATERIAL – ARTIGO 213, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGO 226, INCISO II , DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 234-A, INCISO III, CÓDIGO PENAL – ARTIGO 147, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 69, DO CÓDIGO PENAL – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA – CRIME PRATICADO, EM TESE, POR PACIENTE COM FRANCO ACESSO À VÍTIMA – CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRISÃO CAUTELAR COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTES – ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA.

No que tange à prisão preventiva atinente ao crime de injúria, praticado contra sua convivente, observa-se que houve a revogação da medida, reconhecendo-se a perda de objeto.

Quanto à imputação do crime de estupro, não há que se falar em constrangimento ilegal quando decisão posta sob jugo encontra conforto nos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, mormente pela flagrante probabilidade de o paciente ter franco acesso à vítima.

Correta a decisão, ante à presença dos pressupostos da aludida segregação, os atos foram perpetrados, por diversas vezes, sob grave ameaça, resultando, inclusive, na gravidez da vítima, cuja criança já conta com 03 (três) anos.

A presunção de inocência é compatível com a prisão processual, eis que não impõe a antecipação da pena, haja vista não derivar do reconhecimento da culpabilidade, mas sim da necessidade de se ver garantida a ordem pública, a instrução criminal e/ou a aplicação da lei penal, razão pela qual não se há de cogitar em violação de tal presunção.

As condições pessoais favoráveis, mesmo quando comprovadas, em si, não garantem eventual direito em responder ao processo em liberdade, sobretudo quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

Ordem conhecida em parte. E, na parte conhecida, denegada. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem e, na parte conhecida, denegar.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Vistos, etc.

A advogada Nilza Lemes do Prado, inscrita na OAB-MS sob o n. 11.669, impetra *habeas corpus,* com pedido liminar, em favor de A. A. de S., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande – MS.

A impetrante narra que o paciente, em 10 de junho de 2017, foi preso em flagrante pelo suposto crime de injúria contra sua convivente.

Ocorre que, quando da prisão em flagrante, houve a constatação da suposta prática do delito de estupro da filha do paciente, ocorrido em meados de 2016.

Nisto, instaurou-se um auto de prisão em flagrante e dois inquéritos policiais.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, em relação ao crime de injúria.

E, também, decretou-se a prisão preventiva, em relação ao crime de estupro.

Contudo, a defesa argumenta que as prisões são incabíveis, alegando ilações abstratas, justificando a medida extrema em decorrência de supostamente as infrações penais.

Acrescenta, se ocorrido, o delito já dataria de mais de 01 (um) ano, detém residência fixa (mesma que sua genitora), é primário, de bons antecedentes e exerce a profissão de comerciante.

Nisto, postula pelo deferimento da liminar.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 43-46.

As informações foram prestadas às fls. 58-59.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 66-68

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

A advogada Nilza Lemes do Prado, inscrita na OAB-MS sob o n. 11.669, impetra *habeas corpus,* com pedido liminar, em favor de A. A. de S., apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande – MS.

A impetrante narra que o paciente, em 10 de junho de 2017, foi preso em flagrante pelo suposto crime de injúria contra sua convivente.

Ocorre que, quando da prisão em flagrante, houve a constatação da suposta prática do delito de estupro da filha do paciente, ocorrido em meados de 2016.

Nisto, instaurou-se uma auto de prisão em flagrante e dois inquéritos policiais.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, em relação ao crime de injúria.

E, também, decretou-se a prisão preventiva, em relação ao crime de estupro.

Contudo, a defesa argumenta que as prisões são incabíveis, alegando ilações abstratas, justificando a medida extrema em decorrência de supostamente as infrações penais.

Acrescenta, se ocorrido, o delito já dataria de mais de 01 (um) ano, detém residência fixa (mesma que sua genitora), é primário, de bons antecedentes e exerce a profissão de comerciante.

Nisto, postula pelo deferimento da liminar.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 43-46.

As informações foram prestadas às fls. 58-59.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 66-68.

Era o que me cabia rememorar.

O *writ* merece ser conhecido somente quanto à prisão preventiva decretada em relação ao crime de estupro.

Explico.

Quando da realização da audiência de custódia, determinou-se: a) a conversão da prisão em flagrante em preventiva; b) desmembramento da investigação, haja vista entender que o crime de estupro de vulnerável é da competência da 7ª Vara Criminal Especial.

Nisto, mandado de prisão expedido nos autos nº 0022351-61.2017.8.12.0001 foi vinculado ao crime de estupro de vulnerável, e o mandado de prisão, expedido nos autos nº 0022277-07.2017.8.12.0001, foi vinculado ao crime de injúria.

Ocorre que a prisão preventiva referente ao crime de injúria foi revogada em 27/06/2017, nos autos 0023020-17.2017.8.12.0001, de forma que está preso somente em relação do crime estupro de vulnerável, *in verbis:*

> *Senhor Relator,*
>
> *Apraz-me cumprimentar Vossa Excelência, em resposta ao ofício n. 12322/2017, recebido nesta data, via SCDPA, a tratar do habeas corpus impetrado em favor do paciente A.A. de S., venho por meio deste informar o que segue.*
>
> *O paciente foi preso em flagrante delito em 10/06/2017 pela prática do delito de injúria tipificado no artigo 140 do Código Penal, em sede de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340/06), vinculada ao delito de estupro de vulnerável, artigos 217-A e 226 II, ambos do Código Penal. O Ministério Público manifestou-se pela conversão da prisão em flagrante por prisão preventiva. A defesa requereu a concessão da liberdade provisória/fixação de medidas cautelares diversas da prisão.*

Em audiência de custódia, a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva na data de 12/06/2017, bem como foi determinado o desmembramento da investigação, posto que o crime de estupro de vulnerável é da competência da 7ª Vara Criminal Especial, logo, o mandado de prisão expedido nos autos nº 0022351-61.2017.8.12.0001 foi vinculado ao crime de estupro de vulnerável, e o mandado de prisão expedido nos autos nº 0022277-07.2017.8.12.0001 foi vinculado ao crime de injúria.

Cumpre destacar que a prisão preventiva referente ao crime de injúria foi revogada em 27/06/2017, nos autos 0023020-17.2017.8.12.0001, restando o paciente preso pelo crime de Estupro de vulnerável, para o qual o Juízo competente para prestar as informações é o da 7ª Vara Criminal Especial.

Essas eram as informações que tinha a prestar, colocando-me à disposição de Vossa Excelência para quaisquer outros esclarecimentos

Sem mais para o momento, renovo protestos de elevada estima e distinta consideração.

Portanto, o *writ* só será conhecido quanto à prisão decretada nos Autos de n. 0022277-07.2017.8.12.0001.

Outrossim, tenho por bem dispensar as informações do Juízo da 7ª Vara Criminal de Campo Grande-MS, posto que o Sistema de Automação da Justiça – SAJ permite a consulta.

Passo ao mérito.

Entendo ser relevante a transcrição da denúncia, *in verbis (*0023024-54.2017.8.12.0001):

(...) (Consta do presente Inquérito Policial que o denunciado A. A. de S. constrangeu a vítima D.A.S., sua filha, a ter conjunção carnal, desde seus 15 (quinze) anos de idade até junho de 2016, o último ato ocorrido.

Segundo a ocorrência registrada em 09 de junho de 2017, durante uma discussão familiar entre sua mãe e o denunciado, a vítima D.A.S interviu na discussão e relatou que "ao final de seus quinze anos de idade seu pai manteve relação sexual com ela, o que foi se tornando de forma frequente, fatos ocorridos em casas de amigos dele, motéis e até mesmo na residência quando a genitora não estava, sendo que os abusos pararam de ocorrer no decorrer do mês de junho do ano passado", relata ainda que sua filha é fruto da relação sexual com o acusado "aos dezessete anos teve uma filha de nome M.E.A.S a qual nasceu no dia 03 de agosto de 2013, e seria fruto da relação sexual com o genitor".

Outrossim, apurou-se também que o autor A. A. de S. "aproveitava das ocasiões em que levava a vítima D.A.S, para fazer shows, e após lhe levava para o motel, ou em muitas vezes, mentia dizendo que iriam na casa de algum compositor e rumavam para o motel".

Consta também que durante toda a gravidez da D.A.S, o denunciado A. A. de S. "lhe compelia a fazer sexo com ele, e lhe tratava como se a declarante fosse sua mulher"

Por derradeiro, apurou-se ainda que, o denunciado A. A. de S. ameaçou causar mal injusto e grave à vítima D.A.S., sua filha, consistente no fato de que o autor ameaçava colocá-la para fora de casa, pois sabia que ela (comunicante/vítima) não tem para onde ir.

A vítima representou contra o denunciado, nos termos do artigo 147, parágrafo único, do Código Penal.

> *Posto isso, estando satisfatoriamente presentes os requisitos para a propositura da ação penal, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL denuncia A. A. de S. como incurso no artigo 213 (estupro), § 1º (se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze)), do Código Penal, com as causas de aumento previstas no artigo 226 (A pena é aumentada), inciso II (de metade, se o agente é ascendente da vítima), do Código Penal, e no artigo 234-A (A pena é aumentada), inciso III (de metade, se do crime resultar gravidez), do Código Penal; no artigo 147 (ameaça), do Código Penal, com a agravante prevista no artigo 61 (São circunstâncias que sempre agravam a pena), inciso II (ter o agente cometido o crime), alínea "f)" (violência contra a mulher), observando-se ainda as disposições da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), e em concurso material (artigo 69 do Código Penal)*

Como se vê, a denúncia narra a prática do crime de estupro, ou seja, crime sexual, cujo *modus operandi* tem como um de seus elementos a clandestinidade, da qual se valem os agentes hodiernamente para a consumação de delitos desta espécie.

Nestes casos, o depoimento da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria, mostrando-se impositiva a sua aceitação.

Nesse sentido, trago à baila o julgamento que segue:

> *Os crimes contra os costumes são os que se procura cometer entre quatro paredes, às escuras, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional* (RT 722/416).

Bem assim, a palavra da vítima é de extrema relevância, fator que, por ora serve para formação dos indícios de autoria voltados ao paciente.

Quanto à materialidade, em consulta à Ação Penal de n. 0023024-54.2017.8.12.0001, através do Sistema de Automação da Justiça – SAJ, verifico que o depoimento da vítima é contundente.

Acrescente que relatou que engravidou e veio a ter a criança, frutos das relações com seu pai, ora paciente.

Pois bem, vislumbra-se, de início, a presença do *fumus comissi delicti*, caracterizado pela comprovação da existência de indícios suficientes de autoria e da materialidade.

O *periculum libertatis* também restou evidenciado sobremaneira na decisão vergastada, cujo teor transcrevo:

> *(...) a prisão preventiva é a medida cautelar constituída da privação de liberdade do indivíduo diante da existência dos pressupostos legais para assegurar os interesses de segurança, tendo por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e/ou a fiel execução de eventual condenação criminal.*
>
> *Não há duvidas de que o caso em apreciação comporta a prisão preventiva, já que presentes os elementos determinantes da custódia prisional do representado.*
>
> *Na hipótese, estão presentes elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva, porquanto, fundado no depoimento da vítima D.A.S, confirmando em seu conteúdo pelo próprio acusado perante a autoridade policial, exsurge como potencialmente real a ocorrência do delito de estupro.*

> *Destarte, sabendo-se que as investigações podem sofrer influências das mais variadas como, por exemplo, possível (eis) interferência(s) do ora representado junto à (s) vítima/testemunhas, principalmente neste momento em que veio à tona o fato, entende-se que estando ele preso não poderá prejudicar a apuração correta dos acontecimentos, possibilitando, por via de consequência, a boa coleta das informações/prova sobre o caso e garantindo a aplicação da lei penal em sua essência real.*
>
> *Não bastasse, urge preservar a garantia da ordem pública, haja vista a gravidade do fato em investigação, evitando-se que o investigado e vítima mantenham contato gerando novos conflitos e potencial agravamento da situação, preservando-lhes, inclusive, a integridade física.*
>
> *Com efeito, frente às provas preliminares coligidas que atestam a materialidade do crime e indícios mais que suficientes da autoria, apesar de tratar-se de circunstância excepcional, a prisão preventiva do ora representado é medida que se impõe, a fim de assegurar que não fuja do distrito da culpa ou interfira na apuração dos fatos, resguardando-se, ainda a segurança pública e evitando que seja causada a instabilidade social.*
>
> *Posto isso, estando presentes os fundamentos para a prisão preventiva, acolhendo a manifestação positiva do Ministério Público, DEFIRO a representação da autoridade policial para decretar a prisão preventiva do acusado A. A. de S., já qualificado, com fulcro nos artigos 312 e 313, inc. I, ambos do CPP. (...)*

Como se vê, além da decisão monocrática estar devidamente fundamentada, trata-se de delito gravíssimo, que causa grande repercussão e clamor na sociedade, inserido no rol dos delitos hediondos, tipificados no art. 1º, inciso VI, da Lei n.º 8.072/1990.

Eis o magistério do professor Fernando Capez a respeito do assunto:

> *(...) Desse modo, o que se tutela é a dignidade da pessoa humana, sob o aspecto sexual, e os direitos a ela inerentes, como a sua liberdade, sua integridade física, sua vida ou sua honra etc. Ao lado disso, busca-se a proteção também da moralidade pública sexual, cujos padrões devem pautar a conduta dos indivíduos, de molde a que outros valores de grande valia para o Estado não sejam sobrepujados.*
>
> *Lado outro, o novo dispositvo penal, contido no art. 217-A, § 1º, do Código Penal, possui como alicerce de uma maior severidade e rigidez, a necessidade de coibir, como bem diz a rubrica do Titulo VI, do Código Penal, qualquer ato "contra a dignidade sexual".*

Sobre o tema, ensina o festejado doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> *(...) São consideradas pessoas vulneráveis (despidas de proteção, passível de sofrer lesão), no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual. Independentemente de se falar em violência, considera a lei inviável, logo, proibida, a relação sexual mantida com tais vítimas, hoje enumeradas no art. 217-A do Código Penal. Não deixa de haver uma presunção nesse caso: baseado em certas probabilidades, supõe-se algo. E a suposição diz respeito à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual.* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 927).

Não bastasse, é induvidosa a materialidade do delito, bem como há indícios suficientes da autoria, especialmente diante das declarações da vítima.

Ademais, a prisão preventiva se justifica pela presença dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, além da aplicação do artigo 313, *caput* e inciso I, do mesmo diploma legal, já que o delito em tela é doloso e punido com pena de reclusão máxima superior a 04 (quatro) anos.

Logo, a manutenção da prisão preventiva alicerça-se, sobretudo, na garantia da ordem pública, bem como em se garantir a incolumidade da vítima, eis que o paciente é seu pai, com acesso franqueado àquela, tornando-se inviável a concessão do *writ*.

Como ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> *A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.*
>
> *(...) Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.* (Código de Processo Penal Comentado - 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 207).

Assim, as condições pessoais favoráveis, mesmo quando comprovadas, por si mesmas, não garantem eventual direito em responder ao processo em liberdade, sobretudo quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

Neste sentido:

> ***PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CRIME PRATICADO PELO GENITOR ENSEJANDO A GRAVIDEZ DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*** *1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da Lei penal. 2. No caso dos autos, as instâncias ordinárias destacaram a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta da conduta delituosa, demonstrando a periculosidade do agente, que, na posição de pai da vítima (que contava treze anos na data dos fatos), a teria constrangido a praticar atos libidinosos, ensejando a sua gravidez. 3.* ***Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis ao agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representam óbice, por si sós, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.*** *4. Habeas corpus não conhecido.* Grifei (STJ; HC 369.486; Proc. 2016/0229836-5; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 17/02/2017)

Portanto, diante da presença dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar e mediante as circunstâncias do caso concreto, que revelam a efetiva necessidade da custódia cautelar, não há constrangimento ilegal a ser sanado pelo *writ*.

Isto posto, em parte com o parecer, conheço parcialmente do *writ*. E, na parte conhecida, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente da ordem e, na parte conhecida, denegaram-na.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso Em Sentido Estrito n. 0000132-61.2013.8.12.0044 - Sete Quedas
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FURTO QUALIFICADO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRETENSÃO DE REFORMA – PEDIDO ACOLHIDO – CONCURSO DE PESSOAS – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – VÍTIMA DE BAIXA RENDA –HABITUALIDADE DELITIVA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECURSO PROVIDO.

O princípio da insignificância funciona como causa de exclusão da tipicidade, mediante a interpretação restritiva do tipo penal. E, além dos requisitos objetivos (a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica provocada), depende da presença dos requisitos subjetivos, que dizem respeito às condições do agente e da vítima, aqui se incluindo a sua situação econômica, o valor sentimental do bem e resultado do crime

A averiguação da inexpressividade da conduta e ausência de lesividade penal não pode estar dissociada de outras variáveis ligadas às circunstâncias fáticas, razão pela qual a denúncia não poderia ter sido rejeitada mediante a análise singela do valor dos objetos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de julho de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a decisão do Juiz de Direito da Comarca de Sete Quedas, que rejeitou a denúncia oferecida contra Júlio César de Nadai e Cleide Viana Pacheco, com fundamento no princípio da insignificância.

A denúncia imputa aos recorridos a prática do delito previsto no art.155, § 2º e § 4º, I e IV, do Código Penal.

Pretende o recorrente que a denúncia seja recebida, sob alegação de que a conduta perpetrada pelos recorridos não pode ser considerada insignificante, pois o valor da coisa subtraída não deve ser analisado isoladamente.

Sustenta que, embora sejam de pouco valor, os objetos subtraídos representam muito para a vítima, de baixa renda e residente em moradia de madeira.

Alega que não estão presentes a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico, requisitos para a incidência do princípio da insignificância.

No mais, suscita prequestionamento.

Em contrarrazões, os recorridos pugnam pela improcedência do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo provimento do recurso e suscita prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a decisão do Juiz de Direito da Comarca de Sete Quedas, que rejeitou a denúncia oferecida contra Júlio César de Nadai e Cleide Viana Pacheco, com fundamento no princípio da insignificância.

Pretende o recorrente que a denúncia seja recebida, sob alegação de que a conduta perpetrada pelos recorridos não pode ser considerada insignificante, pois o valor da coisa subtraída não deve ser analisado isoladamente.

Extrai-se da denúncia que:

> *No dia 19 de novembro de 2012, por volta das 09:00hs, na Rua Jorge Pereira,nº 2300, Centro, na cidade de Paranhos/MS, Julio Cesar de Nadai e Cleide Viana Pacheco, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, subtraíram para si, mediante concurso de pessoas e com rompimento de obstáculo, coisa alheia móvel de propriedade da vítima Anezio Barbosa de Freitas.*
>
> *Em 23 de novembro de 2012 chegou ao conhecimento policial a notícia do delito ocorrido na localidade alhures mencionada, originando o boletim de ocorrência nº 408/2012/PC/DP/Paranhos, no qual consta que a vítima compareceu em sede policial afirmando que foram subtraídos de sua residência os seguintes bens: 01 (uma) lanterna e 01 (um) frango congelado.*
>
> *Apurou-se que, na data dos fatos, a vítima havia saído para comprar mandioca para revender, sendo que, ao retornar para casa, deparou-se com a tranca e a travessa da janela quebradas, bem como percebeu que sua cama estava bagunçada, notando, ainda, a falta dos bens supramencionados.*
>
> *Ademais, segundo a vítima, um amigo lhe informou ter avistado os denunciados rondando o local do crime na data dos fatos, assim como um vizinho de Julio Cesar informou à vítima que avistou o denunciado na posse de uma lanterna com as mesmas características da que fora subtraída.*

Diante desses fatos, Júlio César de Nadai e Cleide Viana Pacheco foram denunciados como incursos nas penas do art.155, § § 2º e 4º, I e IV, do Código Penal.

Todavia, o juízo *a quo* rejeitou a denúncia, ao fundamento de falta de justa causa para a ação penal, pela incidência do princípio da insignificância, ante os baixos valores das coisas subtraídas.

Pois bem.

É indiscutível que um frango congelado e uma lanterna representam bens de baixo valor, o que caracterizaria, a princípio, a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Outrossim, não se desconhece o caráter fragmentário do Direito Penal, no sentido de que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas por esse ramo do direito, somente as mais expressivas.

De outra via, a falha do Direito Penal, quando necessária a sua intervenção, pode levar à proteção insuficiente de bens jurídicos, estimulando a prática de condutas ilícitas, com o malferimento ao princípio da proporcionalidade, que deve reger a atuação do Judiciário.

Nesse sentir, tenho que a decisão merece reforma, porquanto a aplicação do princípio da insignificância, depende da coexistência dos seguintes requisitos objetivos, estabelecidos pelo STF: i. a mínima ofensividade da conduta do agente; ii. a nenhuma periculosidade social da ação; iii. o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e iv. a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais, vale anotar que o princípio da insignificância funciona como causa de exclusão da tipicidade, mediante a interpretação restritiva do tipo penal. E, além dos requisitos objetivos acima elencados depende da presença dos requisitos subjetivos, que dizem respeito às condições do agente e da vítima, aqui se incluindo a sua situação econômica, o valor sentimental do bem e resultado do crime.

No presente caso, muito embora os bens furtados sejam de baixo valor, não há configuração do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, porquanto consta da denúncia que os recorridos praticaram o furto mediante rompimento de obstáculo e em concurso de pessoas.

Por outro lado, o fato de ser a vítima pessoa de baixa renda, morador de casa simples, de madeira, conforme consta da denúncia, acentua a ofensividade da conduta dos recorridos, descaracterizando, via de consequência, tanto os requisitos de ordem objetiva, como os de ordem subjetiva, os quais devem coexistir para a aplicação do princípio da insignificância.

Na mesma linha de raciocínio tem reiteradamente decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa dos seguintes arestos:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. PEÇAS DE CARNE, DO TIPO PICANHA, AVALIADAS EM R$ 100,60 (CEM REAIS E SESSENTA CENTAVOS). (I) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. (II) REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RECIDIVA ESPECÍFICA DO RÉU.*
>
> *1. O princípio da insignificância propõe se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, ou seja, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido.*
>
> *Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.*

2. No caso, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, pois o valor atribuído aos bens subtraídos - R$ 100,60 (cem reais e sessenta centavos), correspondente a 14,83% do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos - não pode ser considerado inexpressivo ou irrelevante para fins de reconhecimento da atipicidade material do comportamento. Além disso, destacou o Tribunal de Justiça que, "no presente caso, a conduta não foi minimamente ofensiva ou se revestiu de reduzido grau de reprovabilidade, visto que os réus, agindo em comparsaria, invadiram o local e, mediante ação previamente organizada, tentaram subtrair a res" (e-STJ fl. 73).

3. Embora a pena privativa de liberdade do paciente MARCELO tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, as instâncias de origem reconheceram a reincidência específica do sentenciado. Desse modo, correta a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, bem como do teor do enunciado n. 269 da Súmula desta Casa. Precedentes.

4. Habeas corpus denegado. (HC 394.842/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 05/06/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. PACIENTE DENISE. APLICADA PENA DE MULTA (§ 2° DO ART. 155 DO CP): BENS AVALIADOS EM R$ 137,00. CONCURSO DE AGENTES.

PACIENTE ALEKSANDER: REINCIDÊNCIA (ROUBO E FURTO). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004).

2. In casu, não há falar em aplicação do princípio da insignificância, no tocante aos pacientes, tendo em vista que, não bastasse o crime de furto ter sido praticado em concurso de agentes, fato que evidencia maior reprovabilidade, verifica-se que se tentou subtrair vários itens (quatorze) avaliados em R$ 132,50. Em tais circunstâncias, e considerando ainda que o paciente Aleksander possui condenações anteriores por crimes de roubo e furto, não há como reconhecer o caráter bagatelar dos comportamentos imputados, havendo afetação do bem jurídico.

3. Ordem denegada. (HC 391.426/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME ABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo, concurso de agentes, ou se o paciente é reincidente ou possuidor de maus antecedentes, indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância (precedentes).*
>
> *III - Na hipótese, o paciente é reincidente. Além disso, consta ainda que o valor da res furtiva que se tentou subtrair da vítima - R$ 75,00 -, ultrapassa 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do crime (R$ 678,00 em 2013), não podendo ser considerado desprezível a autorizar a incidência do princípio da insignificância. Dessa forma, na linha de precedentes desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível o princípio da insignificância com sua conduta.*
>
> *IV - Por outro lado, verifica-se que foi fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, considerando que o paciente tem maus antecedentes, inclusive com reincidência específica, não preenchendo o requisito previsto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. (HC 386.290/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017)*

Ressalvo, ademais, que o recorrido Júlio César de Nadai possui antecedentes policiais (fls.46/47), o que, para o Superior Tribunal de Justiça constitui fundamento para caracterizar a habitualidade delitiva e afastar a aplicação do princípio bagatelar. Veja-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO-FISCAIS PELA PRÁTICA DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao manter a rejeição da denúncia pela prática do crime de descaminho, diante da aplicação do princípio da insignificância, divergiu da orientação jurisprudencial desta Corte Superior no sentido de que a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, consequentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância no delito de descaminho. 2. No presente caso, há notícia nos autos de que o acusado já responde a outros procedimentos administrativos, comprovada pelo histórico de autuações aduaneiras, pela prática do crime de descaminho. Dessa forma, o afastamento do princípio da insignificância, como causa de não recebimento da denúncia, é medida que se impõe. 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1647127/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017)

Portanto, a averiguação da inexpressividade da conduta e ausência de lesividade penal não pode estar dissociada de outras variáveis ligadas às circunstâncias fáticas, razão pela qual a denúncia não poderia ter sido rejeitada mediante a análise singela do valor dos objetos.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento, para o fim de reformar a decisão recorrida, determinando o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Júlio César de Nadai e Cleide Viana Pacheco.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 04 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000765-22.2014.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – PALAVRA DA VÍTIMA – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO VÁLIDO – MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA INVIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO

A vítima narrou os fatos, tanto na fase inquisitorial, como em juízo, de forma coerente e uníssona, detalhando o *modus operandi* da prática delituosa, o que confere credibilidade ao reconhecimento fotográfico realizado no inquérito e confirmado, sob o crivo do contraditório.

É dominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art.157, § 2º, I do CP, é despicienda a apreensão e perícia da arma, desde que se possa demonstrá-la por outros meios de prova.

O processo de individualização da pena não está condicionado a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador, de modo que o Tribunal apenas deve corrigir o cálculo efetuado pelo juiz na primeira fase de dosimetria, ao observar desproporcionalidade na fixação do *quantum*, o que não verifico no caso em análise.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – PALAVRA DA VÍTIMA – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO VÁLIDO – MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA – EXCLUSÃO DA REINCIDÊNCIA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

A vítima narrou os fatos, tanto na fase inquisitorial, como em juízo, de forma coerente e uníssona, detalhando o *modus operandi* da prática delituosa, o que confere credibilidade ao reconhecimento fotográfico realizado no inquérito e confirmado, sob o crivo do contraditório.

O processo de individualização da pena não está condicionado a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador, de modo que o Tribunal apenas deve corrigir o cálculo efetuado pelo juiz na primeira fase de dosimetria, ao observar desproporcionalidade na fixação do *quantum*, o que não verifico no caso em análise.

Não se verifica a reincidência, pois nos autos citados pelo magistrado para configurá-la (659-94.2013), o trânsito em julgado ocorreu em 19/12/2014, posteriormente aos fatos descritos na denúncia, os quais teriam se passado em 28/10/2013.

É dominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art.157, § 2º, I do CP, é despicienda a apreensão e perícia da arma, desde que se possa demonstrá-la por outros meios de prova.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Jonathan José de Souza. Por unanimidade, prover parcialmente o recurso de Adiel dos Santos Silva.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Adiel dos Santos Silva e Jonathan José de Souza interpõem recurso de apelação, manifestando seu inconformismo com a sentença que os condenou como incursos nas penas do art.157, § 2º, I e II, do CP.

Sustentam que a palavra da vítima não se presta a sustentar o édito condenatório, pugnando por sua absolvição, nos termos do art.386, VI do CPP.

Pugnam pelo redimensionamento da pena. Pedem, para ambos, a diminuição da pena-base na primeira fase da dosimetria, a exclusão da majorante contemplada no § 2º, I, do art.157 do CP e, apenas para o apelante Adiel, a exclusão da agravante da reincidência.

Suscitam prequestionamento.

Contrarrazões pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo provimento parcial do apelo, apenas para afastar a circunstância judicial dos antecedentes, quanto ao apelante Adiel, redimensionando-se sua pena.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Adiel dos Santos Silva e Jonathan José de Souza contra a sentença que os condenou como incursos nas penas do art.157, § 2º, I e II, do CP.

Em suas razões, sustentam que a palavra da vítima não se presta a sustentar o édito condenatório, pugnando por sua absolvição, nos termos do art. 386, VI do CPP.

Sem razão os apelantes, absolutamente.

Com efeito, ao condenar os apelantes, o magistrado utilizou os seguintes fundamentos:

> *E a autoria é certa e deve ser atribuída aos acusados Adiel dos Santos Silva e Jonathan José de Souza.*
>
> *Com efeito, a vítima não titubeou em reconhecê-los como autores do fato.*
>
> *Fez-o tanto em delegacia quanto em juízo (p. 08, 106 e 126-130).*

> *Em que pesem os argumentos da defesa, as formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal são observadas quando possível e, mesmo quando não se possa observá-las, o conteúdo intrínseco do ato não é inexistente ou imprestável. Deve ser valorado de acordo com a potencialidade inata de fazer embasar o convencimento judicial. (fl.200)*

Acerca do reconhecimento de pessoas, prescreve o art.226, do CPP:

> *Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*
>
> *I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*
>
> *Il - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*
>
> *III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*
>
> *IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*

Conforme determinado no referido preceptivo legal, a autoridade policial apresentou à vítima (fl.7/13) diversas fotografias de indivíduos com as mesmas semelhanças físicas.

Assim, segundo consta no auto de reconhecimento fotográfico, assinado por duas testemunhas, pela autoridade e pelo reconhecedor, à fl.13, a vítima reconheceu, sem sombra de dúvidas, os indivíduos identificados nas fotos de nº 4 e 7 como os autores do roubo.

Deste modo, é indiscutível que foram observados os requisitos do art. 226, do CPP, carecendo de amparo a tese do apelante.

Outrossim, em juízo, a mesma vítima ratificou o reconhecimento dos apelantes, dizendo, com veemência, que não tem dúvida acerca da autoria.

Ademais, os crimes contra o patrimônio são, em sua maioria, praticados longe da presença de testemunhas, razão por que o depoimento da vítima assume especial valor probatório, conforme posicionamento sufragado pela jurisprudência do STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA. PARADIGMAS PROFERIDOS EM JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO NOS TERMOS LEGAIS. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*
>
> *1. O conhecimento do recurso especial interposto pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, nos termos do artigo 255, § 2.º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, com a redação vigente à época da interposição da insurgência.*
>
> *2. Na espécie, deixou o recorrente de realizar o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, destacando que foram adotadas soluções diversas em litígios semelhantes, sendo insuficiente a mera transcrição da ementa do julgado apontado como paradigma.*

> *3. A jurisprudência deste STJ é firme no sentido da não aceitação de acórdão proferido em habeas corpus, mandado de segurança ou recurso ordinário como paradigma para demonstração de dissídio jurisprudencial, como ocorrido na espécie. Precedentes. 4. Ainda que assim não fosse, o aresto indicado para fins de divergência apresenta situação fático-jurídica diversa da analisada nestes autos, o que impossibilita o conhecimento do apelo nobre interposto pela alínea c do permissivo constitucional.*
>
> *ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IDONEIDADE DA PROVA. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 83/STJ.*
>
> *1. A pretendida absolvição, por fragilidade da prova que amparou o édito condenatório - reconhecimento e depoimento das vítimas, corroborado pelo testemunho do policial que atendeu a ocorrência - é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via eleita. Óbice do Enunciado n.º 7 da Súmula do STJ.*
>
> *2. Ademais, o acórdão recorrido vai ao encontro de entendimento assente nesta Corte no sentido de que "nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios" (AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017). Óbice do Verbete Sumular n.º 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AgRg no REsp 1292382/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 12/05/2017)

Na hipótese, a vítima narrou os fatos, tanto na fase inquisitorial, como em juízo, de forma coerente e uníssona, detalhando o *modus operandi* da prática delituosa, o que confere credibilidade ao reconhecimento fotográfico realizado no inquérito e confirmado, sob o crivo do contraditório.

O apelante Jonathan, por sua vez, embora tenha alegado que na data dos fatos estava trabalhando em uma fazenda, negando a autoria, não logrou comprovar seu álibi.

A testemunha Tamires, namorada de Adiel, ouvida em juízo, narra que estava com o apelante na casa dele no momento da prática dos fatos. No entanto tal relato não me parece crível, vez que contrasta com o do próprio apelante, perante a autoridade policial (fl.25), afirmando não se recordar onde estava na data e horário em que ocorreu o assalto.

Com efeito, tais elementos, corroborados, levam-me, de forma segura, à conclusão de que os apelantes praticaram os fatos descritos na denúncia, não merecendo provimento os pleitos absolutórios.

Por outro lado, no que tange ao redimensionamento da pena, tenho que o recurso comporta parcial provimento. Senão vejamos.

O apelante Adiel pugna pela exclusão da agravante da reincidência.

Noutro norte, o Ministério Público, em seu parecer, argumentou que *"Adiel não registra condenações transitadas em julgado aptas a caracterizar maus antecedentes, pois dos registros incidentes há apenas um com sentença condenatória transitada em julgado (f. 55-57), o qual configurará reincidência, uma vez*

que, por estar prevista como agravante genérica (art. 61, I, do CP), não influenciará na primeira e sim na segunda fase do método trifásico (arts. 63 e 68 do CP)".

Pois bem. Segundo preleciona o art.63, do CP, a reincidência se verifica quando o agente comete novo crime depois de transitada em julgado a sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Ocorre que, quanto ao apelante Adiel, observo em consulta ao SAJ, que nos autos citados pelo magistrado para configuração da reincidência (659-94.2013), o trânsito em julgado ocorreu em 19/12/2014, posteriormente aos fatos descritos na denúncia, os quais teriam se passado em 28/10/2013.

Assim, não se verifica a reincidência, sendo tal condenação inapta a agravar a pena, não obstante possa ser valorada como maus antecedentes, razão por que discordo, nesse ponto, do parecer ministerial, sendo de rigor a exclusão da agravante da reincidência.

No tocante à prova do emprego da arma de fogo, é dominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que, para a incidência da majorante é despicienda a apreensão e perícia da arma, desde que se possa demonstrá-la por outros meios de prova.

No caso sob exame, a palavra da vítima, por ser coerente e firme, afirmando que os dois comparsas estavam armados e *"colocaram o revólver em sua barriga"*, é suficiente para caracterizar a referida causa de aumento, a qual deve se manter no patamar de 1/3.

Sobre a prescindibilidade da perícia e apreensão da arma para a incidência da referida majorante, colho o seguinte aresto do STJ:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE MAJORANTES. ILEGALIDADE. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col.Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - Para a incidência da causa especial de aumento prevista no art.157, § 2°, inciso I, do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova (EREsp n. 961.863/RS).*
>
> *No caso, o eg. Tribunal de origem apoiou-se na prova oral produzida para concluir pela utilização da arma no crime de roubo, afastando qualquer ilegalidade passível de correção.*
>
> *III - Nos termos da Súmula n. 443/STJ, "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".*
>
> *IV - In casu, verifica-se que a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria foi efetivada sem a devida fundamentação, pois decorreu, tão somente,*

> *da presença de duas majorantes (emprego de arma e concurso de pessoas). Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, no ponto, uma vez que o aumento da reprimenda foi aplicado sem que houvesse a correta fundamentação, devendo ser aplicado o aumento em seu patamar mínimo (1/3), conduzindo a pena ao patamar de 7 (sete) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão.*
>
> *V - No que tange à fixação do regime inicial, conquanto o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada abaixo de 8 (oito) anos, a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para aumentar a pena-base, inviabiliza a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o fechado.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, mantidos, no mais, os termos da r. sentença.* (HC 395.323/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Tendo em vista que concorreram duas causas de aumento, quais sejam, o concurso de pessoas e o emprego de arma de fogo, é plenamente possível, deslocar a incidência de uma delas para a primeira fase, para o fim de majoração da pena-base, como fez o magistrado *a quo*, considerando a majorante do art. 157, § 2º, II do CP como circunstância judicial negativa.

Deste modo, agiu corretamente o juiz ao valorar a causa de aumento referente ao concurso de pessoas como circunstância judicial negativa para ambos os apelantes.

Registre-se que o processo de individualização da pena não está condicionado a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador, de modo que o Tribunal apenas deve corrigir o cálculo efetuado pelo juiz na primeira fase de dosimetria, ao observar desproporcionalidade na fixação do *quantum*, o que não verifico no caso em análise.

Passo, pois, à nova dosimetria da pena.

Quanto ao apelante Jonathan, mantenho a dosimetria operada pelo magistrado sentenciante e a pena fixada em definitivo em 6 anos e 4 meses e reclusão.

No que pertine ao apelante Adiel, mantidas as circunstâncias sopesadas pelo magistrado na primeira fase e excluída a reincidência, após a incidência de 1/3 da majorante do emprego de arma de fogo, fixo a pena definitivamente, em 7 anos e 4 meses de reclusão.

A pena de multa, para ambos os apelantes, mantenho fixada em 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

No que tange à fixação do regime inicial, conquanto os apelantes sejam tecnicamente primários e as penas tenham sido fixadas abaixo de 8 (oito) anos, a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para aumentar a pena-base, inviabiliza a fixação do regime semiaberto, sendo aplicável o regime mais gravoso, qual seja, o fechado.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado, despicienda qualquer abordagem específica ou pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que todas os argumentos deduzidos pelas partes foram enfrentados para o deslinde da questão.

Pelas razões expendidas, nego provimento ao recurso interposto por Jonathan José de Souza e dou parcial provimento ao recurso manejado Adiel dos Santos Silva, para o fim de afastar a agravante da reincidência e redimensionar sua pena para 7 anos e 4 meses de reclusão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Jonathan José de Souza. Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso de Adiel dos Santos Silva.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1406488-83.2017.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PECULATO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – CORRUPÇÃO PASSIVA – PREVARICAÇÃO – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DA INFORMAÇÃO – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO DE DROGAS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE EM FUNDAMENTO IDÔNEO – GRAVIDADE CONCRETA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – ORDEM DENEGADA

Sendo a decisão que decretou a preventiva fundamentada por estar caracterizada a necessidade de garantir a ordem pública além da conveniência da instrução criminal restam evidentemente preenchidos os fundamentos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Comprovada, como está, a periculosidade do paciente com base no *modus operandi* da suposta ação criminosa e aliado ao fato de que há notícias de ameaças às testemunhas, resta configurado o risco de continuidade delitiva.

Condições pessoais favoráveis como bons antecedentes, primariedade, residência fixa e ocupação lícita não têm o condão de impedir a decretação da prisão preventiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de julho de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Luiz Gustavo Martins Araújo Lazzari e Sandra Alves Damasceno impetram o presente *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de Rogélio Vasques Vieira, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor do paciente. Apontou, na qualidade de autoridade coatora, o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (MS).

Em suas razões, afirma o impetrante, basicamente, que não estão presentes os requisitos e fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva. Defende, que a decisão de decreto da preventiva é genérico e que em razão do encerramento da fase inquisitorial cessou toda e qualquer probabilidade de se prejudicar o andamento das investigações, mesmo porque o paciente já se afastou do cargo de diretor do presídio.

Por isso, postulou, em sede de liminar, pela concessão da ordem, no sentido de que o paciente possa responder em liberdade até o julgamento do *writ*. No mérito, pugna pela revogação da prisão preventiva do paciente, com ou sem imposição de medida cautelar diversa da prisão.

Liminar indeferida às fls. 390-1.

Informações pela autoridade coatora às fls. 394.

Parecer ministerial pela denegação da ordem, às fls. 519-529.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Analisando os autos, é possível observar que o paciente foi preso preventivamente, por ter, supostamente praticado diversos crimes de peculato, falsidade ideológica, corrupção passiva, prevaricação, inserção de dados falsos em sistema da informação, coação no curso do processo, associação criminosa e tráfico de drogas em estabelecimento prisional, enquanto diretor do Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto e Aberto de Dourados MS. Em virtude disso, foi manejado o presente remédio heroico, cujo objetivo, como dito, é a revogação da prisão cautelar decretada em desfavor do paciente.

Em juízo de cognição sumária, indeferi a liminar pleiteada pelo impetrante em favor do paciente, porquanto não vislumbrei os requisitos ensejadores da concessão da tutela de urgência.

Pois bem.

No mérito, a ordem deve ser denegada.

Ao que se observa dos autos, o eminente magistrado fundamentou de forma concreta o decreto da prisão preventiva do paciente, como se observa da decisão decretou a segregação cautelar (fls. 434-450):

> *(...) Pois bem, ao examinar a representação, denoto se fazer necessária a prisão preventiva do representado Rogélio Vasques Vieira, considerando a gravidade dos fatos retratados e a periculosidade demonstrada, na forma de executar os crimes contra a administração pública, pois, em tese, associou-se a detentos e parentes para apropriar-se de valores referentes à vendas de espetinhos, pães, gelo, trabalho extramuros, enriquecendo ilicitamente com a aquisição e comercialização de produtos comercializados na cantina do estabelecimento penal (f. 70-171 doc. 6).*
>
> *Note-se que o detento Raimundo de Souza Vieira confirmou a venda de espetinhos, numa quantidade diária de aproximadamente 100 unidades, que eram comercializadas por R$ 3,50, sendo que R$ 3,00 ficava para Rogélio e R$ 0,50 para o próprio detento (f. 58-600 doc. 04), de modo que se considerarmos o período de maio/2015 a março/2017, corresponde a um lucro líquido de R$ 241.500,00, cujo montante não entrou na prestação de contas endereçadas ao Poder Judiciário (f. 62-68 e 70-171 doc. 05 e 06).*
>
> *Ainda verifico que Rogélio autorizou a instalação de uma padaria dentro do estabelecimento penam que se utilizava da mão-de-obra de detentos. Ocorre que a referida empresa é de seu cunhado Samuel, irmão de sua esposa, e os lucros auferidos com a venda dos pães não foram contabilizados na prestação de contas.*
>
> *Também constato que apesar dos presos fabricarem os pães na panificadora de Samuel, a empresa Ramos Panificadora continuou fornecendo pães para o estabelecimento*

penal. Tal afirmativa se faz, pois, na prestação de conta dos meses de junho a agosto/2016 constam notas fiscais das referidas despesas (f. 70-171 doc. 06).

No tocante à empresa de gelo de propriedade de Alceu, tio de Rogélio, denoto que o fornecimento iniciou quando o diretor assumiu a direção do presídio, como verberou o agente penitenciário Antônio José dos Santos (f. 58-60 doc. 4), sendo que eram entregues de forma clandestina, pois, sem nota fiscal, embalagem adequada e timbre da empresa, tudo para evitar a prestação de contas.

Em relação ao tratamento dispensado aos detentos, o agente penitenciário Antônio José dos Santos (f. 58-60 doc. 4) relatou que o custodiado Epaminondas era aliado de Rogélio e tinha autorização para portar faca dentro do estabelecimento penal, sendo que em determinado dia correu atrás de outro detento, mas não foi responsabilizado pelo diretor Rogélio.

No que concerne aos convênios firmados para trabalhos extramuros, verifico que Rogélio supostamente recebia 10 % do valor avençado nos ajustes, como se vê do relatório de informação (f. 51-53 doc. 3), além de permitir que os detentos trabalhassem em suas casas, sendo o caso do recluso Adalto Aparecido Alves.

Ainda observo que os convênios firmados para trabalhos extramuros com as empresas Renova Prestadora de Serviços Neuza Vasquez Vieira-ME e Elion Segurança Eletrônica N&R Prestadora de Serviços Ltda-ME, pertencem a familiares de Rogélio, mãe e irmão, respectivamente (f. 196-199 doc. 9).

Desse modo, se faz necessária a decretação da prisão preventiva de Rogélio Vasques Vieira para garantir a ordem pública, acautelar a sociedade e assegurar a credibilidade da justiça, haja vista a gravidade concreta dos crimes praticados, em tese, contra a administração pública, dentro do estabelecimento penal.

(...)

Ainda não é só a ordem pública que deve ser preservada, mas também, a conveniência da instrução criminal, a fim de impedir que Rogélio perturbe ou impeça a produção de provas que ao caso interesse, haja vista que a investigação está em seu nascedouro e várias pessoas ainda serão ouvidas.

Destarte, cabem às autoridades competentes tomar as cautelas necessárias para a isenta produção de provas, notadamente porque o representado é pessoa que exerce cargo de influência em instituição oficial, sendo conhecido dos meios policiais e da bandidagem, em razão das facilidades angariadas no exercício de sua profissão, podendo concretamente reiterar em suas práticas delituosas, como bem ressaltou o Ministério Público:

'(...) é forçoso concluir que o requerido Rogélio Vasques Vieira, diante do cargo de direção que ocupal, possui livre acesso ao ente público de onde se originaram as ilegalidades, de sorte que a privação da liberdade de locomoção é imprescindível para assegurar a eficácia da instrução criminal, até mesmo porque é comum o direcionamento e a manipulação da prova, dentre outros expedientes, naqueles ilícitos perpetrados em decorrência de grande esquema criminoso'.

(...)

Portanto, com os indícios veementes dos crimes alinhavados no presente decisum e a prova de suas existências, se mostra inarredável a decretação da prisão preventiva do representado Rogélio Vasques Vieira, nos termos preconizados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Assim, como se vê, suficientemente fundamentada a decisão da autoridade apontada como coatora, porquanto, segundo a percuciente lição de Renato Brasileiro, para a corrente que sempre prevaleceu nos Tribunais Superiores,

> *(...) entende-se garantia da ordem pública como risco de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade. O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, resguardando o princípio da prevenção geral.* (Brasileiro Renato, Curso de Processo Penal, p.906/907, RJ, Impetus, 2013).

No caso, estão presentes todos os requisitos necessários para o decreto da preventiva: indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva (*fumus comissi delicti*) e do *periculum libertatis,* sendo os primeiros representados pelo procedimento investigatório realizado pelo GAECO (Procedimento Investigatório Criminal n.º 05/2017). E o segundo representado pela garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

Com efeito, a conveniência da instrução criminal se encontra presente porquanto ao que denota da investigação criminal há indícios de que o paciente, mesmo estando recluso em Campo Grande, supostamente coagiu testemunhas com auxílio de detento do estabelecimento penal.

O outro requisito do artigo 312, CPP, a garantia da ordem pública, também se encontra presente eis que, conforme muito bem fundamentado pela autoridade dita por coatora: acautelar a sociedade e assegurar a credibilidade da justiça, haja vista a gravidade concreta dos crimes praticados, em tese, contra a administração pública, dentro do estabelecimento penal.

Não bastassem tais argumentos, certo é que, comprovada, como está, a periculosidade do paciente com base no *modus operandi* das supostas ações criminosas, condições pessoais favoráveis como bons antecedentes, primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não têm o condão de impedir a decretação da prisão preventiva.

Por outro lado, não se desconhece a excepcionalidade da prisão cautelar no nosso sistema jurídico, sendo cabível de forma residual, apenas quando indevidas as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do CPP.

Todavia, *in casu*, tenho que tais medidas são inidôneas, porque, a suposta forma de execução dos delitos pelo paciente bem como o fato de que o mesmo teria ameaçado testemunhas, demonstram a indispensabilidade segregação cautelar, para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Corroborando os fundamentos acima esposados, o Tribunal da Cidadania assim vem reiteradamente decidindo:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS (INTERESTADUAL) E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA (MAIS DE UMA TONELADA DE MACONHA). GRAVIDADE CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*
>
> *2. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da*

autoria. Exige-se, ainda que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. No caso, a prisão cautelar foi preservada pelo Tribunal impetrado em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas colhidas do flagrante, sobretudo pela grande quantidade de droga apreendida - 1.203,2kg de maconha. Prisão preventiva necessária para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 374.615/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 14/03/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pela quantidade e variedade de entorpecentes apreendida (149kg de maconha e 2.080kg de cocaína). A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para garantir a ordem pública.

4. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 382.236/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017)

Outrossim, não há situação nova, apta a descaracterizar a imprescindibilidade da prisão cautelar, a qual segue a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, deve ser mantida, enquanto estiverem presentes os requisitos e pressupostos ensejadores de sua decretação.

Pelas razões expendidas, com o parecer ministerial, denego a ordem de *habeas corpus*, mantendo a custódia cautelar de Rogélio Vasques Vieira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 04 de julho de 2017.

***

2ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000609-47.2014.8.12.0045/50000 - Sidrolândia
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DELITO CONFIGURADO – AUSÊNCIA DE TEMOR NÃO RESPALDADA PELAS PROVAS COLHIDAS – DESFECHO DADO AO CASO CONSENTÂNEO ÀS PARTICULARIDADES DETECTADAS – EMBARGOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS, COM O PARECER.

O crime de ameaça, como cediço, é formal e consiste em anunciar à vítima a prática de mal injusto e grave. Como corolário, despontando dos elementos de convicção reunidos neste caderno a confirmação de que o acusado-embargante ameaçou de morte sua companheira, fazendo-a acreditar que isso realmente aconteceria, não há falar em atipicidade da conduta, tampouco em absolvição.

O fato de a vítima externar em juízo que não teria se sentido amendrontada não altera esse cenário, máxime considerando que das demais provas coletadas emerge que tal se afigura correlacionada unicamente à reconciliação do casal, com os desdobramentos inerentes, não exatamente ao quadro fático vislumbrado quando do cometimento da ilicitude penal em comento. Tanto que, na oportunidade, a polícia foi acionada e já havia sido pleiteada, em momento pretérito, medida protetiva, aliando-se a isso a prova oral colhida em ambas as fases.

Nesse contexto, a reconciliação do casal culmina por realçar que o desfecho dado ao caso se afigura proporcional, justo e consentâneo às particularidades vislumbradas, máxime considerando que, a despeito da configuração do delito, isentou-se o embargante da correspondente sanção penal.

Embargos conhecidos e improvidos, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 13 de setembro de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

E. C. P. opôs embargos infringentes, porquanto irresignado com o posicionamento consubstanciado no acórdão (fls. 176-185) da Primeira Câmara Criminal deste Sodalício, que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso que interpôs, reconhecendo a caracterização do crime de ameaça, em ambiente doméstico, sem imposição de pena, contudo, face à reconciliação do casal.

Visa, com os embargos, a prevalência do voto proferido no julgamento da Apelação nº 0000609-47.2014.8.12.0045, a fim de que prevaleça o voto vencido e, por conseguinte, seja absolvido do crime de ameaça previsto no artigo 147 do Código Penal.

A correspondente ementa restou assim formalizada:

> *EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - AMEAÇA (ART. 147 DO CP) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESNECESSIDADE DE IMPOR A PENA - RECONCILIAÇÃO FAMILIAR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Não cabe absolvição pelo delito de ameaça, eis que a autoria restou suficientemente demonstrada nos autos, especialmente em face da palavra da vítima colhida em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa.*
>
> *Se após o fato, Apelante e vítima reconciliaram-se e estão vivendo em harmonia, desnecessária a imposição da pena, eis que na situação exposta, a intervenção do direito penal não é oportuna.*
>
> *Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.*

Presentes os pressupostos de admissibilidade, determinou-se o processamento dos embargos (fl.12), posicionando-se a Procuradoria-Geral de Justiça, a seguir, pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls.19-26).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

E. C. P. opôs embargos infringentes, porquanto irresignado com o posicionamento consubstanciado no acórdão (fls. 176-185) da Primeira Câmara Criminal deste Sodalício, que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso que interpôs, reconhecendo a caracterização do crime de ameaça, em ambiente doméstico, sem imposição de pena, contudo, face à reconciliação do casal.

Visa, com os embargos, a prevalência do voto proferido no julgamento da Apelação nº 0000609-47.2014.8.12.0045, a fim de que prevaleça o voto vencido e, por conseguinte, seja absolvido do crime de ameaça previsto no artigo 147 do Código Penal.

A correspondente ementa restou assim formalizada:

> *EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - AMEAÇA (ART. 147 DO CP) - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESNECESSIDADE DE IMPOR A PENA - RECONCILIAÇÃO FAMILIAR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Não cabe absolvição pelo delito de ameaça, eis que a autoria restou suficientemente demonstrada nos autos, especialmente em face da palavra da vítima colhida em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa.*
>
> *Se após o fato, Apelante e vítima reconciliaram-se e estão vivendo em harmonia, desnecessária a imposição da pena, eis que na situação exposta, a intervenção do direito penal não é oportuna.*
>
> *Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.*

Presentes os pressupostos de admissibilidade, determinou-se o processamento dos embargos (fl.12), posicionando-se a Procuradoria-Geral de Justiça, a seguir, pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls.19-26).

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão deduzida pelo embargante não comporta guarida.

Exsurge da proemial acusatória que E. C. P., no dia 18 de setembro de 2011, por volta de 21h20min, em frente à residência localizada à rua Goiás, n° 876, Vila Carinhosa, em Sidrolândia/MS, ameaçou, por palavras, de causar mal injusto e grave e praticou vias de fato contra a vítima E. P. da S., sua companheira.

Esse cenário restou suficientemente confirmado no caderno processual.

Argumenta o embargante, visando a prevalência do voto minoritário, que não restou configurada a ameaça, posto que as palavras proferidas não causaram temor e abalo emocional algum à vítima.

Não é, contudo, o que emerge dos elementos de convicção reunidos.

Percebe-se que, no afã de embasar sua tese, procura o embargante valer-se das declarações apresentadas em juízo pela vítima, todavia, mister se faz observar que tal versão se afigura correlacionada unicamente à reconciliação do casal, com os desdobramentos inerentes, não exatamente ao quadro fático vislumbrado quando do cometimento da ilicitude penal em comento.

Aliás, como bem pontuou a eminente relatora da apelação, o juiz bem analisou quando não absolveu o réu, mesmo depois de a vítima ter dito que não acreditava que o mesmo não teria intenção de matá-la. É que, naquele momento, evidencia-se que ela se sentiu ameaçada, senão não teria chamado a polícia. Depois, por força de eventual reconciliação ou apaziguamento dos temores, acabou minimizando em juízo o temor sentido.

Com efeito, ao ser ouvida em juízo, E. P. da S. (fls.71) externou que os fatos são verdadeiros; que na data dos fatos ela e o embargante discutiram e ele a ameaçou; que o Embargante não a deixava pegar seu filho; Que o mesmo dizia que iria bater na vítima; Que ao voltar de delegacia o Embargante disse que iria matá-la; Que ele foi até a residência em que se encontrava em posse de uma faca para ameaçá-la.

Note-se que, além da ameaça proferida, o acusado-embargante ainda teria se apoderado de uma faca, potencializando e revestindo de credibilidade a possibilidade de mal injusto e futuro.

A realçar ainda mais o temor, a intimidação e o receio que dominavam referida vítima à época, insta notar que entendeu, inclusive, necessária e imprescindível medida protetiva então pleiteada (fls.19/20), deixando claro que, em verdade, a ameaça proferida na oportunidade não decorria de mero deslize, fruto de mero descontrole motivado por bebida alcoólica, desprovido de credibilidade.

O próprio embargante, ao ser interrogado em juízo, admitiu ter perpetrado ameaças contra a vítima, dizendo que iria matá-la. (fl.71).

E disso não destoa o depoimento prestado pelo policial militar Kleber Gomes de Souza, durante o contraditório (fl.71):

> *(...) Que participou da ocorrência; Que quando chegou ao local o réu já estava agressivo; Que o acusado xingou os policiais; Que o mesmo aparentava estar embriagado; Que a vítima tinha muito medo do réu, afirmando ainda que o Embargante já a agrediu em outras oportunidades (...).*

Daí por que, como igualmente enfatizou a ilustre relatora, depois, por força de eventual reconciliação ou apaziguamento dos temores, acabou minimizando em juízo o temor sentido, mas bem analisado pelo juiz, da seguinte forma:

> *No depoimento judicial, a vítima E. P. da S. informou que de fato o acusado pegou uma faca e foi até a residência dizendo que iria matá-la, contudo, informou acreditar que o acusado não tinha intenção de matá-la ou machucá-la.*
>
> *Embora a vítima tenha dito que não se intimidou com a ação do réu, não há como levar tal fato em consideração, pois, conforme depoimento do policial Vilson Encina Seidenfuss (f. 71), foi a própria vítima quem acionou a polícia. Relatou, ainda, que depois que o réu saiu da delegacia o mesmo se dirigiu até a residência da mãe da vítima e, de posse de uma faca, ameaçou-a.*
>
> *No mais, deve ser ressaltado que houve pedido de medida protetiva, conforme f. 19-20, o que dá a certeza de que a vítima teve um fundado temor em decorrência da ação do réu.*

Não se desconsidera, tampouco se ignora, a reconciliação do casal, todavia, mesmo sob essa ótica, o desfecho dado ao caso se afigura proporcional, justo e consentâneo às particularidades vislumbradas, máxime considerando que, a despeito da configuração do delito, isentou-se o embargante da correspondente sanção penal.

Ante o exposto, com o parecer, conheço dos embargos infringentes em tela, mas nego-lhes provimento.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (2º vogal)

Em uma detida análise dos autos, ouso divergir do relator, Des. Jairo Roberto de Quadros, para acolher os embargos infringentes.

Quanto ao delito previsto no artigo 147, Código Penal, verifica-se das provas carreadas aos autos, que a vítima e o réu reataram o relacionamento, inexistindo, portanto, a elementar do tipo. Logo imperiosa a decretação da absolvição do embargante.

O crime de ameaça previsto no artigo 147 do Código Penal, tem como pressupostos essenciais a sua configuração a injustiça e a gravidade do mal prometido.

Transcreve-se, por oportuno, o artigo em epígrafe:

> *Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.*

Quanto ao tema, a doutrina de Celso Delmanto é esclarecedora e merece transcrição:

> *Tipo Objetivo: Ameaçar significa procurar intimidar, prometer malefício. Os meios que a lei enumera alcançam, praticamente, todas as formas (oral, escrita, mímica e simbólica). O mal que se prenuncia deve ser injusto e grave (se for justo, ou não for*

> *grave, inexistirá o crime). Predomina – a nosso ver acertadamente – o entendimento de que a ameaça precisa ser idônea e séria; daí as decisões no sentido de que o delito não se configura quando a ameaça é feita: a. Em momento de cólera, revolta ou ira; b. em estado de embriaguez; c. quando a vítima não lhe dá maior crédito. Como escreve Agnes Cretella, a ameaça deve ser 'realizável, verossímil e não fantástica ou impossível' ('Ameaça'. RT 470/301). Há, também, forte corrente no sentido de que o mal prometido precisa ser futuro e não atual.*
>
> *Tipo Subjetivo: O dolo, isto é, a vontade livre e consciente de intimidar; finalidade esta que alguns autores vêem como elemento subjetivo do tipo. Na doutrina tradicional é o 'dolo específico'. O erro exclui o dolo, como quando o agente pensa que é lícito praticar o mal prometido.*[1]

Para configurar o delito em tela ***"é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe pode acontecer; por pior que seja a intimidação, se ela não for levada a sério pelo destinatário, de modo a abalar-lhe a tranquilidade de espírito e a sensação de segurança e liberdade, não se pode ter por configurada a infração penal.*** *Afinal, o bem jurídico protegido não foi abalado"*[2]. – destaquei.

Na hipótese em apreço, constata-se que as palavras proferidas pelo embargante não causaram temor sério na vítima, elementar do tipo previsto no artigo 147 do Código Penal.

Conforme o voto do Desembargador Paschoal Carmello Leandro, em sede de apelação:

> *Examinados os autos, divirjo da Relatora, para absolver o réu. A vítima foi convincente ao afirmar em juízo que não ficou com medo, pois sabia que tal acontecimento era proveniente de uso de bebida alcóolica. Não resta, pois, caracterizado o crime de ameaça.*

Com efeito, não configurada a ameaça no caso em tela, pois, pelas declarações prestadas por E., corroborada pelos demais elementos probantes, resta duvidosa a elementar do tipo em comento, já que o comportamento da vítima não condiz com o de uma pessoa que se sente amedrontada, uma vez que voltou a conviver maritalmente com E.

Portanto, absolve-se o embargante do delito previsto no artigo 147 do Código Penal, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, que, *"nesta situação, o fato efetivamente ocorreu, mas não é típico. Assim o juiz profere que há impossibilidade de condenação por ausência de uma das elementares do crime"*[3], porquanto, no caso em tela, o apelante ao pronunciar as palavras descritas na denúncia não causou real temor à vítima, tanto é que logo após os fatos além de se reconciliarem, voltaram a conviver juntos novamente como se nada tivesse acontecido.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

---

1 **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar/Celso Delmanto... [et al.] – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. página 527

2 Nucci. Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 700.

3 Nucci, Guilherme de Souza – **Código de processo penal comentado** / Guilherme de Souza nucci. – 11. Ed rev., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. – p. 737.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 13 de setembro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0020198-60.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – RECURSO CRIMINAL DEFENSIVO – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME – MODULADORA BEM SOPESADA – MANTIDA – PENA MÍNIMA AFASTADA – PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A REINCIDÊNCIA – NÃO ACOLHIDA – INEXISTÊNCIA DE CERTIDÃO FORMAL ACERCA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES – INFORMAÇÕES OBTIDAS MEDIANTE PESQUISA AO SISTEMA DE AUTOMAÇÃO DO JUDICIÁRIO/SAJ – POSSIBILIDADE – CONTINUIDADE DELITIVA – NÃO CONFIGURADA – CRIMES REITERADOS – HABITUALIDADE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE – PENA DE MULTA – SIMETRIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – REGIME PRISIONAL – REINCIDENTE ESPECÍFICO – SEMIABERTO MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Como cediço, circunstâncias do crime são as modalidades da ação criminosa, atinentes à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu. Por conseguinte, vislumbrando-se que o apelante aproveitou-se da vulnerabilidade em que se encontrava a vítima, presa fácil, por conta do abalo emocional que a dominava, concernente à necessidade de cirurgia de sua filha, a valoração negativa da moduladora deve ser mantida.

A pena de multa e a pena privativa de liberdade devem guardar simetria, à luz das diretrizes elencadas no artigo 59 do Código Penal, devendo ser reduzida quando fixada de forma exacerbada.

Constatada a existência de pelo menos uma circunstância judicial desfavorável, a exasperação da pena basilar se afigura justificada, e a tanto deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

Consoante precedentes, a atenuante da confissão deve ser compensada quando a agravante da reincidência, quando ambas configuradas, desde que não se trate de acusado multirreincidente e aquela tenha sido considerada pelo julgador para a formação de sua convicção.

O sistema de automação do judiciário propicia dinamismo às pesquisas alusivas aos antecedentes daqueles que estejam respondendo ação penal, realçando, como corolário, praticidade e celeridade ao processamento e julgamento dos feitos correspondentes, somando-se a isso que referido banco de dados é alimentado por servidores lotados em cartórios judiciais, cujos registros revestem-se de segurança necessária, bem como de fé pública e presunção de veracidade. Nesse contexto, a falta de registro na certidão criminal não impede o reconhecimento dos maus antecedentes ou da reincidência, porquanto tais dados se afiguram disponíveis no sistema oficial informatizado, inclusive quanto à existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, com amplo acesso às partes.

A distinção entre crime continuado e crimes repetidos está em que o primeiro se caracteriza pelo oportunismo com que o agente se aproveita das situações consecutivas especialmente

circunscritas, traços que evidenciam a lógica propulsora das ações que se seguem à primeira, enquanto os segundos se caracterizam pela perseverança com que o agente transgride e torna a transgredir o preceito, apresentem-se ou não oportunidades próximas no tempo ou no espaço, pois, a sua ação decorre de sua determinação de fazer do crime sua regra de procedimento, seu modo de ser.

Apesar de a reprimenda corpórea ter sido fixada em patamar inferior a quatro anos descabe o regime aberto, justamente por se tratar de acusado reincidente, aliando-se a isso, também, o contido no § 3º do dispositivo, notadamente porque ao menos uma moduladora restou valorada negativamente.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de junho de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Valfrido Gonzales Filho interpõe recurso de apelação (fls.317, 321-338), porquanto inconformado com a sentença (fls.293-305) prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal desta Capital, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, pela prática delituosa prevista no artigo 171, *caput*, do Código Penal.

Almeja absolvição, bem como redução da pena para patamar mínimo, notadamente diante da impossibilidade de incidência da reincidência, reconhecimento da atenuante concernente à confissão espontânea e da continuidade delitiva, com abrandamento de regime prisional.

O Ministério Público ofertou contrarrazões (fls. 340/348), pela manutenção da sentença de primeiro grau.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (fls.358/369), pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Ofertaram prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Valfrido Gonzales Filho interpõe recurso de apelação (fls.317, 321-338), porquanto inconformado com a sentença (fls.293-305) prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal desta Capital, que o condenou à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, pela prática delituosa prevista no artigo 171, *caput*, do Código Penal.

Almeja absolvição, bem como redução da pena para patamar mínimo, notadamente diante da impossibilidade de incidência da reincidência, reconhecimento da atenuante concernente à confissão espontânea e da continuidade delitiva, com abrandamento de regime prisional.

O Ministério Público ofertou contrarrazões (fls. 340/348), pela manutenção da sentença de primeiro grau.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (fls.358/369), pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Ofertaram prequestionamento.

Pois bem. Exsurge da proemial acusatória que Valfrido Gonzales Filho e Alira Vera da Paixão, no dia 08 de outubro de 2013, na agência 2201-2 do Banco Bradesco, situado à Av. Afonso Pena, 1826, nesta Capital, obtiveram, em conluio, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Júlio Ferreira de Barros, induzindo-a e mantendo-a em erro, mediante artifício e ardil. Para tanto, consta que o apelante pediu que referida vítima depositasse o valor de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), destinados à aquisição de um medicamento específico. Como não tinha toda essa quantia, a vítima depositou RS 2.200,00 (dois mil e duzentos reais), na conta corrente nº 0650347-0 do Banco Bradesco dantes mencionado, em nome da corré Alira Vera da Paixão.

Ao prolatar a sentença condenatória, o sentenciante assim consignou acerca da dosimetria:

> *Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes não lhe prejudicam, já que inexistem informações nos autos acerca de eventual sentença condenatória anterior com trânsito em julgado sem o condão de gerar reincidência; não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do condenado; da mesma forma, a personalidade do agente não foi objeto de prova nos autos; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias devem aumentar a pena-base, porquanto o denunciado Valfrido valeu-se do estado emocional da vítima, aproveitando-se de que sua filha teria passado por cirurgia; as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; o comportamento da vítima não lhe prejudica.*
>
> *Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.*
>
> *Na segunda fase, restou caracterizada a atenuante genérica da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), além da agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal). Contudo, por orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.154.752, as citadas circunstâncias legais devem ser compensadas, permanecendo a pena intermediária no patamar acima fixado, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.*
>
> *Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno a pena definitiva em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.*

> *Fixo o valor unitário do dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (Outubro/2013), tendo em vista que não há elementos que indiquem a capacidade financeira do apenado.*
>
> *O valor deverá ser monetariamente corrigido desde a data do fato (08/10/2013).*

Restou fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, por se tratar de sentenciado reincidente.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão recursal em tela comporta apenas parcial guarida.

No intuito de ver reduzidas as penas ao mínimo legal, o apelante sustenta que o sentenciante não se utilizou de fundamentação idônea, calcada em provas existentes nos autos e que justificassem valoração negativa de moduladoras.

No entanto, como se verifica, o magistrado primevo valorou negativamente moduladora concernente às circunstâncias do crime e, ao fazê-lo, alicerçou-se, sim, em fundamentação idônea, alusiva a elementos de convicção concretos, máxime considerando que, conforme consignado, o apelante aproveitou-se da vulnerabilidade em que se encontrava a vítima, presa fácil, por conta do abalo emocional que a dominava, concernente à necessidade de cirurgia de sua filha.

Como cediço, circunstâncias do crime, enfatiza Ricardo Augusto Schmitt, são os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, (...) não podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora. (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 8ª edição, Editora Podium).

São, portanto, as modalidades da ação criminosa, atinentes à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após, enfim, cenário que se amolda perfeitamente ao caso versando, realçando a sensibilidade do julgador de primeiro grau, que bem detectou a elevada gravidade das circunstâncias de que se valeu o autor do delito.

Mister se faz salientar que mesmo detectando-se apenas uma moduladora desfavorável ao agente, descabe a fixação da pena-base em seu mínimo legal, tal como, aliás, firmou este Sodalício no julgamento da Apelação nº 0003309-08.2013, Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, ao gizar que justifica-se a majoração da pena-base quando há circunstância judicial desfavorável.

D´outro vértice, a exasperação deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério sugerido por Ricardo Augusto Schmitt (*op. cit.*), deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

Nesse diapasão, o posicionamento esposado pela Seção Criminal desta Corte de Justiça no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0043268-58.2004.8.12.0001/50000, Relator Des. Manoel Mendes Carli:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Se o agente possui uma única circunstância judicial negativa, dentre as oito estabelecidas no art. 59 do CP, a exasperação da pena-base não pode se dar em patamar muito acima do mínimo, devendo ser aplicada a fração de 1/8 entre as penas mínima e máxima para fixação do quantum, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade.*

No crime de estelionato, abordado no artigo 171, *caput*, do Código Penal, a pena varia entre 01 a 05 anos de reclusão, evidenciando elastério correspondente a quatro anos (48 meses). Por conseguinte, tendo em vista a fração de 1/8, cada circunstância judicial negativamente valorada ensejaria exasperação da pena basilar em seis meses, tal qual adotou o sentenciante.

Portanto, no tocante à pena privativa de liberdade, nada há a ser retificado ou alterado.

No entanto, acerca da pena pecuniária, insta observar que não restou observada a simetria que deve imperar em situações dessa natureza.

Sobre essa simetria, oportuno trazer à colação aresto emanado desta Corte de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ART. 14 DA LEI 10.826/03 – PENA DE MULTA E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO – LIMITES LEGAIS – RECURSO PROVIDO.*
>
> *I – A pena de multa e a pena restritiva de direito de prestação pecuniária devem guardar simetria com a pena privativa de liberdade e em conjunto com a análise das circunstâncias judiciais, devendo ser reduzida quando fixadas de forma exacerbada.*
>
> *II – Recurso provido. Contra o parecer.* (Apelação nº 0001060-24.2012.8.12.0019, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva)

A propósito, o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> *(...) observamos que nada impede – ao contrário, tudo recomenda – utilize o julgador o mesmo critério estabelecido pelo art. 68 do Código Penal para concretização do número de dias-multa. Portanto, levara em consideração não somente as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), como também as agravantes e atenuantes, além das causas de aumento e diminuição da pena. Tal medida permite ao réu conhecer exatamente os passos que levaram o magistrado a chegar a determinado número de dias-multa. (Código Penal Comentado, 16ª ed., 2016, p. 429).*

No mesmo pórtico, o Superior Tribunal de Justiça:

> *A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País.* (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 14/02/17).

Nesse contexto, a fixação inicial de 53 dias-multa se afigura exacerbada, notadamente à luz da proporcionalidade e da simetria que deve revesti-la, motivo pelo qual, nessa parte, se mostra adequada redução para o patamar de 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, remanesce inalterada a pena basilar nos moldes acima enfocados, máxime diante da compensação entre reincidência e atenuante da confissão espontânea.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370-MT, Terceira Seção, DJe 17/4/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si, ressalvada a hipótese da multirreincidência, posicionamento que também vem sendo adotado por este Sodalício. Note-se:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES – RECURSO DEFENSIVO: PENA-BASE REDUZIDA – APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM PREPONDERÂNCIA SOBRE A REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIALMENTE PROVIDO. I. Pena-base elevada para acima do mínimo legal em razão da exacerbada quantidade do entorpecente apreendido (147 Kg de maconha), bem como pelas circunstâncias do crime, pois demonstra a existência de dolo que excede o ordinário, ensejando o recrudescimento da resposta penal. Segundo infere-se dos autos, o apelante utilizou-se de veículo previamente preparado para essa atividade, com compartimentos ocultos para esconder a droga, dificultado a atuação da polícia. Por outro lado, a moduladora relativa à culpabilidade deve ser analisada de maneira neutra, considerando-se que a fundamentação externada pelo sentenciante não indica maior censurabilidade da conduta delitiva praticada, mostrando-se integrante do conceito analítico do crime de tráfico de drogas. II. É sedimentado o entendimento que a atenuante de confissão espontânea deve ser compensada com a agravante de reincidência, porquanto tratando-se de circunstâncias legais igualmente preponderantes nos termos do art. 67 do Código Penal, de modo que uma não deve prevalecer sobre a outra. APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES – RECURSO MINISTERIAL: PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES – PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA – RECURSO PROVIDO. O veículo foi apreendido em poder do réu, que o conduzia. Comprovado nos autos ser o veículo objeto de roubo/furto, praticado anteriormente. Logo, a conduta do réu subsume-se perfeitamente ao descrito pela norma do art. 180 do CP, uma vez que o objeto jurídico protegido é o patrimônio. Inexiste nos autos elementos a corroborar a versão do apelante, e, como é cediço, diante da posse do objeto furtado, ocorre a inversão do ônus da prova, devendo o réu provar a licitude desta posse, o que não ocorreu na hipótese. É inconteste a participação de uma menor no crime de tráfico. O delito de corrupção de menores - art. 244-B do ECA - é de natureza formal, logo, a simples participação do menor no delito já é suficiente para sua configuração. Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo a fim de reduzir a pena-base e, dou provimento ao recurso ministerial para condenar o réu como incurso nas penas dos artigos 180, caput, do Código Penal e 244-B, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, restando a pena definitiva em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 827 (oitocentos e vinte e sete) dias-multa. (TJMS. Apelação n. 0000027-39.2015.8.12.0004, Amambai, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 18/05/2017, p: 22/05/2017)

EMENTA - PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA NESTA CORTE EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). REsp 1.341.370/MT. PENA REDUZIDA. 1. Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C, c/c 3º, do CPP. 2. Não cabe a esta Corte Superior, na via especial, a análise de violação de dispositivos da Constituição Federal, ainda que com o objetivo de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, sob pena de haver a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1645887/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017) E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE. Segundo entendimento firmado pela Seção Criminal deste Sodalício, acompanhada por esta Colenda 3ª Câmara Criminal, prevalece a posição do STJ, que permite a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência. Recurso a que, com o parecer, dá-se provimento. (TJMS. Apelação n. 0001724-76.2014.8.12.0054, Nova Alvorada do Sul, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 23/03/2017, p: 27/03/2017)

De igual sorte:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – FIXAÇÃO DA PENA-BASE – NATUREZA PERNICIOSA DA DROGA – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – PENA-BASE REDUZIDA – ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO DEVIDA – INTERESTADUALIDADE – CONFIGURAÇÃO – REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nos moldes do artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, tratando-se a natureza de entorpecente de circunstância preponderante para a fixação da pena, resta justificada a exasperação da pena-base. Vislumbrando-se que, para elevação da pena-base restou considerada em desfavor do acusado apenas uma das circunstâncias judiciais, emerge exacerbado o quantum utilizado, a exigir o devido redimensionamento. Verificada a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, é devida a compensação entre elas. Para a aplicação da causa de aumento concernente ao tráfico estadual, não é necessária a efetiva transposição da fronteira entre os estados, bastando a comprovação de que a droga seria transportada para outro Estado da Federação. A elevada quantidade e a natureza da droga apreendida são fatores aptos a realçar participação do agente em organização criminosa ligada à traficância. A privativa de liberdade fixada em patamar superior a quatro anos, desautoriza a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, posto que não preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 44, I, do Código Penal. Atento às diretrizes do art. 33, § § 3º e 2º, letra "b", do Código Penal e à luz da Lei 8.072/90, incabível a fixação de regime que não o fechado para o início do cumprimento da pena, somando-se a isso tratar-se, in casu, de traficância de substância entorpecente dotada de significativo potencial lesivo (haxixe), bem, ainda, de acusado reincidente. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.* (TJMS. Apelação n. 0000226-41.2015.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 18/05/2017, p: 19/05/2017)

Por outro prisma, não socorre o apelante a alegação de que inexistiria certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo, porque os expedientes carreados e espelhados às fls. 89/96 conduzem à convicção diversa.

Impende consignar que se afigura cabível a utilização do Sistema Automação do Judiciário/SAJ para a obtenção de informações alusivas aos antecedentes daqueles que estejam respondendo ação penal, mormente considerando que mencionado sistema foi adotado pelo Tribunal de Justiça justamente para tornar mais dinâmicas pesquisas desse naipe e, com isso, impingir praticidade e celeridade ao processamento e julgamento dos feitos correspondentes.

Acresça-se que o banco de dados em tela é alimentado por servidores lotados em cartórios judiciais, cujos registros revestem-se de segurança necessária, bem como de fé pública e presunção de veracidade.

Nesse tom, aliás, o posicionamento adotado pela Seção Criminal deste Sodalício no julgamento dos Embargos Infringentes nº 0047823-74.2011.8.12.0001/50000, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos:

> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTE EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ANTECEDENTES CONFIGURADOS – TRÂNSITO EM JULGADO VERIFICADO PELO SISTEMA SAJ – VALIDADE –REJEITADOS.*
>
> *É admissível a utilização do Sistema Automação do Judiciário - SAJ, para a obtenção de informações acerca de passagens criminais de qualquer pessoa que esteja respondendo ação penal, pois foi desenvolvido pelo próprio Tribunal de Justiça deste*

Estado com a finalidade conspícua de tornar mais célere o processamento e julgamento dos feitos criminais. Ademais, o banco de dados do Sistema SAJ é alimentado por servidores públicos oficiantes dos Cartórios Judiciais, logo, seus registros tem fé pública e presunção de veracidade, servindo para instruir processos em substituição a documentos físicos, sob pena de invalidação do sistema implantado. Com o parecer – embargos rejeitados.

No mesmo sentido a Segunda Câmara Criminal no julgamento Apelação nº 0001740-28.2015.8.12.0011, Relator Des. Carlos Eduardo Contar:

APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – MAUS ANTECEDENTES – CONSULTA AO SISTEMA DE AUTOMAÇÃO DA JUSTIÇA – CABIMENTO – CONDUTA EVENTUAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – RECONHECIMENTO INVIÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA E AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – PLEITOS PREJUDICADOS – NÃO PROVIMENTO.

A prova testemunhal aliada a significativa quantidade de substância entorpecentes atestando que o acusado cometeu o crime de tráfico de drogas impede a desclassificação da conduta para o delito do art. 28, da Lei n.º 11.343/06.

Longe do formalismo secular anacrônico de tempos medievais, a utilização do Sistema de Automação da Justiça (SAJ) para consulta acerca dos maus antecedentes do acusado é medida hodierna e legal.

A ausência dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, torna inviável o reconhecimento da benesse e, consequentemente, prejudica os pleitos de substituição da pena privativa de liberdade e afastamento da hediondez do delito de tráfico de drogas.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a inexistência de qualquer reparo a ser efetuado na sentença vergastada.

De igual forma no julgamento da Apelação nº 0013157-08.2015.8.12.0001, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS ANTECEDENTES E DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO AMPARADA NAS INFORMAÇÕES OBTIDAS MEDIANTE PORMENORIZADA CONSULTA AO SAJ E CERTIDÃO CRIMINAL – MEIO IDÔNEO PARA TAL FINALIDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO E PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COM REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231 DO STJ – PEDIDO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – SÚMULA 269 DO STJ – NÃO APLICABILIDADE – REINCIDÊNCIA – REGIME PRISIONAL MANTIDO – REPROVAÇÃO DO CRIME – RECURSO DESPROVIDO.

1. O conjunto probatório é suficiente para confirmar a acusação imputada ao apelante, pelo que deve ser mantida a condenação. A prova contida no processo demonstra ter sido o crime praticado em concurso de duas ou mais pessoas, pelo que deve ser mantida a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, ainda que um dos envolvidos não tenha sido identificado.

2. A falta de registro na certidão criminal não impede o reconhecimento dos maus antecedentes ou da reincidência, porque tais dados estão disponíveis no sistema oficial informatizado, com acesso às partes, aptos, portanto, a comprovar idoneamente a existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, notadamente quando a defesa não comprova a inexatidão das informações contidas no sistema.

> *3. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, deve preponderar as circunstâncias que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. No caso, a reincidência está inserida no rol de circunstâncias preponderantes a que alude o dispositivo legal em comento. Portanto, a reincidência deve preponderar sobre a confissão (espontânea ou voluntária), pois aquela está incluída no rol de preponderância contido no referido artigo. No entanto, com a ressalva de posicionamento pessoal contrário, neste caso, a compensação entre a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", com a agravante da reincidência prevista no art. 61, I, ambos do Código Penal, tem possibilidade de ser acolhida, por ser apenas uma reincidência, por fato que não contém elevada relevância, em observância ao princípio da razoabilidade.*
>
> *4. É princípio geral do direito penal que o julgador não pode elevar a pena acima do máximo previsto no tipo penal, nem diminuí-la abaixo do mínimo legal.*

Desse modo, as atenuantes genéricas não autorizam a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de condenado reincidente, o cumprimento da pena privativa de liberdade, em regra, deve ser iniciado no regime fechado, independentemente da sua quantidade. O STJ consolidou o entendimento de que é possível estabelecer o regime semiaberto aos reincidentes, para o início do cumprimento da pena, quando condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula 269. Havendo pelo menos uma circunstância judicial desfavorável, deve prevalecer a regra geral, com a fixação do regime inicial fechado ao condenado reincidente com pena superior a quatro anos. (g.n.)

De outro lado, embora se afigure incabível compensação em se tratando de agente multirreincidente e apesar de o apelante ostentar outras condenações, o que poderia inclusive refletir na análise de seus antecedentes, é de se ver que o recurso foi interposto unicamente pela defesa, inexistindo, pois, alteração a ser feita neste particular.

Na terceira fase, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição, remanesce a pena definitiva em 01 (um) ano e (06) seis meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, à razão unitária citada.

No tocante ao regime prisional, verifica-se que apesar de a reprimenda corpórea ter sido fixada em patamar inferior a quatro anos descabe o regime aberto, justamente por se tratar de acusado reincidente, específico inclusive, possibilitando, destarte, a incidência do disposto no artigo 33, § 2º, alínea *"c"*, do Código Penal, aliando-se a isso, também, o contido no § 3º do dispositivo, notadamente porque ao menos uma moduladora restou valorada negativamente.

Pelas mesmas razões, inaplicável se afigura a substituição por restritivas de direitos ou *sursis*.

D´outro vértice, conquanto o acusado-apelante tenha pleiteado a reunião com o feito nº 0020194-23.2014.8.12.0001, a fim de se aplicar o disposto no art. 71 do Código Penal, não há falar, diante do panorama vislumbrada, em continuidade delitiva, e sim em reiteração.

A distinção entre crime continuado e crimes repetidos está em que o primeiro se caracteriza pelo oportunismo com que o agente se aproveita das situações consecutivas especialmente circunscritas, traços que evidenciam a lógica propulsora das ações que se seguem à primeira, enquanto os segundos se caracterizam pela perseverança com que o agente transgride e torna a transgredir o preceito, apresentem-se ou não oportunidades próximas no tempo ou no espaço, pois, a sua ação decorre de sua determinação de fazer do crime sua regra de procedimento, seu modo de ser.

No caso versando, como bem pontuou o sentenciante, o acusado, além das 45 (quarenta e cinco) passagens pela Delegacia de Polícia que ostenta em seu desfavor, justamente por práticas delituosas à semelhança, estelionato, conforme consulta ao sistema SIGO, ostenta 06 (seis) condenações transitadas em julgado, duas delas também por práticas de estelionato.

E, sabe-se, não se revela admissível o reconhecimento da continuidade delitiva quando realçada prática reiterada de crimes, a indicar delinquência habitual ou profissional (STF, 1ª Turma, HC nº 109730/RS, Relatora Ministra Rosa Weber).

Quanto ao prequestionamento, consabido que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.*

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para reduzir a pena pecuniária a 12 (doze) dias-multa, à razão unitária citada, remanescendo inalterados os demais termos da sentença, tal como foi prolatada.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (vogal)

Diante dos elementos apresentados no r. voto inaugural, também tenho por imperativo o parcial provimento do apelo apenas para equalizar a pena pecuniária ao *quantum* de 12 dias-multa.

Registro, entretanto, que não partilho da corrente que adota o critério da *"pena média"*, método que consiste em atribuir a cada circunstância judicial o peso estanque de 1/8, eis que, ao meu particular juízo, a quantificação da pena-base deve decorrer da avaliação do suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal à luz do caso concreto, atividade discricionária de incumbência do julgador que fornecerá o complemento à atividade legislativa (abstrata por sua natureza).

Assim, desde que mediante fundamentação idônea, o magistrado poderá atribuir maior ou menor preponderância a determinadas circunstâncias judiciais, atendendo, assim, à individualização da pena e sobretudo ao princípio da isonomia.

Observe-se o exemplo da circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima. Ela jamais poderá resultar no agravamento da pena-base, pois *"se a vítima tivesse dado motivos para a prática delituosa, aí sim poderia ser usada tal circunstância de forma favorável ao recorrente"* (HC n. 67.710/PE, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 22/4/2008). Assim, se incabível a valoração negativa, nada justifica tê-la como parâmetro para atribuir a cada circunstância judicial a fração de 1/8 sob a quantificação da pena-base.

Além disso, a adoção do critério da *"pena média"* permite que o agente responsável pela venda de 01 kg de cocaína receba a mesma pena daquele outro que comercializou 01 tonelada da mesma substância. Também possibilita que o portador de inúmeros antecedentes criminais e aquele que ostenta um único registro criminal anterior tenham as reprimendas estabelecidas no mesmo patamar.

Como se observa facilmente, o instrumento adequado para coibir essa distorção é justamente a fixação da pena segundo a discricionariedade vinculada do julgador.

Nada obstante isso, no caso vertente, a exasperação da pena-base em 06 meses de detenção e 02 dias-multa além do mínimo atende aos fins da pena, mormente por revelar adequada à gravidade do fato evidenciada pelas desabonadoras circunstâncias do crime.

Destarte, com esta ressalva de entendimento, estou acompanhando o i. relator para dar provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 29 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1407091-59.2017.8.12.0000 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – INDEFERIMENTO POR CONTA DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAREM A PROVIDÊNCIA – PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO QUE, TODAVIA, REALÇAM A NECESSIDADE DA PERÍCIA – ORDEM CONCEDIDA, COM O PARECER.

A realização do exame de dependência toxicológica concerne à faculdade e não obrigatoriedade judicial e se afigura subordinada à existência de elementos que a justifiquem, cabendo ao julgador verificar sua necessidade no caso concreto. Como corolário, desde que devidamente fundamentada, nada há de ilegal na decisão que indefere o pedido neste particular, máxime considerando que o Código de Processo Penal adota o sistema do livre convencimento motivado.

No entanto, vislumbrando-se no caso concreto particularidades a indicarem a plausibilidade do pedido, bem como prudência quanto à realização do exame, na medida em que o mesmo juízo *a quo*, em momento pretérito, em data não distante, culminou por reconhecer expressamente a dependência química que acomete o paciente, tanto que determinou sua internação compulsória em clínica especializada, emerge inegável ao menos a existência de dúvida a demandar a instauração do incidente, sob pena de cerceamento de defesa.

Ordem conhecida e, com o parecer, concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor de Jorge Augusto Barbosa Dalzot, apontando como autoridade coatora Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS, aduzindo, em síntese, o seguinte:

Pugnou, nos autos originários, pela elaboração de laudo pericial médico para aferir a capacidade de autodeterminação do réu a época dos fatos, nos termos do art. 45/46 da Lei 11.343/06, uma vez que se trata de pessoa completamente viciada no uso de entorpecentes e, por isso, tem perpetrado reiteradamente furtos, como forma de manter tal vício. No entanto, o pedido foi indeferido nos seguintes termos:

> *(...) Assim, além de a defesa não alegar dúvida e fundamentar seu pedido de fatos concretos, sequer juntou algum documento ou expôs suposto silogismo de anormalidade na conduta do denunciado.*
>
> *Ante o exposto, bem como por não atender ao comando do art. 149, do CPP, INDEFIRO o pedido de f. 134*

Trata-se, acrescenta, de fato notário na pequena cidade de São Gabriel do Oeste, tanto que, em outro processo (nº 0000974-39.2016.8.12.0043), a própria autoridade coatora reconheceu que o Paciente era usuário de pasta-base há vários anos e que cometeu o crime para comprar drogas e, por isso, determinou a substituição de sua pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a primeira consistente em internação compulsória em clínica para tratamento de desintoxicação pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, ou conforme prescrição médica.

Discorre sobre o direito que reputa cabível ao caso presente, sobre o constrangimento ilegal que entende configurado, e culmina por pleitear a concessão de liminar, determinando-se a imediata realização de perícia médica para aferir a dependência de entorpecentes do paciente, e, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

A liminar foi indeferida (fls. 160-162), as informações prestadas (fls. 166-167), posicionando-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e concessão da ordem (fls. 173-175).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor de Jorge Augusto Barbosa Dalzot, apontando como autoridade coatora Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS, aduzindo, em síntese, o seguinte:

Pugnou, nos autos originários, pela elaboração de laudo pericial médico para aferir a capacidade de autodeterminação do réu a época dos fatos, nos termos do art. 45/46 da Lei 11.343/06, uma vez que se trata de pessoa completamente viciada no uso de entorpecentes e, por isso, tem perpetrado reiteradamente furtos, como forma de manter tal vício. No entanto, o pedido foi indeferido nos seguintes termos:

> *(...) Assim, além de a defesa não alegar dúvida e fundamentar seu pedido de fatos concretos, sequer juntou algum documento ou expôs suposto silogismo de anormalidade na conduta do denunciado.*
>
> *Ante o exposto, bem como por não atender ao comando do art. 149, do CPP, INDEFIRO o pedido de f. 134*

Trata-se, acrescenta, de fato notário na pequena cidade de São Gabriel do Oeste, tanto que, em outro processo (nº 0000974-39.2016.8.12.0043), a própria autoridade coatora reconheceu que o paciente era usuário de pasta-base há vários anos e que cometeu o crime para comprar drogas e, por isso, determinou a substituição de sua pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a primeira consistente em internação compulsória em clínica para tratamento de desintoxicação pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, ou conforme prescrição médica.

Discorre sobre o direito que reputa cabível ao caso presente, sobre o constrangimento ilegal que entende configurado, e culmina por pleitear a concessão de liminar, determinando-se a imediata realização de perícia médica para aferir a dependência de entorpecentes do paciente, e, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

A liminar foi indeferida (fls. 160-162), as informações prestadas (fls. 166-167), posicionando-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e concessão da ordem (fls. 173-175).

Mister se faz salientar, inicialmente, que comungo do entendimento de que a realização do exame de dependência toxicológica concerne à faculdade e não obrigatoriedade judicial e se afigura subordinada à existência de elementos que a justifiquem, cabendo ao julgador verificar sua necessidade no caso concreto.

Como corolário, desde que devidamente fundamentada, nada há de ilegal na decisão que indefere o pedido neste particular, máxime considerando que o Código de Processo Penal adota o sistema do livre convencimento motivado.

A propósito:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS MINORADO – PRELIMINAR – REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A DEMONSTRAREM A NECESSIDADE DA PERÍCIA – PRELIMINAR REJEITADA. I – Inexistindo elementos concretos a indicar que o réu, no momento da ação, poderia padecer de eventual distúrbio mental decorrente da dependência química capaz de afetar sua capacidade de discernimento, o juiz não tem obrigação de determinar a realização de exame de dependência toxicológica.* (TJMS, Apelação nº 0041716-09.2014.8.12.0001 - Campo Grande. Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa)

No entanto, à evidência, disso aqui não se trata, pois o caso revela particularidade que conduz a desfecho diverso.

Com efeito, não há como dizer que inexistem, *in casu*, elementos suficientes a indicarem a plausibilidade do pedido, bem como prudência quanto à realização do exame, na medida em que o mesmo juízo a quo, em momento pretérito, culminou por reconhecer expressamente a dependência química que acomete o paciente, tanto que determinou sua internação compulsória em clínica especializada.

Em data não muito distante, 22 de junho de 2016, a mesma autoridade impetrada, embora em outro processo, ao prolatar sentença condenatória, substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, reputando imprescindível que uma delas correspondesse à internação compulsória. Gize (fls.12-13):

> *Considerando a informação prestada pelo acusado de ser usuário de pasta-base há vários anos e que cometeu o furto para comprar drogas, na forma do art. 44, do CP, substituto a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a primeira consistente em internação compulsória em clínica para tratamento de desintoxicação pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, ou conforme prescrição médica. Anoto que a internação deverá ser em clínica especializada pública ou privada e, se necessário, deverá ser custeada pelo Município de São Gabriel do Oeste. A segunda pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade, pelo prazo restante da pena após a desinternação (...)*

Nesse contexto, como bem pontuou a Procuradoria Geral de Justiça, tratando-se de paciente reconhecidamente dependente de drogas e tendo inclusive sendo determinada sua internação, noutro processo, pela autoridade coatora, inegável ao menos a existência de dúvida a demandar a instauração do incidente, sob pena de cerceamento de defesa.

Aliás, considerando que em junho de 2016 foi determinada, pelo mesmo juízo, a internação do paciente em clínica pelo prazo de seis meses, não se afigura plausível que, transcorridos apenas outros seis meses, aproximadamente, tenham desaparecidos todos os indicativos acerca da dependência química do paciente, a ponto de justificar o indeferimento do exame por falta de fundamentação em fatos concretos.

É evidente que eventual dependência química do paciente não induz automática e necessariamente na impossibilidade de sua hipotética condenação, tampouco da configuração do delito que porventura tenha cometido, mas pode refletir em eventual dosimetria da reprimenda que se tornar devida.

Nesse diapasão, o posicionamento vislumbrado neste sodalício no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1409093-70.2015.8.12.0000, de relatoria do Des. Ruy Celso Barbosa Florence:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – INCIDENTE – NECESSIDADE – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *Embora a condição de usuário ou dependente químico não afaste peremptoriamente a prática do crime de tráfico de drogas e haja fortes indícios de sua ocorrência, é prudente o deferimento de abertura de incidente de averiguação de dependência toxicológica e aferição da capacidade de entendimento do réu se este já respondeu a outros processos por posse de drogas para uso pessoal.*

Ante o exposto, com o parecer, concedo a ordem a fim de determinar a instauração de incidente para avaliação de dependência toxicológica no paciente, tal como pleiteada pela defesa. Oficie-se para fins de cumprimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 13 de julho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000569-12.2010.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – ROBUSTO ARCABOUÇO PROBATÓRIO – ATENUANTE DA SENILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA A PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – SÚMULA 231 DO STJ – CONTINUIDADE DELITIVA – MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO – DUAS VÍTIMAS – RECONHECIDA NA MODALIDADE QUALIFICADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Sendo robusto o conjunto probatório a apontar para a prática dos crimes de estupro de vulnerável, lastreado por depoimentos testemunhais, palavra das vítimas e exame de corpo de delito com conclusão de ruptura himenal em ambas as vítimas menores, não há de se falar em absolvição por ausência de provas.

Conforme a inteligência da Súmula 231 do STJ "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*." No caso, apesar da presença da circunstância atenuante da senilidade, esta não pode ser aplicada porquanto a pena-base na primeira fase da dosimetria já foi fixada no mínimo legal, havendo óbice à redução a patamar aquém do mínimo previsto em lei, na segunda fase.

Em face da pluralidade de crimes de estupro, contra vítimas diferentes, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, cabível o reconhecimento da continuidade delitiva na forma qualificada. Sendo favoráveis ao réu todas as circunstâncias judiciais indicadas no parágrafo único do art. 71 do CP como critérios para exasperação, deve ser eleito o patamar mínimo de exasperação, qual seja 1/6.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover em parte, por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o vogal.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação criminal interposta por J.F.P. contra a sentença de f. 139-150 que o condenou pela prática do delito descrito no art. 217-A (estupro de vulnerável) c.c. 226, inc. II do Código Penal, por duas vezes (em concurso material), à pena total de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão em regime inicial fechado.

Requer, em síntese, a absolvição dos crimes por ausência de prova dos fatos, na forma do art. 386, II do CP e, subsidiariamente, o reconhecimento da atenuante da senilidade, com diminuição da pena a patamar abaixo do mínimo legal, e, por fim, o reconhecimento da continuidade delitiva, com exasperação na fração de 1/6. No mais prequestiona violação ao princípio do *in dubio pro reo*; ao art. 386, II e VII, do CPP; e aos arts. 65, inciso I, artigo 71 e artigo 217-A, todos do CP.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 194-212, pugnando pelo não provimento do recurso

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 221-234, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por J.F.P contra a sentença de f. 139-150 que o condenou pela prática do delito descrito no art. 217-A (estupro de vulnerável) c.c. 226, inc. II do Código Penal, por duas vezes (em concurso material), à pena total de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão em regime inicial fechado.

Requer, em síntese, a absolvição dos crimes por ausência de prova dos fatos, na forma do art. 386, II do CP e, subsidiariamente, o reconhecimento da atenuante da senilidade, com diminuição da pena a patamar abaixo do mínimo legal, e, por fim, o reconhecimento da continuidade delitiva, com exasperação na fração de 1/6. No mais prequestiona violação ao princípio do *in dubio pro reo*; ao art. 386, II e VII, do CPP; e aos arts. 65, inciso I, artigo 71 e artigo 217-A, todos do CP.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 194-212, pugnando pelo não provimento do recurso

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 221-234, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

Passo a analisar.

Do pleito absolutório.

Inicialmente, o apelante pleiteia a absolvição com fulcro no art. 386, II do CP, a saber, ausência de provas.

Todavia, a pretensão não merece prosperar.

Assim restou fundamentada a r. sentença quanto às provas da materialidade e autoria dos crimes em questão:

> *Finda a instrução, conclui-se que a materialidade e autoria dos delitos de estupro de vulnerável, praticados contra as vítimas K. e A.C, ambas menores de 14 anos de idade, restaram sobejamente comprovadas.*
>
> *Isso porque, os laudos periciais acostados às fls. 22/23 e 25/26 comprovaram que as vítimas apresentam ruptura himenal completa e cicatrizada, portanto, não são mais virgens.*

A autoria, em que pese a negativa apresentada pelo acusado, encontra-se, do mesmo modo, provada. Com efeito, ambas as vítimas - enteada e filha biológica do réu alhures - confirmaram, com ricos detalhes e de maneira incontroversa - a violência sexual sofrida.

A vítima K.M.L, em fase extrajudicial, asseverou ter o acusado beijado-a na boca, bem como passado seu órgão genital pelo corpo da infante, principalmente nas partes íntimas.

Em Juízo, de maneira coerente, disse que o acusado exigia que se despisse, sob a ameaça de agressão física, e passava seu órgão genital nas partes íntimas.

Aduziu, também, que aquele tentara introduzir o pênis em sua vagina, contudo, não conseguiu.

Por seu turno, a vítima A.C.P, filha do réu, disse, em fase extrajudicial que quando elas chegam na (sic) casa de J., assistem televisão e comem o que compraram no mercado, o pai da declarante fica praticando atos libidinosos, ou seja, ela afirma que ele a coloca de costas, pede que abaixa a roupa, e de costas, ele passa o pênis nas nádegas da declarante, sem introduzir no ânus.

Em Juízo, a referida menor disse que o acusado tirava o pênis, ficava mostrando e encostando na depoente.

Ele esfregava o pênis tanto na depoente quanto na K., tanto por cima como por baixo da roupa.

É cediço, a seu turno, que nos crimes sexuais as declarações da vítima têm valor preponderante, não podendo ser infirmadas pela simples negativa do réu, mormente quando tais declarações são uníssonas e firmes.

Com efeito, nos delitos dessa natureza, que geralmente ocorrem às ocultas, em locais ermos, fechados, sem a presença de testemunhas, a palavra da ofendida deve ser considerada como coeficiente probatório de peso, ainda mais, reafirme-se como no caso dos autos quando está em consonância perfeita com o restante das provas produzidas.

Na hipótese dos autos, embora a Defesa tente desqualificar a palavra é certo que as menores demonstraram coerência e firmeza em suas declarações.

Em caso semelhante ao tratado nos autos, outro não foi o entendimento adotado pelo E. TJMS:

(...)

Considere-se, ainda, que as declarações das vítimas encontram-se corroboradas pelas provas produzidas em Juízo.

Isso porque, a Conselheira Tutelar Roseli Sozzo (fl. 86) confirmou as declarações prestadas perante a Autoridade Policial, nas quais afirma ter as vítimas lhe confirmado os abusos sofridos:

(...) Em entrevista com as menores confirmaram que estavam sendo abusadas por parte de J. que é pai de A.C, Que segundo relato de K., J. teria chegado ao ponto de introduzir o pênis na vagina dela, enquanto A. C. relata que o pai passava o pênis nas nádegas da mesma.

> *A Conselheira Tutelar, à época, Michelle Alves Muller Proença (fl. 92-93), também aduziu ter as menores lhe dito acerca dos abusos.*
>
> *Deste modo, as declarações das vítimas guardam simetria com os testemunhos adrede mencionados, no sentido de que o acusado praticava atos libidinosos com a enteada e com a filha, no intuito de satisfazer a lascívia, a condenação é de rigor.*
>
> *Assim, pelos motivos que esposei, subsumida a conduta na figura típica do artigo 217-A do CP e na ausência de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial.*

Pois bem.

Em que pese o inconformismo da defesa, as provas angariadas aos autos são suficientes a demonstrarem a autoria e a materialidade quanto aos delitos retratados na denúncia.

A materialidade delitiva está devidamente consubstanciada no boletim de ocorrência (fl. 06-07), laudo de exame de corpo delito (fls. 22-23 e 25-26), declarações das vítimas e depoimentos testemunhais.

Insta destacar, neste ponto, que segundo concluiu o laudo de exame de corpo de delito, ambas as vítimas – enteada e filha do réu – apresentaram "*ruptura himenal parcial antiga e cicatrizada (não é virgem)"* (f. 22-23 e 25-26).

Com relação à autoria, está plenamente evidenciada por meio das palavras das vítimas e depoimentos testemunhais, recaindo sem sobra de dúvidas sobre o recorrente.

Ao ser inquirido na fase policial, o réu negou a prática dos crimes (fls. 32-33) e em juízo não foi ouvido pois não foi encontrado.

A par disso, compulsando os autos, vê-se que são uníssonas as provas coligidas e robusto o arcabouço probatório, razão por que a condenação é a medida escorreita.

Veja-se do que relatou a vítima K.M.L – enteada do réu - perante a autoridade policial:

> *(...) QUE, informa que quando sua mãe não está em casa, J., pai de sua irmã A.C, leva a declarante e sua irmã (A.C) para a casa dele, mesmo quando não queremos ir, na Belina branca dele; QUE J. as levam no mercado e fala para a "gente pegar tudo que quisermos" (sic), depois, as levam para a casa dele, onde elas assistem televisão, comem o que compraram;* ***QUE informa que J. já beijou a boca dela, "esfrega o pinto em tudo quanto é canto do meu corpo" (sic), tendo ela dito que ele esfrega o pênis na "periquita e na bunda dela" (...) QUE questionada se J. introduzia o pênis na vagina dela, disse: "tem vez que ele enfia" (sic)****; QUE nunca contou para a mãe o que J. faz com ela, "eu só conto se C. conta, porque ele faz com nós duas, comigo e com C. (sic).* (f. 08, destaquei)

Por seu turno, a segunda vítima, A.C.C.P - filha do recorrente - corroborou a narrativa da irmã; confira-se:

> *(...) O acusado levava a depoente para o mercado, comprava doces.* ***O acusado tirava o pênis, ficava mostrando e encostando na depoente. Ele esfregava o pênis tanto na depoente quando na K., tanto por cima quanto por baixo da roupa.*** *Afirma que ele nunca colocou o pênis dentro da vagina da depoente (...) A depoente nunca contou para sua mãe porque tinha medo. (...) A depoente gostava de seu pai, mas depois desses fatos tem raiva dele" (f. 77; grifei).*

O depoimento judicial da Conselheira Tutelar, Michelle Alves Muller Proenza, também contribuiu para esclarecer os fatos:

> *(...) A pequena fala um pouco mais né, então ela acabou falando algumas situações, contando, por exemplo, contando que os pais, o pai né, levava elas primeiro no mercado, geralmente para comprar doces, essas coisas assim, depois levava até a sua casa e aí acabou contando né, que ficava pegando nelas e tal, e às vezes inclusive deixava assistir televisão né, como troca né, porque parece que elas não tinham televisão em casa (...). (f. 92).*

Por fim, a deixar indene de dúvidas, Roseli Sozzo, outra conselheira tutelar, explanou o seguinte:

> *Elas primeiro comunicaram a uma amiguinha delas de escola. E através dessa amiga, que a amiga contou para a mãe e a mãe nos solicitou, aí nós fomos ouvi-las, levamos até o Conselho, porque elas se abrem melhor do que na residência né, elas ficam acuadas na residência e nós percebemos que tinha fundamento sim, as denúncias (f. 86).*

Está-se, portanto, diante de um conjunto probatório rico, sólido e apto a alicerçar a condenação do apelante nas penas descritas no art. 217-A c.c. art. 226, II do CP.

Nessa senda, trago à baila os seguintes julgados desta E. 2ª Câmara Criminal, em hipóteses análogas:

> *EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA -RECURSO DESPROVIDO. A materialidade do crime está comprovada pelo boletim de ocorrência, relatório psicológico, termo de declarações e laudo de exame de corpo de delito. Em que pese o pleito defensivo, sabe-se que a mera negativa de autoria, em dissonância com o restante do conjunto probatório, não é suficiente para afastar a condenação. Além dos laudos periciais, há uma série de depoimentos e laudos psicológicos que corroboram a versão adotada pela sentença, bem como a sólida palavra da vítima. Por isso, a mera negativa de autoria pelo apelante não é suficiente para desabonar todo o conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal. (...).* (TJ-MS, Apelação - Nº 0001695-21.2010.8.12.0004 - Amambaí, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence julg. 29/08/2016, publ. 22/09/2016)

> *APELAÇÃO – PROCESSO PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ELEMENTOS PROBATÓRIOS DESFAVORÁVEIS – CONDENAÇÃO MANTIDA – NÃO PROVIMENTO. Despropositado falar em absolvição se o conjunto probatório, mormente o relatório de acompanhamento psicológico e a palavra firme da vítima, demonstram a ocorrência do crime contra a liberdade sexual. Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto do decisum objurgado.* (TJ-MS, Apelação - Nº 0002422-64.2008.8.12.0031 – Caarapó, 2ª câmara criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julg. 17/08/2015, publ. 31/08/2015).

Por fim, com relação à valoração da palavra da vítima nos crimes dessa natureza, pertinentes também os seguintes precedentes:

Nesse sentido – a respeito do valor probatório da palavra da vítima nessa espécie de crime – trago à baila os seguintes julgados desta E. 2ª Câmara Criminal:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PEDIDO ABSOLUTÓRIO – IMPROCEDÊNCIA – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO E INOCORRÊNCIA DE ERRO DE TIPO – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***Nos crimes praticados às ocultas, frequentemente em lugares ermos e sem testemunhas, como se dá geralmente com os delitos contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem especial relevância como elemento de convicção, podendo arrimar a condenação quando***

> ***corroborada pelas demais provas coligidas nos autos.****/ Estando o estupro de vulnerável evidenciado pela palavra da vítima, depoimentos de testemunhas e laudo periciais, inclusive de identidade de material genético, impõe-se manter a condenação. / É inviável reconhecer a figura do ero de tipo (art. 20 do Código Penal) se as circunstâncias dos autos demonstram que o recorrente tinha conhecimento de ser a vítima menor de 14 anos de idade.* (TJ-MS, Apelação -Nº 005648-06.2014.8.12.019 - Ponta Porã, 2ª câmara criminal, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, julg. 12/12/2016, publ. 06/03/2017) (destaquei)
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA/ADOLESCENTE – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – REFORMA DA SENTENÇA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE – APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL CORRESPONDENTE – SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA – CRIME NÃO CONFIGURADO – ATOS LIBIDINOSOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Há no âmbito dos presentes autos, elementos de convicção suficientes no sentido de consubstanciar os fatos imputados ao apelante na denúncia. Na situação, as provas são suficientes quanto a infração penal praticada referente ao crime de estupro de vulnerável.* ***A palavra da vítima é de fundamental importância na busca pela verdade real, sobretudo nos casos de crimes sexuais. Nos crimes sexuais, o depoimento da vítima é relevante como elemento de prova, ainda mais quando em consonância com o conjunto probatório****. 2. No crime previsto no art. 218-A, do Código Penal, o agente convence o menor a presenciar sua atividade sexual ou permite que a sua relação sexual seja assistida pela criança/adolescente. Nesse não há o envolvimento corporal do vulnerável. No caso dos autos, como o agente praticou ato libidinoso com a vítima, está caracterizado somente o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal.* (TJ-MS, Apelação nº 0008536-96.2014.8.12.0002 – Dourados, 2ª câmara criminal, Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, julg. 12/12/2016, publ. 16/12/2016) (grifei).

Logo, por todo o exposto, não há de se falar em absolvição por ausência de provas.

Da pretensa aplicação da atenuante da senilidade e redução da pena intermediária para patamar aquém do mínimo legal.

Subsidiariamente, requer seja reconhecida a atenuante da senilidade, com diminuição de pena até patamar abaixo do mínimo legal.

Para tanto, aduz que possuía mais de 70 anos na data do édito condenatório proferido pela juíza singular.

O pedido não comporta acolhida.

Explico.

Apesar de o réu de fato ter preenchido o requisito do art. 65, inciso I do CP (atenuante da senilidade), qual seja possuir na data da sentença condenatória mais de 70 anos, há óbice na consideração da referida atenuante porquanto a pena-base, na primeira fase, foi aplicada no mínimo legal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é pacífica ao assentar que ao julgador não é dado reduzir a pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal. Trata-se de matéria já sumulada, conforme consta do enunciado nº 231 da Corte Superior:

> *Súm. 231 – STJ. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

A propósito, observe-se que o entendimento foi objeto de decisão em Recurso Repetitivo, Resp n.º 1117068/PR:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL.* ***CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES****. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA.* ***REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE****. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1.* ***É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula nº 231 desta Corte Superior.***
>
> *2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.*
>
> *3. Cabe ao juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.*
>
> *4. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.*
>
> *5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que aplicou a causa de diminuição no mínimo legal de 1/6 (um sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida.*
>
> *6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena de 03 anos de reclusão. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.* (STJ, REsp 1117068 / PR, 3ª Seção, Ministra Laurita Vaz, Julg. 26/10/2011, PUBL. 06/06/2011) (grifei)

Destarte, é evidente que não há como ser utilizada a atenuante do art. 65, I do CP para conduzir à redução da pena-base a patamar abaixo mínimo estabelecido em lei para a espécie delitiva.

Do crime continuado.

Por fim, almeja o recorrente que seja reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes perpetrados.

Neste ponto, assiste razão ao apelante.

É cediço que para o reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes praticados, necessário se faz o preenchimento dos requisitos objetivos previstos no art. 71 do CP, são eles: a) crimes da mesma espécie e; b) praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Além disso, a jurisprudência pátria, têm exigido um outro requisito, subjetivo, qual seja a unidade de desígnios por parte do autor em relação às condutas plúrimas, ou seja, um liame objetivo ou dolo de praticar a cadeia de infrações de modo continuado.

Nesse sentido, trago a lume o recente julgado do STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS. TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA. NÃO CONSIDERAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, NA ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE CRIME CONTINUADO, DO REQUISITO SUBJETIVO (UNIDADE DE DESÍGNIOS).*
>
> *I - Segundo a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é indispensável que o réu tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente. (Precedentes). / II - In casu, o eg. Tribunal de origem, ao reconhecer a continuidade delitiva, desconsiderou a necessidade de preenchimento do requisito subjetivo, qual seja, unidade de desígnios, entendimento que está em confronto com o firmado por esta Corte. Correta, portanto, a determinação de que o eg. Tribunal a quo analise a ocorrência do crime continuado, na hipótese, à luz da teoria objetivo-subjetiva. Agravo regimental desprovido."* (STJ, AgRg no REsp 1428786 / MG, 5ª turma, Ministro Felix Fischer, julg. 18/08/2016, publ. 26/08/2016).

Com efeito, se reconhecida a continuidade delitiva, os crimes subsequentes devem ser havidos como continuidade da primeira conduta (PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado, Ed. Revista dos Tribunais, 1969), exasperando-se a pena nos limites indicados no art. 71, *caput* ou no parágrafo primeiro em se tratando de crime continuado qualificado.

No caso *sub examine*, estão preenchidos todos os requisitos (subjetivos e objetivo).

O réu praticou vários crimes da mesma espécie delitiva (estupro de vulnerável), contra duas vítimas aliás, valendo-se do mesmo *modus operandi* pelo que se nota dos depoimentos testemunhais e palavra das vítimas – levava as menores ao mercado, em seguida retornavam `a casa na qual praticava os atos libidinosos com ambas as vítimas, conforme já explanado em item anterior.

Equivale dizer, os crimes foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e similar modo de execução, periodicamente, estando demonstrando o liame subjetivo do autor – que, pelo que se denota dos autos, praticava os mesmos atos sempre que tinha a oportunidade, quando ausente a mãe das vítimas.

Como são duas vítimas, deve ser reconhecida a modalidade qualificada da continuidade delitiva (parágrafo único do art. 71 do CP).

Veja-se do *decisum* do STJ em caso similar:

> *RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEIS.* ***VÍTIMAS DIVERSAS****. CRIME CONTINUADO. UNIDADE DE DESÍGNIOS. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. CONTINUIDADE DELITIVA COMUM E* ***ESPECÍFICA****. AUMENTO REALIZADO EM DUAS ETAPAS. DESCABIMENTO. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. NORMA*

> *ESPECIAL. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA. 1. O Tribunal de origem não debateu a matéria referente à necessidade da existência de unidade de desígnios como pressuposto para o reconhecimento da continuidade delitiva. Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público, por sua vez, não suscitaram a questão, limitaram-se a sustentar não ser possível a continuidade entre vítimas distintas, em crimes de natureza sexual. Sendo assim, o tema debatido no recurso especial carece de prequestionamento, nos termos da Súmula 356/STF. /* ***2. Se reconhecida a continuidade delitiva específica entre os estupros praticados contra vítimas diferentes, deve ser aplicada exclusivamente a regra do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, por se tratar de norma especial em relação ao caput do dispositivo, mesmo que, em relação a cada uma das vítimas, especificamente, também tenha ocorrido a prática de crime continuado. /*** *3. A quantidade de infrações praticadas no tocante a todas as vítimas deve ser avaliada uma só vez, refletindo na fixação do patamar de aumento decorrente da incidência do crime continuado específico, em cuja estipulação também deverão ser observadas as demais circunstâncias mencionadas no art. 71, parágrafo único, do Código Penal. / 4. Tal procedimento não faz com que a continuidade delitiva existente em relação a cada vítima específica deixe de ser considerada, mas apenas com que a sua valoração seja feita em conjunto, o que é possível porque parâmetros mínimo e máximo de aumento previstos no art. 71, parágrafo único, são mais amplos do que aqueles estabelecidos no caput do mesmo artigo. / 5. Com o retorno dos autos para a fixação de novo patamar de aumento decorrente da continuidade delitiva, fica prejudicado o recurso especial no tocante ao pedido de redução, à fração mínima, da exasperação da pena, pelo crime continuado. / 6. Recurso especial do Ministério Público não conhecido. Recurso especial defensivo conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido em parte.* (STJ, REsp 1471651 / MG, Ministro Sebastião Reis Júnior, T6 - Sexta Turma, Julg. 13/10/2015, publ. 05/11/2015) (realcei)

À luz do parágrafo único do art. 71 do CP (continuidade delitiva qualificada), o patamar de exasperação é de até o triplo.

Passo à dosagem da pena considerando a ficção jurídica do crime continuado.

O juiz condenou o requerente, em concurso material, fixando ambas as penas em 12 (doze) anos de reclusão.

Assim sendo, a partir da pena de 12 (doze) anos de reclusão, e considerando a *"culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, motivos e circunstâncias"* dos crimes, sendo todas favoráveis ao réu, aplico o patamar mínimo de exasperação, qual seja 1/6 (um sexto), que corresponde a 02 (dois) anos, tornando, portanto, a pena definitiva em 14 (quatorze) anos de reclusão.

Dispositivo

Ex positis, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer a continuidade delitiva qualificada (art. 71, parágrafo único do CP) em relação aos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A c/c 226, II do CP) praticados contra duas vítimas, tornando a pena definitiva em 14 (quatorze anos) de reclusão.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

Acompanho o e. relator e dou parcial provimento ao recurso interposto por J. F. P. , apenas para reconhecer a continuidade delitiva específica.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Divirjo em parte do nobre relator para dar parcial provimento em maior extensão ao recurso defensivo.

Na hipótese, conforme bem delineado no voto condutor, as declarações das vítimas são coesas entre si e encontram harmonia em ambas as fases, além de encontrar respaldo nos demais depoimentos prestados em juízo pelas conselheiras tutelares e a genitora da vítima.

Em que pese o pleito defensivo, sabe-se que a mera negativa de autoria, em dissonância com o restante do conjunto probatório, não é suficiente para afastar a condenação.

O apelante foi ouvido apenas em fase extrajudicial e se restringiu em negar a acusação perpetrada contra si. Não informou por qual razão a vítima teria narrados os fatos descritos na denúncia.

Assim, a manutenção do édito condenatório é medida que se impõe.

Por outro lado, tenho que assiste razão à defesa quanto a atenuante da senilidade (acusado com mais de 70 anos na data dos fatos).

Entendo que o reconhecimento de atenuante pode levar a fixação da sanção aquém do piso abstratamente previsto no tipo penal, já que inexiste vedação legal nesse sentido e deve ser observado o princípio da individualização da pena.

Nesse sentido, percucientes são o escólio de Cezar Roberto Bitencourt:

> *(...) deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar a norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer uma fraude, que viola o princípio da reserva legal.*
>
> *Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita.* (*in* Tratado de Direito Penal, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 602).

Assim, partindo-se da pena-base fixada no mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, reduzo a pena no patamar de 1/6 em razão da atenuante da selenidade, fixando a pena intermediária em 06 anos e 08 meses de reclusão.

Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no artigo 226, II, do CP (crime cometido pelo genitor da vítima), razão pelo qual aumento a reprimenda em ½, fixando em 10 anos de reclusão.

Acompanho o e. relator para reconhecer a continuidade delitiva no patamar de 1/6, afastando o concurso material aplicado na sentença, fixando a pena definitiva em 11 anos e 08 meses de reclusão em regime inicial fechado.

Diante do exposto, com o parecer, divirjo em parte do nobre Relator e voto no sentido de dar parcial provimento, em maior extensão, ao recurso defensivo a fim de reconhecer a atenuante da selinidade e a continuidade delitiva, fixando a pena definitiva em 11 anos e 08 meses de reclusão em regime inicial fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0006985-81.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – CONTEXTO DE RELAÇÕES DOMÉSTICAS – CONTRA EX–COMPANHEIRA – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – IMPERTINENTE – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO – CABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Estando comprovadas a autoria e a materialidade do crime de violação de domicílio perpetrado pelo réu em detrimento de sua ex-companheira, não há de se falar em absolvição. Na hipótese, as palavras da vítima foram firmes e coerentes durante toda a *persecutio criminis,* tendo encontrado arrimo dos demais elementos de prova. Condenação mantida.

Segundo o recente entendimento externado pelo STF, é possível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos nos ilícitos penais praticados no âmbito das relações domésticas, desde que se tratem de conduta de menor potencial ofensivo ou de menor gravidade, a ser analisada no caso concreto. Na hipótese, a conduta do apelado não comportou maior gravidade de maneira a incorrer na vedação contida no art. 44, inciso I do CP.

Em parte com o parecer, recurso a que se dá parcial provimento, apenas para substituir a reprimenda corporal por uma restritiva de direito a ser estabelecida pelo juízo da execução penal, com observância à vedação de fixação do pagamento de cestas básicas ou prestação pecuniária (art. 17 da Lei n.º 11.340).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover em parte, unânime.

Campo Grande, 28 de agosto de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação criminal interposta por Flávio Renato Pereira Frasson em face da sentença de f. 116-117, que o absolveu da imputação pelo crime de ameaça e o condenou pela prática do delito de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), à pena de 01 (um) mês de detenção em regime inicial aberto.

Nas razões recursais de f. 141-145 postula a absolvição por insuficiência de provas, e, subsidiariamente, a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 149-155, pugnando pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 162-167, no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Flávio Renato Pereira Frasson em face da sentença de f. 116-117, que o absolveu da imputação pelo crime de ameaça e o condenou pela prática do delito de violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), à pena de 01 (um) mês de detenção em regime inicial aberto.

Nas razões recursais de f. 141-145 postula a absolvição por insuficiência de provas, e, subsidiariamente, a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 149-155, pugnando pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 162-167, no mesmo sentido.

É o relatório.

Passo a analisar.

Do pleito absolutório.

Almeja o apelante ser absolvido ao argumento de insuficiência de provas para a condenação.

Todavia, o pedido não comporta acolhimento.

A ofendida, ex-companheira do apelante, assim descreveu os fatos perante a autoridade judicial, sob o crivo do contraditório, *in verbis:*

> ***MP: Aí nesse dia, era no período da tarde, ele entrou na casa da senhora, ele não morava mais lá?***
>
> ***DEPOENTE: Não. Não.***
>
> ***MP: Ele entrou e tinha duas outras pessoas com ele, a senhora chegou a ver?***
>
> ***DEPOENTE. Sim, foram os parentes dele, da família de irmã dele, que foram junto. Na verdade quando a gente separou, eu fiquei com uma moto, que na verdade era no nome dele mas que eu tinha trabalhado e pagado ela, como eu fiquei com a criança, eu morava em Itaporã, vim pra Dourados, morava aqui em Dourados sozinha com meu filho, daí ele adentrou minha casa, me xingou, me agrediu, quebrou meu celular na parede, quebrou minha sala, ai ele levou a moto embora numa camioneta que é do cunhado dele.*** **(mídia, f. 103)** (grifei)

Note-se que suas declarações em juízo guardaram consonância com o que havia relatado na fase de inquérito:

> *RESPONDEU QUE: Foi casada com o autor FLAVIO RENATO PEREIRA FRASSON por durante 05 (cinco) anos, tendo 01 um filho em comum Davi Radrian Dantas Frasson (04 anos), que ficaram separados de corpos morando na mesma residência por cerca de 08 meses, que a declarante saiu da residência do casal a cerca de 05 meses.* ***Relata a declarante, que na data de 24105/2014 por volta das 16h3Omin, FLAVIO RENATO compareceu em sua residência em companhia de outros 02 (dois) homens****, os quais atendiam pelo nome de Thiago que seria cunhado de FLAVIO RENATO e Paulo irmão*

> *de Thiago, **vindo a adentrar ao quintal da declarante,** que FLAVIO RENATO proferiu palavras ofensivas a declarante, rotulando-a de: ...vagabunda, sem vergonha, biscate... , dizendo ainda que a declarante não prestava, relata que FLAVIO RENATO abriu a Janela da residência e passou a arremessar objetos contra a declarante, que então para se defender a declarante empunhou uma faca e abriu a porta, vindo a ordenar que FLAVIO RENATO saísse do local com os amigos dele, no entanto FLAVIO RENATO conseguiu tomar a faca das mãos da declarante e derrubou Minam no chão, vindo a esfregar o rosto da declarante no chão, ato continuo FLAVIO RENATO, com a ajuda de Paulo e Thiago, levaram da residencia da declarante 01 (uma) motocicleta HONDA CG 125 FAN, de cor preta, ano e modelo 2008, placa HTK-8389, assim como algumas cadeiras de fio, informa que após a separação, não fizeram a partilha de bens, vindo apenas a decidirem, verbalmente, que FLAVIO RENATO ficaria com o automóvel tipo Fiat/Tempra e a declarante ficaria com a motocicleta, relata que a convivência com FLAVIO RENATO estava harmónica até a data de 18/05/2014, quando a declarante Informou a FLAVIO RENATO de que estava mantendo um novo relacionamento amoroso (namorado), quando então FLAVIO RENATO se enfureceu e agrediu a declarante, fato este registrado na Delegacia da Mulher, informa ainda que ao ligar para a Policia Militar, FLAVIO RENATO tomou de suas mãos o aparelho de telefone celular e o arremessou contra a parede, danificando-o completamente, assim como quebrou objetos de sua residência (brinquedos do filho), que durante este tempo o filho do casal estava dormindo no sofá da sala, onde FLAVIO RENATO arremessou os objetos.. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. Lido e achado conforme, vai devidamente assinado pela Autoridade, pelo declarante e por mim, Escrivão que o digitei. (f. 15-16)* (destaquei)

Por fim, o réu na fase extrajudicial admitiu ter adentrado à residência da vítima com o intuito de retirar objetos, que, segundo seu entendimento, pertenciam-lhe (f. 18). Em juízo, contudo, alterou a versão, negando a prática do ilícito de violação de domicílio.

Pois bem.

A ofendida demonstrou firmeza e coerência em suas palavras nas fases policial e judicial, tendo encontrado amparo nos demais elementos de prova (boletim de ocorrência, pedido de medidas protetivas, dentre outros), ao passo que, inexiste qualquer fator a desabonar suas declarações.

Logo, revestida de credibilidade a versão apresentada pela vítima, e, encontrando arrimo em outros elementos de prova, está suficientemente provada a prática do delito pelo recorrente.

A propósito, cabe ressaltar, no que tange ao valor probatório da palavra da vítima dos crimes dessa natureza, quando firmes, coerentes e corroboradas pelos demais elementos de prova – tal qual no caso *in tela* - é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VIAS DE FATOS – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO – REFORMA DA SENTENÇA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL CORRESPONDENTE – RECURSO PROVIDO. Não há falar em absolvição do apelante por ausência de provas, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são convincentes no sentido de ensejar a condenação. A palavra da vítima deve ser atribuído relevante valor na busca pela verdade real, principalmente se estiver em harmonia com os demais elementos de convicção existentes no caderno processual e, sobretudo, nos casos de violência doméstica, onde, não raras as vezes, o delito é cometido na ausência de testemunhas presenciais.* (TJ-MS, Apelação - Nº 0001002-34.2015.8.12.0013 – Jardim, Rel. Des. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª câmara criminal, julg. 09/11/2015, publ. 10/11/2015)

Nesse trilho, também a jurisprudência das demais cortes de justiça, a exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> ***Em casos de violência contra a mulher – seja ela física ou psíquica -, a palavra da vítima é de fundamental importância para a devida elucidação dos fatos, constituindo elemento hábil a fundamentar um veredito condenatório, quando firme e coerente, máximo quando corroborada pelos demais elementos de prova encontrados nos autos.*** (TJ-SC, AC 0008196-92.2014.8.24.0011, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, julg. 04/10/2016) (destaquei)

À vista disso, não prospera a pretensão absolutória.

Substituição da pena por restritiva de direitos.

À luz do entendimento recentemente externado pelo Supremo Tribunal Federal, que passei a adotar, é possível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos nos ilícitos penais praticados no âmbito das relações domésticas, desde que se tratem de conduta de menor potencial ofensivo, como no caso *sub examine*, em que a infração perpetrada pelo réu não comportou maior gravidade, de modo a incorrer na vedação contida no art. 44, inciso I do CP[1].

Nessa senda, o raciocínio do STF:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO (ART. 21 DO DECRETO LEI 3.688/1941). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. SUBSTITUIÇÃO DAREPRIMENDA CORPORAL. VIABILIDADE. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSIÇÃO DASRESTRIÇÕES DO ART. 17 DA LEI 11.340/2006. ORDEM CONCEDIDA. 1. É viável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos moldes previstos no art. 17 daLei Maria da Penal aos condenados pela prática da contravenção penal de vias de fato, por se tratar de modalidade de infração penal não alcançada pelo óbice do inciso I do art. 44 do Código Penal. Precedente. 2. No particular, o paciente foi condenado à pena de 20 dias de prisão, no regime aberto, pela prática da contravenção prevista no art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41 contra pessoa com quem manteve relacionamento amoroso, razão pela qual o Tribunal de Justiça substituiu a pena corporal por restritiva de direito. 3. Ordem concedida para restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.* (STF, HC 131160 / MS - Mato Grosso do Sul, Min. Teori Zavascki, julg. 18/10/2016, publ. 08/11/2016)

Com efeito, substituo a pena de prisão simples em uma reprimenda restritiva de direito a ser estabelecida pelo juízo da execução penal, devendo ser observada, contudo, a vedação de fixação do pagamento de cestas básicas ou prestação pecuniária, como dispõe o art. 17 da Lei n.º 11.340.

Do prequestionamento.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Dispositivo.

Ex positis, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso apenas para substituir a reprimenda corporal por uma restritiva de direito a ser estabelecida pelo juízo da execução penal, com observância à vedação de fixação do pagamento de cestas básicas ou prestação pecuniária (art. 17 da Lei n.º 11.340).

1 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 28 de agosto de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1407357-46.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE CONHECIMENTO PARCIAL DA IMPETRAÇÃO – ACOLHIDA – MÉRITO – GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – INTERESSE COLETIVO EM OBSTAR A CONTINUIDADE DA PRÁTICA DELITIVA – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR – DESCABIMENTO – PACIENTE CURSA O ÚLTIMO ANO DE CURSO DE ARQUITETURA E URBANISMO – MOTIVO IRRELEVANTE PARA AUTORIZAR A LIBERDADE PROVISÓRIA – ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

No tráfico de drogas, justifica-se a prisão preventiva quando, diante prova da existência do crime e de indício suficiente de autoria, a adoção da medida se mostra suficiente para efeito de garantia da ordem pública, traduzida no interesse coletivo de aplacar a continuidade da prática delitiva.

A peculiaridade de não integrar organização criminosa não garante ao condenado o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

O fato de a paciente haver sido submetida a cirurgia bariátrica, por si só, não justifica a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, mesmo porque, nos termos do art. 318, II, do Código de Processo Penal, a adoção dessa medida cautelar alternativa somente é possível nos casos em que a pessoa comprova estar extremamente debilitada por motivo de doença grave, o que não foi demonstrado nos autos.

O fato de a paciente frequentar o último ano de curso superior não impede sua segregação cautelar, sobretudo se forem considerados os motivos fundamentadores da prisão preventiva, como a necessidade de garantia da ordem pública e o interesse coletivo de aplacar a continuidade delitiva.

Ordem conhecida em parte e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conhecer em parte e, na parte conhecida, negar concessão, unânime.

Campo Grande, 14 de agosto de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jayme de Magalhães Júnior em favor de Mayara Reis dos Santos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Alega, em suma, que não há elementos que justifiquem a prisão preventiva, que a paciente é primária, de bons antecedentes, não integra organização criminosa e que necessita de acompanhamento médico em razão de haver sido submetida a uma cirurgia bariátrica.

Pede a concessão da ordem para que seja colocada em liberdade, com ou sem imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido de liminar foi indeferido em regime de substituição legal (f. 75-76).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo parcial conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (f. 87-94).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jayme de Magalhães Júnior em favor de Mayara Reis dos Santos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Alega, em suma, que não há elementos que justifiquem a prisão preventiva, que a paciente é primária, de bons antecedentes, não integra organização criminosa e que necessita de acompanhamento médico em razão de haver sido submetida a uma cirurgia bariátrica.

Pede a concessão da ordem para que seja colocada em liberdade, com ou sem imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido de liminar foi indeferido em regime de substituição legal (f. 75-76).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo parcial conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (f. 87-94).

É o quanto basta para a análise do pedido.

De início, a preliminar de conhecimento parcial da impetração merece acolhida na medida em que a tese de constrangimento ilegal, sustentada pelo impetrante, já foi objeto de decisão colegiada no julgamento do *Habeas Corpus* n. 1405965-71.2017.8.12.0000, julgado pela 2ª Câmara Criminal desta Corte em 03.07.2017 nos termos da ementa a seguir transcrita:

> *HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE CONCRETA – CUSTÓDIA CAUTELAR IMPRESCINDÍVEL – SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES ALTERNATIVAS – INVIABILIDADE – EXCESSO DE PRAZO INOCORRENTE – NÃO CONCESSÃO.*
>
> *É cabível prisão preventiva, conforme dispõe o art. 313, do Código de Processo Penal, aos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, mormente quando as circunstâncias fáticas evidenciam a gravidade concreta da conduta.*

Afigurando-se imprescindível a custódia cautelar não há como atender o pleito de substituição de pena por cautelar diversa.

Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a inexistência de constrangimento legal a ser reconhecido.

Disso decorre que a tese do impetrante, quanto a esse aspecto em particular, não merece reanálise desta Corte.

Passo ao exame do mérito.

Consta da denúncia que, no dia 11 de março de 2017, por volta das 03:00 horas, nas proximidades da universidade Uniderp Agrárias, nesta capital, a paciente Mayara Reis dos Santos e o corréu Wagner Tadaques da Silva Toma traziam consigo, para fins de comercialização, 33 (trinta e três) porções, pesando 642 (seiscentos e quarenta e dois) gramas de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na ocasião, policiais realizavam diligências pelo local, quando vislumbraram o veículo GM/Celta, placas KAB-1606, parado em local ermo e em seu interior os envolvidos em atitude suspeita, átimo em que resolveram efetuar a abordagem de ambos.

Durante a diligência, os patrulheiros revistaram pessoalmente Wagner (condutor) e Mayara (passageira) e, após não acharem nada de ilícito com ambos, passaram a inspecionar o automóvel, oportunidade em que encontraram, no interior de uma bolsa, 33 (trinta e três) porções de maconha, pesando 642 g (seiscentos e quarenta e dois gramas), além de R$ 260,00 (duzentos e sessenta reais), angariados com a traficância que ambos vinham desenvolvendo.

Consta que durante os trabalhos os policiais apreenderam os aparelhos celulares dos acusados, os quais continham fotografias e mensagens alusivas à traficância de drogas.

A decisão que manteve a prisão preventiva da paciente está amparada nos seguintes fundamentos:

A prisão em flagrante deve ser mantida, com fundamento no art. 310, parágrafo único, a contrario sensu, do Código de Processo Penal, pois verificada a ocorrência das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, previstas no art. 312 do mesmo estatuto.

Primeiro, há nos autos prova da existência do crime e indício suficiente da autoria, tanto que foi presa em flagrante transportando 33 (trinta e três) porções de maconha, pesando 642g (seiscentos e quarenta e dois gramas), destinadas a comercialização.

Ademais, a requerente, por ocasião da prisão em flagrante, admitiu que a droga encontrada era de sua propriedade e do acusado Wagner, e seria vendida a colegas de faculdade, assim como admitiu a existência de fotografias de droga em seu aparelho de telefone celular e de mensagens solicitando entorpecentes.

Assim, são fortes os indícios de que a requerente exercia atividade ilícita de traficância.

É de se destacar, ainda, a grande quantidade de substância entorpecente – 33 (trinta e três) porções, além da periculosidade da requerente que, aproveitando-se do livre acesso à universidade, na qualidade de discente, atuava no interior da referida instituição, fornecendo droga a acadêmicos.

Não bastasse isso, é certo que a requerente possui personalidade voltada para a prática criminosa, pois, conforme informações prestadas por ela no auto de prisão em flagrante, mesmo possuindo situação financeira favorável, escolheu dedicar-se à traficância.

A legalidade do ato judicial, como antes afirmado, foi objeto de impugnação no *Habeas Corpus* n. 1405965-71.2017.8.12.0000, julgado pela 2ª Câmara Criminal desta Corte em 03.07.2017.

Neste novo pedido o impetrante sustenta que a paciente não integra organização criminosa e que no caso de futura condenação terá direito à diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, o qual não é considerado crime hediondo e ensejará em seu favor a aplicação de pena restritiva de direitos, razão pela qual não se justifica a segregação cautelar.

Afirma, ainda, que a paciente necessita de constante acompanhamento médico em razão de ser paciente de cirurgia bariátrica e que atualmente frequenta o último ano do Curso de Arquitetura e Urbanismo.

O intento não merece prosperar.

As razões que determinaram o não acolhimento da impetração já acima mencionada persistem e justificam a manutenção do ato impugnado. De fato, os elementos de convencimento até o momento obtidos relacionam a paciente ao tráfico de drogas e recomendam a prisão preventiva como forma de preservar a ordem pública e obstar a reiteração delitiva.

A questão relativa ao tráfico eventual demanda análise que somente será possível após a instrução do feito, de modo que os elementos de prova até o momento obtidos não permitem supor que reprimenda será aplicada à paciente em caso de eventual condenação. Vale, no entanto, anotar que o simples fato de não integrar organização criminosa não garante ao condenado por tráfico o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Quanto ao pedido de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, isso por necessitar a paciente de acompanhamento médico posterior à realização de cirurgia bariátrica, entendo que a adoção dessa medida, nos termos do art. 318, II, do Código de Processo Penal, somente ocorre nos casos em que a pessoa comprova estar extremamente debilitada por motivo de doença grave, o que não foi demonstrado nesta impetração.

Por fim, o fato de a paciente frequentar o último ano de curso superior não impede sua segregação cautelar, sobretudo se forem considerados os motivos fundamentadores da medida, como a necessidade de garantia da ordem pública traduzida no interesse coletivo de aplacar a continuidade delitiva.

Tecidas essas considerações, de acordo com o parecer da PGJ e com fundamento nos arts. 312 e 313, I, do CPP, denego a ordem de *habeas corpus* postulada em favor de Mayara Reis dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Conheceram em parte e, na parte conhecida, negaram concessão, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de agosto de 2017.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000688-16.2010.8.12.0029/50000 - Naviraí
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO CUJA PENA FOI EXTINTA HÁ MAIS DE QUINZE ANOS – DIREITO AO ESQUECIMENTO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – EXPURGO DO JUÍZO NEGATIVO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – PREJUDICADO – EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Tratando–se de condenação cuja pena foi extinta há mais de quinze anos, o princípio da razoabilidade, fundamento da chamada *"teoria do direito ao esquecimento"* justifica o expurgo do juízo negativo dos antecedentes penais.

Resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando tal benesse já foi concedida.

Embargos infringentes parcialmente acolhidos, em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover em parte, unânime, decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 19 de julho de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de embargos infringentes opostos por José Aparecido Caetano dos Santos contra o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 249-255) que, por maioria, nos termos do voto do relator, deu parcial provimento ao recurso defensivo, para o fim de reduzir a pena-base que lhe foi aplicada - pela prática do crime de furto qualificado (art. 155 § 4º, IV, do CP) - para 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa.

Conforme expõe a f. 01-09 pretende a prevalência do voto vencido, proferido pelo vogal – Des. Ruy Celso Barbosa Florence - que provia o apelo em maior extensão - afastando a circunstância negativa referente aos antecedentes criminais, bem como, substituía a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer a f. 19-27, opina pelo não acolhimento dos embargos. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa sobre o artigo 59 do CP.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por José Aparecido Caetano dos Santos contra o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 249-255) que, por maioria, nos termos do voto do relator, deu parcial provimento ao recurso defensivo, para o fim de reduzir a pena-base que lhe foi aplicada - pela prática do crime de furto qualificado (art. 155 § 4º, IV, do CP) - para 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa.

Conforme expõe a f. 01-09 pretende a prevalência do voto vencido, proferido pelo vogal – Des. Ruy Celso Barbosa Florence - que provia o apelo em maior extensão - afastando a circunstância negativa referente aos antecedentes criminais, bem como, substituía a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer a f. 19-27, opina pelo não acolhimento dos embargos. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa sobre o artigo 59 do CP.

É o que basta para analisar a pretensão.

Dos antecedentes – Direito ao esquecimento.

A questão aqui posta relaciona-se com o princípio da razoabilidade, pois diante da impossibilidade de imposição de pena perpétua, não se justifica que um fato ocorrido há muito tempo continue indefinidamente prejudicando seu autor.

Como se sabe, o entendimento prevalente no STJ é no sentido de que o período depurador de cinco anos, previsto pelo inciso I do artigo 64 do Código Penal, afasta apenas a reincidência, persistindo os efeitos para o fim de considerar negativos os antecedentes.

Entretanto, quando se trata de condenação cuja pena foi cumprida ou extinta há muitos anos, como ocorre neste caso, em que a única condenação definitiva já se extinguiu há mais de quinze anos, em 15/10/2001, conforme se verifica da certidão de f. 84-92, excepcionalmente, e em observância ao princípio da razoabilidade, tenho como possível aplicar a chamada teoria do *"direito ao esquecimento"* para excluir o juízo negativo acerca da moduladora dos antecedentes para fins de fixação da pena-base, posição que encontra eco em recente decisão do STJ, como se vê:

> *EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta corte superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. 2.* ***Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. 3. Não decorridos sequer seis anos do trânsito em julgado da condenação utilizada para caracterizar maus antecedentes, deve ser mantida a avaliação negativa da vetorial.*** *4. Agravo regimental não provido.* (STJ; AgRg-REsp 1.578.033; Proc. 2016/0017360-4; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 28/06/2016). (Grifamos e reduzimos).

Diante de tais fundamentos, expurga-se a valoração negativa da moduladora dos antecedentes criminais.

Tal fato, contudo, não produzirá efeitos sobre a pena que, consoante acórdão, já restou fixada no *quantum* mínimo (2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa).

Da substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

No que toca ao pedido que visa à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, resta prejudicado porque, consoante se verifica da sentença (f. 159-164), a pretensa substituição já foi realizada. Veja-se:

> *O réu cumpriria sua pena privativa de liberdade inicialmente em regime aberto, mas estando presentes os requisitos autorizadores do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, no pagamento de 02 (dois) salários mínimos a entidade privada com destinação social e sem fins lucrativos desta Comarca, e a segunda, na prestação de serviço à comunidade, por tempo equivalente ao da pena substituída, por oito horas semanais, em local a ser designado em audiência específica, podendo o acusado cumpri-la em menor tempo, mas nunca inferior à metade da pena substituída (CP, § 4.º, artigo 46).*

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que o dispositivo legal invocado foi expressamente abordado.

Exposto isso, em parte com o parecer, acolho parcialmente os embargos infringentes para considerar neutra a moduladora dos antecedentes criminais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte, unânime, decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 19 de julho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n.º 0039589-30.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO – TRANSFERÊNCIA DE REEDUCANDO PARA O SISTEMA PRISIONAL FEDERAL – RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA INDICANDO ALTA PERICULOSIDADE – MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INTERESSE PÚBLICO QUE SE SOBREPÕE AO PRIVADO – POSSIBILIDADE – AGRAVO DESPROVIDO.

Diante de relatório do setor de inteligência da AGEPEN indicando que o agravante é membro de facção criminosa, de alta periculosidade, possível a sua remoção para cumprir a reprimenda em outra unidade prisional para evitar que continue exercendo liderança sobre os demais reeducandos e participando de atos ilícitos dentro e fora do estabelecimento, já que em matéria de cumprimento de pena o interesse público sobrepõe-se ao privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de agosto de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Jorge Mendonça Pereira, qualificado nos autos, inconformado com a decisão proferida a f. 231-232 dos autos de execução de pena nº. 0046307-63.2004.8.12.0001, que determinou sua transferência para o sistema penitenciário federal, ingressa com o presente agravo de execução pleiteando, em resumo, pelas razões de f. 03/05, seja reconhecida a impossibilidade de tal transferência.

As contrarrazões chegam a f. 238-242, e por elas o Ministério Público manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto, mesmo sentido do parecer lançado pela Procuradoria-Geral de Justiça a f. 251/259.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de execução oposto por Jorge Mendonça Pereira contra a decisão proferida a f. 231-232 dos Autos de Execução de Pena nº. 0046307-63.2004.8.12.0001, que determinou sua transferência para o sistema penitenciário federal, pleiteando, em resumo, pelas razões de f. 03/05, seja reconhecida a impossibilidade de tal transferência.

As contrarrazões chegam a f. 238-242, e por elas o Ministério Público manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto, mesmo sentido do parecer lançado pela Procuradoria-Geral de Justiça a f. 251/259.

É o que basta para analisar a pretensão.

A decisão objurgada determinou a transferência do agravante para o Presídio Federal com base no se encontra devidamente amparado pelo disposto no artigo 3º do Decreto nº 6.877/09 porque a gerência de inteligência do sistema oenitenciário teria verificado que o agravante possui envolvimento com a facção criminosa denominada *"Primeiro Comando da Capital"*, ligada ao atentado à Vara da Justiça do Trabalho de Naviraí/MS, bem como a uma rebelião ocorrida naquela cidade em agosto daquele ano, sendo que o relatório informava que a referida organização criminosa almeja elevar seu nível de influência em todos Estados brasileiros, motivo pelo qual o isolamento das lideranças negativas seria necessário.

Segundo o agravante, não há provas dos fatos aludidos pelo relatório, não havendo razão para a sua remoção para o presídio federal, onde somente há o regime diferenciado de pena, o qual, conforme a Lei, deve ter prazo determinado e baseado em provas reais de que é necessária sua aplicação.

Analisando-se os autos não se verifica que ao agravante tenha sido instituído o cumprimento da sanção no regime disciplinar diferenciado, e sim, tão somente a sua remoção para o sistema prisional federal em razão de sua alta periculosidade pelo envolvimento com a facção criminosa *"Primeiro Comando da Capital"*.

O fato de o mesmo ser ligado a tal organização foi apurado pela AGEPEN, constando do relatório apresentado que o mesmo exerce liderança sobre os internos, fato que mais denota sua periculosidade.

É de se salientar que em sede de cumprimento de pena, inobstante os direitos e garantias dispostos aos reeducandos, impera o interesse da administração, em especial diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Segundo o artigo 86, da Lei nº. 7.210/84 (LEP) *"as penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União"*.

A transferência de estabelecimentos cabe ao juízo da execução penal, diante dos critérios da conveniência e da oportunidade, conforme decidiu o STJ estabelecer que *"À vista de ausência de mínimas condições do presídio para guarda e segurança dos condenados, o art. 86 da Lei de Execuções Penais prevê a remoção de presos para estabelecimento penal de outra unidade da federação a fim de evitar fuga e ensejar o cumprimento da pena"*. (Rcl. 431/AC, 3ª Seção, rel. Min. José Arnaldo).

Ademais, tanto quando a remoção é de interesse do interno, quanto da administração do sistema penitenciário, o magistrado deve ater-se ao interesse público, e não ao privado, posto que se trata de decisão que vai além da esfera exclusivamente judicial. Atente-se (sem grifos na fonte):

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ART. 86 DA LEP. APENADO MEMBRO DE FACÇÃO CRIMINOSA. PEDIDO NÃO ATENDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANUTENÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ABSOLUTO DO REEDUCANDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. (...).*
>
> ***2. A transferência do apenado a unidade prisional mais próxima de sua família não se constitui em seu direito subjetivo e exorbita a esfera exclusivamente judicial. Assim, na análise da remoção o Juiz deve se orientar pelo atendimento à conveniência***

> ***do processo de execução penal, seja pela garantia da aplicação da Lei, seja pelo próprio poder de cautela de Magistrado***. *Precedentes. 3. Evidente, na hipótese, que o pedido de remoção do interno foi devidamente avaliado, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita, até porque o art. 86 da Lei de Execução Penal não tem por escopo criar um direito subjetivo absoluto ao preso. Habeas corpus não conhecido".* (STJ; HC 353.797; Proc. 2016/0099829-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; DJE 24/11/2016).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA CUMPRIR PENA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ART. 86 DA LEP. FALTA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO NA COMARCA DE DESTINO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A deprecação da pena privativa de liberdade aplicada pela justiça de um estado (art. 86 da lep) para ser executada em outra unidade federativa não constitui direito absoluto do réu, ainda que sob o fundamento de proximidade com a família.* ***Cabe ao juízo das execuções analisar a viabilidade da transferência, fundada a decisão não somente nas conveniências pessoais do apenado, mas também nas da administração pública. As circunstâncias de cada caso é que devem justificar a medida****. 2. O ato judicial atacado no habeas corpus foi exarado em consonância com o art. 86, § 3º, da LEP, porquanto as instâncias ordinárias, de forma motivada, indeferiram o pedido de deprecação da pena por falta de estabelecimento penal na Comarca de destino, razão pela qual não há falar em flagrante ilegalidade ao direito de locomoção do agravante. 3. Agravo regimental não provido.* (STJ; AgRg-RHC 58.528; Proc. 2015/0085643-9; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 22/03/2017).

Quanto ao mais, a douta Procuradoria-Geral de Justiça bem aborda a questão, sendo que os fundamentos lá postos ora são adotados como razão para decidir. Confira-se:

> *Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que permita contato com familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, sendo, assim, flexibilizada pelo direito difuso à segurança pública 2. O art. 3ª, da Lei nº. 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos federais de segurança máxima, dispõe que:*
>
> *Art. 3º. Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.*
>
> *Registre-se que o Decreto nº. 6.877/09, que regulamenta a Lei nº. 11.671/08, estabelece em seu artigo 3º que a inclusão de preso em unidade prisional federal demanda a constatação de determinadas características:*
>
> *Art. 3º - Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:*
>
> *I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;*
>
> *II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;*
>
> *III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;*
>
> *IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;*

> *V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem;*
>
> *VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.*
>
> *No caso posto, o Juízo das Execuções fundamentadamente acolheu o pedido da prisão do agravante no sistema federal, salientando que as circunstâncias que evidenciaram a necessidade de inclusão do reeducando no estabelecimento prisional federal são hígidas, (...).*

De fato, o interesse público, que se sobrepõe ao privado, autoriza o magistrado a proceder à remoção de interno de alta periculosidade, vinculado a facção criminosa, para cumprir a reprimenda em outra unidade prisional para evitar que continue exercendo liderança sobre os demais reeducandos e participando de atos ilícitos dentro e fora do estabelecimento.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de agosto de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1409380-62.2017.8.12.0000 - Agua Clara
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – SUPERLOTAÇÃO DA UNIDADE PRISIONAL – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – ALEGAÇÃO PREJUDICADA – PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE DO DELITO – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA.

Presentes os motivos autorizadores (*fumus comissi delicti* – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o *periculum libertatis* - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I , do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de *habeas corpus* que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação é pela prática de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse de arma de fogo de uso permitido (arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/2006 e art. 12 da Lei 10.826/03), onde o paciente supostamente mantinha em depósito, com a finalidade de posterior comercialização, 1,203 kg (um quilo, duzentos e três gramas) de maconha, além de 01 (um) cartucho calibre 22, intacto, munição de uso permitido, mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

A alegada superlotação do presídio em que se encontra recolhido não é motivo hábil ao relaxamento da medida extrema.

Oferecida a denúncia, descabe falar em excesso de prazo para o oferecimento da inicial acusatória, restando prejudicada a análise desta matéria, nos termos do artigo 659 do Código de Processo Penal.

Ordem denegada.

Com o parecer da PGJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar.

Campo Grande, 14 de setembro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Emerson Pereira de Carvalho em favor de Eduardo Rosa da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Água Clara/MS.

Acerca dos fatos, relata que o paciente foi preso em flagrante no dia 13 de julho de 2017 pela suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, e 35 ambos da Lei 11.343/2006 e artigo 12 da Lei 10.826/2003.

O impetrante alega não estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, excesso de prazo no oferecimento da denúncia e superlotação da cadeia pública.

Com arrimo em tais colocações, requer a concessão do *writ* em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a prisão preventiva e, por conseguinte, expedido o alvará de soltura.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 171 e as informações foram prestadas pela autoridade dita coatora f. 176-177.

A f. 180-183 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado por Emerson Pereira de Carvalho em favor de Eduardo Rosa da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Água Clara/MS.

Segundo o impetrante, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, 35, ambos da Lei 11.343/06 e art. 12 da Lei 10.826/03, e que a prisão cautelar não merece persistir pois o paciente possui condições pessoais favoráveis, os requisitos que autorizam a prisão preventiva estão ausentes, a cadeia ao qual se encontra enfrenta problemas de superlotação e excesso de prazo para oferecimento da denúncia.

Em consulta aos autos de origem (n° 0001087-38.2017.8.12.0049) verifica-se que o paciente no dia 13 de julho de 2017, por volta das 10h00min, na Rua Filinto Luís Otoni, n.º 18, bairro Centro, na cidade de Água Clara/MS, mantinha em depósito, com a finalidade de posterior comercialização, 1,203 kg (um quilo, duzentos e três gramas) de *"maconha"*. Ademais, mantinha em sua residência 01 (um) cartucho calibre 22, intacto, munição de uso permitido. Consta por fim que, no decorrer do ano de 2017, em dia exato não apurado, o paciente associou-se a Gabriel Oliveira Matos para o fim de praticarem o tráfico de drogas.

Insta consignar, por primeiro, que no caso em apreço inexistiu o excesso de prazo apontado. Denota-se do *writ*, que o paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, dos crimes de tráfico, associação para o tráfico e posse de arma de fogo de uso permitido, em data de 13.07.2017. O inquérito policial foi concluído e relatado em 14.08.2017 onde foi encaminhado ao *Parquet*, sendo a inicial acusatória ofertada em 17.08.2017.

Na hipótese, resta evidente a inocorrência de qualquer constrangimento porquanto, como visto, os prazos de lei foram amplamente respeitados. Demais disso, consoante acima registrado, a peça acusatória já foi oferecida, estando o paciente denunciado pela prática das infrações penais previstas nos artigos 33, *caput*, e 35 ambos da Lei 11.343/2006 e art. 12 da Lei 10.826/03, o que faria cessar, se existente, o aludido constrangimento ilegal. Nesse sentido:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. DENÚNCIA OFERECIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. I. Oferecida a denúncia, resta superado eventual excesso de prazo para a conclusão do inquérito. II. Quanto à ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, a matéria não foi proposta em primeiro grau e, com isso, a rejeição sucinta por parte do e. Tribunal a quo não constitui constrangimento ilegal. Recurso desprovido" (STJ RHC 6034 PR 5ª T. Rel. Min. Felix Fischer DJU 13.09.2004 p. 00263). EMENTA: Habeas corpus liberatório com pedido de liminar. Constrangimento ilegal. Excesso de prazo para o oferecimento da denúncia. Prejudicado. Prisão preventiva. Nulidade por ausência de prévia manifestação ministerial. Inexistência. Ausência dos requisitos autorizadores. Improcedência. Condições pessoais favoráveis insuficientes. 1 -Resta superada a alegação de excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, uma vez apresentada a peça acusatória. 2 - Para a concessão da liberdade ao Paciente, não é suficiente a existência de bons antecedentes, residência e domicílio fixos e certos, impõe-se cumulativamente a ausência dos motivos para a decretação da prisão preventiva. 3 Neste caso, o decreto preventivo funda-se em elementos legais e concretos que recomendam a custódia cautelar, elidindo a alegação de constrangimento ilegal. Ordem denegada, à unanimidade"* (TJPA *habeas corpus* 200930112955 Julgado em 22.02.2010). G.N.

Logo, nos termos do artigo 659 do Código de Processo Penal, resta prejudicada a alegação da ocorrência de excesso de prazo para o recebimento da exordial acusatória.

Da ausência dos requisitos da prisão preventiva.

O artigo 312 do Código de Processo Penal, exige, primeiramente, prova da materialidade e indícios de autoria (*fumus comissi delicti*), que estão devidamente demonstrados nos boletins de ocorrência, laudo de constatação preliminar, depoimentos das testemunhas de apreensão.

O segundo requisito do artigo 312 refere-se à necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução penal (*periculum libertatis*). Na decisão recorrida tal requisito vem consubstanciado nos seguintes termos:

> *(...) Passo, então, à análise quanto à conversão da prisão em flagrante em preventiva ou concessão da liberdade provisória (art. 310, incisos II e III, do Código de Processo Penal). 3. Segundo se depreende da disposição contida no artigo 312, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, por ser medida excepcional, reclama prova da existência do crime e indício suficiente da autoria, bem como a necessidade da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Por sua vez, dispõe o art. 313 que: nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado*

> *imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Pois bem. Da análise das diligências investigativas até então realizadas, chega-se à conclusão de que há indícios suficientes da prática do delito de tráfico de drogas, uma vez que o próprio autuado confessou que recebeu o entorpecente (maconha) de Jackson, preso na data de ontem, também por tráfico, entorpecente este que não se destinava ao consumo, mas sim à futura comercialização, estando guardado para tal. Confessou, outrossim, a posse da munição encontrada em sua residência, dizendo ser um presente de seu patrão. Ademais, foram encontrados com o flagrado mais R$ 2.500,00. A materialidade do crime, por sua vez, está comprovada pelo auto de prisão em flagrante, depoimento das testemunhas e pelo exame preliminar de constatação de substância entorpecente. Demonstrados os requisitos necessários à custódia cautelar, resta-nos analisar se estão presentes fundamentos que justifiquem a decretação da prisão preventiva do flagrado. A resposta é positiva. É de se considerar que a custódia cautelar mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, pois o delito em comento acarreta repercussão e consequências maléficas à sociedade, notadamente a condução de usuários ao vício e à prática de outras infrações, especialmente crimes contra o patrimônio. Conforme entendimento jurisprudencial, o tráfico de drogas é considerado crime de perigo permanente, o qual acarreta risco social efetivo à sociedade, motivo pelo qual estaria configurada a vulnerabilidade da garantia da ordem pública. No tocante às condições de admissibilidade, é cediço que o tráfico possui pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos (art. 313, I, CPP). Nem é preciso adentrar a discussão em torno da constitucionalidade ou não do art. 44, da Lei 11.343/06, haja vista que a vedação da liberdade provisória, no caso em apreço, não decorre da lei citada e sim da presença dos requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP). Por conseguinte, de rigor a conversão do flagrante em preventiva, não se mostrando adequadas as medidas cautelares diversas da prisão. 4. Ante o exposto, homologo a prisão em flagrante e a converto em preventiva, nos termos do artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal.* (Autos de nº 0000972-17.2017.8.12.0049 - f. 61/64).

Como se vê, no tocante ao *periculum libertatis*, verifica-se que a decisão foi proferida com o imprescindível denodo que a situação exige pois indica concretamente que a prisão cautelar é necessária para assegurar a ordem pública.

No que toca às condições pessoais, estas por si sós, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar. A respeito:

> *CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, aliás, sequer comprovadas no caso concreto, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF.* (STJ, 5ª Turma, HC 130982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20.10.2009, publ. no DJe em 09.11.2009).

Além disso, diante das circunstâncias retro mencionadas, inviável afigura-se a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão, relacionadas pelo artigo 319 do CPP, pois não seriam adequadas nem suficientes para acautelar a ordem pública. Neste sentido:

> *EMENTA: HABEAS CORPUS - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - RENITÊNCIA - MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - Não há que se falar em concessão de liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação provisória*

do paciente atende os requisitos da novel legislação. - Inexiste, nas hipóteses da prisão preventiva, prejuízo ao princípio da presunção de inocência, quando presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar. - Somente condições subjetivas favoráveis não permitem a revogação do decreto da prisão preventiva.

Por fim cumpre salientar que a alegada superlotação carcerária não é motivo hábil para conceder ao paciente o direito à liberdade, sobretudo por não ter restado demonstrado nos autos que o mesmo está submetido a situação de risco. Sobre o assunto, destaco o seguinte julgado:

> *EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. TESE JÁ APRECIADA. REITERAÇÃO DE PEDIDO ANTERIOR. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 53 DO TJMG. NÃO CONHECIMENTO. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E REBELIÕES NO PRESÍDIO. PACIENTE QUE NÃO SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO DE RISCO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.(...) Não há falar em liberdade provisória se o paciente não se encontra em situação de risco ou a sofrer constrangimento ilegal. (...)* (TJMG – *Habeas Corpus* Criminal1.00000.15.050507-1/000. Relator (a) Doorgal Andrada, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 05/08/2015, publicação da súmula em 11/08/2015).

Destarte, atentando para os critérios da necessidade e da adequação, nas circunstâncias do caso sob análise não vislumbro qualquer constrangimento ilegal na decisão vergastada. Nesse quadro, a confirmação da medida extrema é providência impositiva.

Por esses fundamentos, com o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 14 de setembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0002658-70.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – PROCESSO PENAL – RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVOS – DELITOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA – PEDIDO DE DESPRONÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA – NEGADO – QUALIFICADORAS MANTIDAS – EXISTÊNCIA DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA ENTRE OS CRIMES – MANTIDA A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSOS DESPROVIDOS.

A pronúncia é mero juízo de admissibilidade acusatória e não condenatório. Portanto, após a instrução criminal, se existirem elementos, mesmo que indiciários, a apontar a autoria, provada substancialmente a materialidade (existência do crime), cabe ao juiz remeter a acusação a exame pelos jurados.

Deve ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri o caso que comporte, de algum modo, conforme a valoração subjetiva das provas, elementos indicadores de autoria a par da materialidade do delito.

Para que ocorra o afastamento de qualificadoras, em sede de decisão de pronúncia, seria necessário que o contexto probatório sinalizasse de maneira clara a não configuração. No caso, existem elementos nas provas a amparar a tese acusatória em relação às referidas qualificadoras constantes do art. 121, § 2º, incisos I e IV e § 6.º do CP.

Diante das informações no sentido de ter havido prévia comunhão de esforços entre todos os réus na prática dos crimes, que culminou na denúncia pelo delito capitulado no art. 288-A do Código Penal, para que não haja risco de decisões conflitantes entre o juízo do Júri e o juízo comum, é de rigor que todas as condutas criminosas de cada um dos réus sejam apreciadas em único juízo, o do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar o provimento aos recursos interpostos por Jair, Maicon, João Carlos, Jorge e Marcos, unânime.

Negaram provimento aos apelos manejados por Ederson e Fernando, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 17 de julho de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos, Marcos Barbosa, Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro interpuserem recursos em sentido estrito irresignados com a decisão (f. 3743-3773) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Três Lagoas, nos autos n. 0002658-70.2013.8.12.0021, que pronunciou Jair, Maicon, João e Jorge pela prática dos crimes capitulados no art. 288-A e art. 121, § 2º, incisos I e IV, e § 6º, c/c art. 29, todos do Código Penal, e Ederson e Fernando pela prática do delito previsto no art. 288-A do Código Penal.

As defesas requerem, em razões recursais (f. 4045-4057, 4058-4075 e 4083-4088) sejam os réus impronunciados dos crimes a eles imputados, alegando que não há indícios suficientes de autoria.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos, Marcos Barbosa, Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro interpuserem recursos em sentido estrito irresignados com a decisão (f. 3743-3773) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Três Lagoas, nos autos n. 0002658-70.2013.8.12.0021, que pronunciou Jair, Maicon, João, Jorge e Marcos pela prática dos crimes capitulados no art. 288-A e art. 121, § 2º, incisos I e IV, e § 6º, c/c art. 29, todos do Código Penal, e Ederson e Fernando pela prática do delito previsto no art. 288-A do Código Penal.

Infere-se da denúncia:

> *1º) FATO*
>
> *Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, nos meses de março e abril de 2013, em residência e chácara situados na cidade de Três Lagoas/MS, os denunciados Cleverson, João Carlos, Jair, Jorge, Maicon, Marcos, Fabrício, Thiago, Luis Felipe, Ivan, Fernando, Elvis, Fernando, Ederson, Jhonatan, Douglas, Michel, Francolino e Cláudio constituíram, organizaram e integraram grupo armado com a finalidade de cometer crimes contra policiais.*
>
> *Segundo apurado, todos os denunciados, integrantes e simpatizantes da facção criminosa intitulada 'Primeiro Comando da Capital – PCC', organizaram e participaram de reuniões ocorridas na casa e chácara do denunciado Cleverson, para formação de subgrupos no propósito de dar cumprimento ao 'SALVE', ordem de matança de policiais oriunda do comando do 'PCC'.*
>
> *Restou elucidado que os denunciados, atendendo a ordem superior do 'PCC', transmitida pelo denunciado Marcos, que se encontrava recolhido no Presídio de Segurança Máxima da Capital, constituíram, formaram e integraram grupos armados de extermínio com a finalidade de assassinar policiais nesta cidade e comarca.*
>
> *2º) FATO*
>
> *Infere-se do caderno policial que, em 06/03/2013, por volta das 23h50min, na Rua Seis, n.º 1135, Parque Residencial Osmar F. Dutra, em Três Lagoas/MS, os denunciados Cleverson, João, Jair, Jorge, Maicon e Marcos, agindo em unidade de desígnios e comunhão de esforços, mediante emboscada e motivo torpe, mataram a vítima Otacílio Pereira de Oliveira, policial militar da reserva, neste produzindo os ferimentos descritos no laudo necroscópico de fls. 297/300, que foram causa efetiva de sua morte.*

De acordo com o apurado, os denunciados cometeram o crime de homicídio impelidos por motivo torpe, eis que ceifaram a vida da vítima porque se tratava de um policial militar, como clara forma de demonstração de força e poder da organização autodenominada 'Primeiro Comando da Capital' ou 'PCC', em detrimento dos órgãos oficiais de segurança pública, espalhando terror entre a população deste Estado.

Segundo ainda se depreende da peça investigativa, o delito foi praticado por grupo de extermínio, composto pelos denunciados Cleverson, João Carlos, Jair, Jorge, e Maicon, que ficou responsável pela execução de agentes policiais nesta cidade, atendendo ao comando emanando do denunciado Marcos, ocupante de posição de relevo na hierarquia de comando da facção do 'PCC' que, na oportunidade, estava recolhido no Presídio de Segurança Máxima de Campo Grande.

Consta que ao denunciado Maicon coube arranjar o veículo cooptado na ação criminosa: marca/modelo GM/Astra, cor prata, placas CTS 7070-Jales/SP; aos denunciados Jair e Jorge, as armas: 01 (um) revólver 38, 02 (duas) pistolas 380 mm e 01 (uma) pistola 9mm; e ao denunciado Cleverson indicar a vítima: Otacílio, que já havia sido casado com sua tia e, à época, aposentado dos quadros da Polícia Militar, trabalhava como mototaxista nesta cidade.

Apurou-se também que o crime foi praticado de emboscada, uma vez que, conhecendo previamente a rotina da vítima, os denunciados Cleverson, Jair, Jorge, João Carlos e Maicon ficaram escondidos a sua espreita nas proximidades, aguardando sua chegada na residência, ou seja, fazendo uso de expediente que dificultou sua defesa.

Ao aportar de moto em frente da casa, a vítima foi surpreendida e alvejada pelos denunciados Cleverson, Jair, Jorge e João Carlos, que portavam amas de fogo, os três primeiros ainda vestiam coletes balísticos. Enquanto recebia os disparos, o ofendido abriu o portão e correu para os fundos do imóvel, tendo seguido em seu encalço o denunciado Jair.

Ao contínuo, após esgotarem suas munições, os denunciados Cleverson, Jair, Jorge e João Carlos saíram do local com o veículo conduzido pelo denunciado Maicon, que nele os aguardava para facilitação da fuga, ocasião em que rumaram para um sítio neste cidade alugado pelo denunciado Cleverson.

Passados alguns instantes, os denunciados, alertados por Bruniele Taila alves da Silva, companheira do denunciado Cleverson, de que a polícia para lá se dirigia, evadiram-se do sítio em desabalada carreira, deixando para trás o automóvel GM/Astra, além de 01 (um) carregador de pistola 380, 01 (um) revólver calibre 38 e 03 (três) coletes balísticos, além de outros instrumentos possivelmente empregados na prática delitiva.

A materialidade vem estampada no laudo de exame necroscópico de fls 297/300 e pelo laudo de exame do local do crime fls 328/342. A autoria, a seu turno, evidencia-se pelas confissões e delações oriundas dos interrogatórios dos denunciados, pelos autos de reconhecimento acostados aos autos e pelos depoimentos das testemunhas até o momento ouvidas.

Ante o exposto, o Ministério Público denuncia:

Pelo 1º) Fato: Cleverson, João Carlos, Jair, Jorge, Maicon, Marcos, Fabrício, Thiago, Luis Felipe, Ivan, Fernando, Elvis, Fernando, Ederson, Jhonatan, Douglas, Michel, Francolino e Cláudio, como incursos nas sanções do artigo 288-A do Código Penal.

Pelo 2º) Fato: Cleverson, João Carlos, Jair, Jorge, Maicon e Marcos como incursos nas sanções do artigo 121, § 2º, incs. I (motivo torpe) e IV (emboscada), e § 6º (grupo de extermínio), c/c artigo 29 do Código Penal.

A primeira fase *judicium accusationis* encerrou-se com a pronúncia dos acusados pela suposta prática dos crimes imputados, a fim de que sejam julgados pelo Tribunal do Júri.

Somente os réus Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos, Marcos Barbosa, Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro recorreram pedindo a despronúncia sob alegação de que inexistem indícios de autoria.

Pois bem, a pronúncia, como decisão provisória nos casos de crimes dolosos contra a vida de competência do Tribunal do Júri, assume a essencial função de delinear os limites da acusação e se esta será deduzida em Plenário, cabendo-lhe, nos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, limitar-se *"à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena"*.

Sujeita-se, portanto, ao juízo de probabilidade, calcado na prova da materialidade e indícios verossimilhantes de que o acusado tenha atentado ou contribuído para atentar, em tese, dolosamente contra a vida de outra pessoa.

Veda-se ao magistrado, nessa fase de prelibação, a emissão de juízos de certeza ou de pleno convencimento acerca da controvérsia instalada, sob pena de, com isso, incorrer na usurpação da competência constitucional do Conselho de Sentença (cf. AgRg no REsp 842.090/RS, Rel. Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, Sexta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008; HC nº 53.888/PR, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU 21/5/2007; AgRg no Ag 907826/SC, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 11.02.2008).

Partindo de tais pressupostos, entende-se que as qualificadoras podem ser afastadas somente quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença (cf. STF: HC 111463, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012; STJ: HC 198.945/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/10/2011; HC 219.350/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 23/05/2012, dentre outros).

Observadas tais premissas, é impositiva a despronúncia dos réus Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro, por razões distintas daquelas sustentadas pela defesa em suas razões recursais.

O motivo não apresenta maior complexidade. Com efeito, observa-se que os referidos foram réus foram denunciados tão somente pela suposta prática do crime previsto no artigo 288-A do Código Penal (constituição de milícia privada). A denúncia não lhes atribuiu coatoria ou participação no homicídio qualificado descrito na inicial acusatória.

Referido tipo penal não constitui crime doloso contra a vida. Por isso, em decorrência do disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal de 1988, o respectivo o julgamento não compete ao Tribunal do Júri.

Imperiosa, portanto, a despronuncia dos indigitados recorrentes, com o consequente desmembramento do feito e remessa ao juízo singular competente, para o regular processamento da imputação.

Aliás, igual equívoco ocorreu com os corréus Thiago Cintas Bertalia, Ivan Verdugo Maciel, Michel Cazeto Ortiz, Jhonatan dos Santos Avelino, Douglas dos Santos Almeida, Luis Felipe Miranda Rios Saito, Fabrício da Silva Almerindo dos Santos, Francolino Teixeira da Silva e Fernando Anselmo dos Santos, os quais foram denunciados e pronunciados apenas por suposta infração ao art. 288-A do Código Penal. Em decorrência, embora tais réus não tenham recorrido, devem ser beneficiados com a extensão dos efeitos desta decisão, segundo autoriza o 580 do CPP.

Logo, os réus acima aludidos devem ser despronunciados.

Em decorrência, a pronúncia se limitará aos réus denunciados pela prática, em tese, do homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, incisos I e IV, e § 6º) em concurso com a constituição de milícia privada (CP, art. 288-A), delitos esses que, em razão da conexão, são julgados perante o Tribunal do Júri.

Passo, portanto, ao exame dos argumentos defensivos apresentados pelos réus Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos e Marcos Barbosa, os quais pedem a despronúncia alegando a inexistência de indícios suficientes de autoria.

Razão não lhes assiste.

No presente caso, conforme se infere da decisão hostilizada, a materialidade do teórico homicídio foi demonstrada essencialmente via exame de corpo de delito da vítima (f. 319/324), laudo de exame em local de homicídio (f. 352/366) e laudo de exame em armas de fogo, estojos de cartuchos de munição de arma de fogo, em projéteis de armas de fogo e em núcleos de projéteis em armas de fogo (f. 1148/1172), todos indicando que Otacílio foi alvejado com vários disparos de arma de fogo que causaram os ferimentos que o levaram a óbito (choque hemorrágico por agente perfurocontundente).

De outro lado, infere-se do *decisum* atacado que o julgador corretamente apontou a existência de lastro indiciário a apontar a autoria delitiva aos referidos recorrentes, conforme se infere a seguir:

> *3.1) Do acusado João Carlos Olegário da Silva*
>
> *Com relação a este acusado, há ao menos indícios de que ele cometeu um crime doloso contra a vida. Inicialmente, é importante destacar as circunstâncias de sua prisão, que ocorreu em Presidente Prudente/SP e só foi concretizada porque a Polícia Civil de São Paulo recebeu a informação das forças policiais deste Estado de que o mesmo era suspeito de ter participado do homicídio de um policial militar. Á época o réu foi conduzido a uma Delegacia de Polícia momento no qual confessou com detalhes a prática criminosa:*
>
> *[...] QUANDO O POLICIAL CHEGOU EM SUA CASA, COM UM MOTO, O DECLARANTE, PEDRO, EZEQUIEL E ELIAS ENTRARAM E COMEÇARAM A ATIRAR EM DIREÇÃO À VÍTIMA. TODOS ESTAVAM ARMADOS. O DECLARANTE ESTAVA COM UM REVÓLVER CALIBRE 38. ASSIM QUE DISPARARAM VÁRIOS TIROS, POIS TODOS ELE ATIRAVAM, CADA UM PEGOU UM CAMINHO, SENDO QUE O DECLARANTE NÃO MAIS VIU NEM PEDRO, NEM EZEQUIEL E NEM ELIAS. NAQUELE DIA O DECLARANTE FICOU EM UMA CONSTRUÇÃO ABANDONADA E NO DIA SEGUINTE FOI PARA SUA CASA ONDE INFORMOU À SUA MÃE QUE TERIA IDO EM UM RANCHO COM UM PESSOAL NO DIA ANTERIOR. [...] (Depoimento à fl. 31).*
>
> *Durante as investigações policiais, foram feitos novos interrogatórios, dessa vez nas dependências da Polícia Civil deste Estado, e tudo foi confirmado novamente pelo réu.*
>
> *Em seu interrogatório judicial, João Carlos segue a mesma linha de defesa de outros acusados neste processo: nega a participação em qualquer dos crimes apurados e*

diz que sua confissão na fase policial não foi espontânea, mas feita depois de vários dias de tortura (prova às fls. 3429/3434).

Conforme mencionado, o réu nega veementemente a autoria de qualquer dos crimes, dizendo que sequer conhece qualquer dos acusados neste processo, entretanto, vê-se que tais informações estão totalmente diferentes daquelas prestadas pelo acusado Cleverson, autor dos disparos que atingiram a vítima, que diz em seu interrogatório que João Carlos estava com ele no dia do crime e inclusive foi com Cleverson até a casa da vítima e presenciou os disparos de arma de fogo (prova às fls. 3172/3184).

Além disso, observa-se que tal tese sustentada em seu interrogatório judicial não se mostrou isolada e fortemente comprovada nos autos, havendo provas que sustem dinâmica diferente aos fatos, principalmente quando se analisa o relatório de informação produzida pelo GAECO sobre interceptações telefônicas que começaram a ser feitas 02 (dois) dias após a morte de Otacílio (prova às fls. 2774/2827).

No referido relatório João Carlos é identificado pelo apelido e pelo número de telefone celular usado por ele para se comunicar tanto com a família quando com membros da organização criminosa. Foram nestas interceptações, que registrou-se uma conversa entre o acusado e sua exconvivente, Sra. Poliana, que o alerta sobre uma equipe da Policia Militar que apareceu na casa à sua procura e, também, informações de uma conversa de Poliana com outro membro do PCC em que a mesma confirma que João Carlos se escondeu em sua casa no dia da morte de Otacílio.

Neste raciocínio, as informações apresentadas pelo acusado estão totalmente fora do contexto construído pelas provas do autos, sendo muito mais lógicas as informações colhidas em seus interrogatórios na fase policial:

"[...] QUE, o interrogando informa que ficaram por aproximadamente 30 minutos no tereno, sendo que visualizou uma motocicleta parando em frente ao portão, e nesse momento CABELO disse "É ELE", oportunidade em que CABELO saiu do meio do mato correndo e dizendo "PERAÍ PERAI"; QUE, o interrogando saiu do mato também atirando, e acha que seus tiros nem o acertaram, porem atirou todos os disparos do revólver; QUE, CABELO e R1 atiraram até suas arma pararem abertas, e PERTURBADO ainda correu atrás da vítima dentro da casa, e voltou com a arma também aberta; QUE, o interrogando ouviu quando a vítima reconheceu CABELO, sendo que disse "CABELO CABELO", certamente tentando que CABELO parasse de atirar [...]" (Interrogatório do acusado João Carlos Olegário da Silva, fl. 196).

Diante disso, apesar da negativa da autoria feita por João Carlos em seu interrogatório judicial, vê-se que subsistem indícios de autoria delitiva, suficientes para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

3.2) Do acusado Maicon Gomes de Souza

Com relação a este acusado, subsistem indícios de sua atuação neste crime de homicídio, principalmente pelas provas de sua participação nas reuniões que discutiam a morte de policiais em Três Lagoas/MS (conforme explanado no tópico do crime de formação de milícia privada) e de que foi ele quem providenciou e dirigiu o carro que levou os acusados para a casa da vítima (local do crime) e depois deu-lhes fugas.

Aliás, tais informações são retiradas das investigações policiais, que fizeram organogramas para entender a organização do PCC em Três Lagoas/MS, e dos depoimentos dos outros acusados neste processo, que por indagação das pessoas que participaram das investigações indicaram que Maicon providenciou e dirigiu o carro usado pelos demais réus para a prática do crime.

Em seu interrogatório judicial, o acusado negou categoricamente todas as acusações feitas contra ele, declarando não ter participado de qualquer milícia privada, nunca ter pertencido aos quadros do Primeiro Comando da Capital e que não conhece qualquer dos outros acusados (prova às fls. 3443/3448).

No entanto, observa-se que tal tese não se mostrou isolada e fortemente comprovada nos autos, havendo provas que sustentem dinâmica diferente aos fatos, principalmente quando se analisa o relatório de informação produzida pelo GAECO sobre interceptações telefônicas que começaram a ser feitas 02 (dois) dias após a morte de Otacílio (prova às fls. 2774/2827).

No referido relatório Maicon foi identificado, inclusive pelo apelido, em registros mantidos pelo próprio PCC como membro da respectiva facção, inclusive com funções tidas como administrativas, sendo ele responsável pela "geral da capital".

Neste raciocínio, as informações apresentadas pelo acusado estão totalmente fora do contexto construído pelas provas do autos, sendo muito mais lógicas as informações colhidas em seu interrogatório na fase policial, porque lastreadas em outros indícios de provas colhidas nos autos:

"[...] QUE, quanto aos fatos reportados no BO 987/2013 DEPAC TRÊS LAGOAS, confirmar ser autor direto do crime de homicídio, igualmente confirma ter sido o motorista do veículo GM ASTRA utilizado no homicídio retro; QUE, o interrogando confirma ser membro da facção criminosa PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, sendo que está na facção há oito meses, sendo que contribui mensalmente com R$ 400,00 que eram repassados para o membro de alcunha BODÃO; QUE, o interrogando informa que reside em TRÊS LAGOAS, bem como ingressou na facção no ano de 2012; QUE, o interrogando informa que nuca esteve preso;

[...] QUE, o interrogando informa que na data de 05 de março de 2013, pegou o veiculo por volta das 19 horas, sendo que pegou o veículo direto com "LEO" e se dirigiu até a casa de CABELO, onde encontrou os outros membros do "TIME"; QUE, somente saiu o interrogando e CABELO e passaram em frente a casa do POLICIAL que seria assassinado [...]" (Interrogatório do acusado Maicon Gomes de Souza, fls. 298/299).

Diante disso, apesar da negativa da autoria feita por Maicon em seu interrogatório judicial, vê-se que subsistem indícios de autoria delitiva, suficientes para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

3.3) Do acusado Jorge Aparecido dos Santos

Com relação a este acusado, subsistem indícios de sua cooperação neste crime de homicídio, principalmente pelas provas de sua participação nas reuniões que discutiam a morte de policiais em Três Lagoas/MS (conforme explanado no tópico do crime de formação de milícia privada) e de que foi ele quem providenciou algumas das armas utilizadas para o crime e foi apontado como o autor de vários disparos por outros acusados.

Aliás, tais informações são retiradas das investigações policiais, que fizeram organogramas para entender a organização do PCC em Três Lagoas/MS, e dos depoimentos dos outros acusados neste processo, que por indagação das pessoas que participaram das investigações indicaram Jorge ajudou a providenciar algumas armas usados para a prática do crime.

Em seu interrogatório judicial, o acusado negou todas as acusações, dizendo nunca ter feito parte do Primeiro Comando da Capital, não ter participado de qualquer milícia

privada cuja finalidade fosse matar policiais ou ter qualquer envolvimento com a morte de Otacílio, muito menos ter fornecido a arma para a execução do crime de homicídio aqui apurado (prova às fls. 3464/3470).

No entanto, observa-se que tal tese não se mostrou isolada e fortemente comprovada nos autos, havendo provas que sustem dinâmica diferente aos fatos, principalmente quando se analisa o relatório de informação produzida pelo GAECO sobre interceptações telefonicas que começaram a ser feitas 02 (dois) dias após a morte de Otacílio (prova às fls. 2774/2827).

No referido relatório Jorge foi identificado, inclusive pelo apelido, em registros mantidos pelo próprio PCC e, além disso, registrou-se informação que consta no BO 1077/2013 em que o acusado teve seu nome mencionado por Luis Felipe Mirando Rios Saito (também réu neste processo) sobre a participação e reuniões que definiriam ataques contra agentes de segurança pública.

Diante disso, apesar da negativa da autoria feita por Jorge em seu interrogatório judicial, vê-se que subsistem indícios de autoria delitiva, suficientes para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

3.4) Do acusado Marcos Barbosa

Com relação a este acusado, subsistem indícios de sua atuação neste crime de homicídio, principalmente pelas provas de sua participação nas reuniões que discutiam a morte de policiais em Três Lagoas/MS (conforme explanado no tópico do crime de formação de milícia privada), de que ocupa posição importante na cadeia de comando do PCC e de que estava na casa da vítima no dia do crime e também disparou contra ela, conforme indicação de outros acusados.

Aliás, tais informações são retiradas das investigações policiais, que fizeram organogramas para entender a organização do PCC em Três Lagoas/MS, e dos depoimentos dos outros acusados neste processo, que por indagação das pessoas que participaram das investigações indicaram Marcos como um dos acusados que estava na casa da vítima no momento do homicídio e efetuou disparos contra ela.

O acusado negou a autoria de todos os crimes imputados na denúncia em seu interrogatório judicial, inclusive dizendo que não conhece qualquer das pessoas a que também são imputados os crimes da exordial acusatória (prova às fls. 3162/3171). No entanto, conforme se viu no raciocínio exposto nesta pronúncia, tal alegação não restou clara nos autos, havendo indícios suficientes de autoria para submete-lo a julgamento pelo E. Tribunal do Júri.

(...)

3.6) Do acusado Jair da Costa Silva

Com relação a este acusado, há ao menos indícios de que ele cometeu um crime doloso contra a vida, principalmente pelas provas de que algumas armas utilizadas para a prática do homicídio foram fornecidas por Jair.

Aliás, tais informações são retiradas das investigações policiais, que fizeram organogramas para entender a organização do PCC em Três Lagoas/MS, e dos depoimentos dos outros acusados neste processo, que por indagação das pessoas que participaram das investigações indicaram Jair como uma das pessoas que ajudaram a providenciar as armas usadas para o homicídio, que estava na casa da vítima no momento do homicídio e efetuou disparos contra ela.

> *Em seu interrogatório judicial, o réu nega o envolvimento em qualquer crime capitulado na denúncia neste processo, seja o do homicídio seja o de formação de milícia privada, inclusive dizendo que não conhecia, à época dos fatos, qualquer dos acusados e que foi constantemente torturado na sede do GARRAS para confessar os crimes que lhe são imputados (prova às fls. 3421/3428).*
>
> *No entanto, observa-se que tal tese não se mostrou isolada e fortemente comprovada nos autos, havendo provas que sustem dinâmica diferente aos fatos, principalmente quando se analisa o relatório de informação produzida pelo GAECO sobre interceptações telefonicas que começaram a ser feitas 02 (dois) dias após a morte de Otacílio (prova às fls. 2774/2827).*
>
> *No referido relatório o apelido de Jair ("Pertubado") é encontrado em cadernos de anotações de membros do Primeiro Comando da Capital e, além disso, no conteúdo das ligações interceptadas o acusado conversa com outros membros do PCC sobre a ação intensa das forças policiais no interior deste Estado (certamente devido as investigações da morte de Otacílio) e ainda registra reclamações sobre a "falta de sintonia" entre a "geral do interior" e a "geral do estado".*
>
> *Diante disso, apesar da negativa da autoria feita por Jair em seu interrogatório judicial, vê-se que subsistem indícios de autoria delitiva, suficientes para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.*

Como visto, a despeito dos argumentos defensivos, há elementos indiciários apontando a autoria delitiva aos referidos recorrentes, que foram detalhadamente indicados na decisão acima reproduzida, constantes em confissões e delações extrajudiciais, relatórios de investigação, conteúdos de interceptação telefônicas e depoimentos dos policiais.

De sua parte, as qualificadoras não são manifestamente improcedentes, considerando-se, nesse passo, que o aparentemente crime foi praticado por motivo torpe, uma vez que a vítima foi escolhida, em tese, por ser policial militar aposentado, se encaixando no perfil buscado pelos componentes da milícia privada formada por membros do Primeiro Comando da Capital. Ademais, o fato tido como criminoso foi hipoteticamente praticado mediante emboscada, por existirem elementos denotando que o grupo de dirigiu a residência da vítima e ficaram esperando escondidos a mesma chegar do trabalho, quando então disparam contra ela. Além disso, há indícios de que o homicídio foi praticado por grupo de extermínio montado para matar policiais militares.

Cumpre mencionar que, no tocante ao crime do art. 288-A do Código Penal, os elementos acima aludidos também indicam que os réus em questão formaram milícia privada para cumprir ordem vinda do Primeiro Comando da Capital para executar policiais em Três Lagoas/MS, sendo o crime de homicídio qualificado aqui apurado consequência desse fato.

A defesa de Jair e Maicon aduz que as confissões e delações foram obtidas mediante coação e tortura. Porém, a matéria é controvertida, pois, conforme observado pelo julgador de primeira instância, tal alegação arrima-se isoladamente nos interrogatórios judiciais dos acusados, *"não havendo qualquer outra prova que indique sua ocorrência, seja laudos de exame de corpo de delito indicando violações a integridade física dos acusados ou qualquer outra testemunha que tenha presenciado qualquer ato violento contra eles"*. Desse modo, cabe ao Tribunal do Júri dirimir a questão.

Por conseguinte, é inviável a despronúncia dos recorrentes Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos e Marcos Barbosa, ou afastamento das qualificadoras, por não serem manifestamente improcedentes, incumbindo ao Conselho de Sentença valorar com maior profundidade as provas orais colhidas, confrontando-as com os demais elementos acostados e com as teses apresentadas pela defesa.

Ante o exposto, com relação aos recursos interpostos por Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos e Marcos Barbosa, encaminho voto no sentido de negar provimento.

Relativamente aos recursos de Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro, encaminho voto no sentido de dar provimento a fim de despronunciá-los pela suposta prática do delito previsto no art. 288-A do Código Penal, determinando o desmembramento do feito e remessa ao juízo singular competente, para o regular processamento da referida imputação. Nos termos do artigo 580 do CPP, estendo os efeitos dessa decisão aos corréus Thiago Cintas Bertalia, Ivan Verdugo Maciel, Michel Cazeto Ortiz, Jhonatan dos Santos Avelino, Douglas dos Santos Almeida, Luis Felipe Miranda Rios Saito, Fabrício da Silva Almerindo dos Santos, Francolino Teixeira da Silva e Fernando Anselmo dos Santos, os quais foram denunciados e pronunciados tão somente por suposta infração ao art. 288-A do Código Penal.

Decisão em parte com o parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Tratam-se de recursos em sentido estrito interpostos por Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos, Marcos Barbosa, Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro, qualificados nos autos, interpuserem recursos em sentido estrito irresignados com a decisão (f. 3743-3773) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Três Lagoas, nos autos n. 0002658-70.2013.8.12.0021, que pronunciou Jair, Maicon, João, Jorge e Marcos pela prática dos crimes capitulados no art. 288-A e art. 121, § 2º, incisos I e IV, e § 6º, c/c art. 29, todos do Código Penal, e Ederson e Fernando pela prática do delito previsto no art. 288-A do Código Penal.

O Relator encaminhou voto no sentido de negar provimento aos recursos interpostos por Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos e Marcos Barbosa; e dar provimento ao recurso de Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro, a fim de despronunciá-los pela acusação da prática do delito previsto no art. 288-A do Código Penal, determinando o desmembramento do feito e remessa ao juízo singular competente, para o regular processamento da referida imputação. Nos termos do artigo 580 do CPP, estendeu os efeitos aos corréus Thiago Cintas Bertalia, Ivan Verdugo Maciel, Michel Cazeto Ortiz, Jhonatan dos Santos Avelino, Douglas dos Santos Almeida, Luis Felipe Miranda Rios Saito, Fabrício da Silva Almerindo dos Santos, Francolino Teixeira da Silva e Fernando Anselmo dos Santos, os quais foram denunciados e pronunciados tão somente pela acusação da prática da infração ao art. 288-A do Código Penal.

Acompanho o Relator para negar provimento aos recursos interpostos por Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos e Marcos Barbosa.

Com relação aos recursos de Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro, peço vênia para divergir e negar provimento.

É cediço que as regras de Conexão e Continência, *"Previstas nos arts. 76 e 77 do CPP, não são bem critérios de fixação de competência, mas sim de modificação desta, atraindo para um determinado juízo crimes e/ou infratores que poderiam ser julgados separadamente"*[1]. E prossegue: *"Resumidamente, a conexão e a continência estabelecem, em verdade, vínculos de atração, que permitem uma reunião processual de elementos que seriam passíveis de processos distintos, perante órgãos jurisdicionais diversos."* (*ob.cit*. p. 368).

Nessa linha, se outro crime for conexo com um crime doloso contra a vida, ambos serão apreciados pelo Tribunal do Júri, pois este é o prevalente, visto que o juízo natural para os crimes dolosos contra a vida tem previsão constitucional (art. 5.º, XXXVIII, CF).

1 TÁVORA. Nestor e ALENCAR. Rosnar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**. 9.ª Ed - p. 368.

No presente caso, no tocante ao crime do art. 288-A do Código Penal, os elementos de informação indicam que os réus em questão formaram milícia privada para cumprir ordem vinda do Primeiro Comando da Capital para executar policiais na cidade de Três Lagoas/MS, sendo que o crime de homicídio qualificado apurado foi consequência desse fato.

Isto significa que, considerando a presença de elementos de provas indicadores de que os réus formaram e integraram grupos armados de extermínio com a finalidade de assassinar policiais e que dessa associação, agindo em unidade de desígnios e comunhão de esforços, mediante emboscada e motivo torpe, mataram a vítima Otacílio Pereira de Oliveira, policial militar da reserva, as infrações capituladas nos 288-A e art. 121, § 2º, incisos I e IV e § 6.º, todos do CP, estão interligados pelo vínculo da conexão, precisamente pela modalidade denominada como *"objetiva, material, teleológica ou finalista"* (art. 76, II, CPP).

Sobre o assunto, preceitua Nestor Távora e Rosnar Rodrigues Alencar:

> *Conexão objetiva, material, teleológica ou finalista (art. 76, II, CPP): ocorre quando uma infração é praticada para facilitar ou ocultar outra, ou para conseguir impunidade ou vantagem. Ex: comparsa que mata o outro para ficar com todo o produto do crime; homicída que além da vítima, mata a única testemunha para ficar impune.* (Curso de Direito Processual Penal. 9.ª Ed - p. 369)

Aliás, o art. 76, II do CP.

Os indícios relatam que os réus se organizaram antecipadamente para desenvolver crimes em conluio, em tempos e lugares diferentes. E neste caso as infrações são ligadas por objetividade, na medida em que os autores, previamente organizados e se ajudando mutuamente, teriam cometido o homicídio.

Conforme bem salientado pelo Relator, nem todos os réus foram denunciados pelos crimes dos arts. 288--A e 121, § 2º, incisos I e IV e § 6.º, todos do Código Penal, em concurso material, posto que alguns dos recorrentes foram denunciados somente pela infração ao art. 288-A do Código Penal. Todavia, verifica-se que entre os réus, no que pertine ao crime de constituição de milícia privada, está presente o elemento da continência, na modalidade subjetiva, com fulcro no art. 77, I, do CPP.

Acerca do tema, trago a baila preciso esclarecimento Nestor Távora e Rosnar Rodrigues Alencar:

> *Continência por cumulação subjetiva (art. 77, I, CPP): Ocorre quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática da mesma infração. Como todos aqueles que concorrem para o crime devem ser por ele responsabilizados, nada mais razoável que sejam julgados em processo único. Ex: coautoria em homicídio. os agentes deverão ser processados conjuntamente, em face da continência.*

No presente caso, diante das informações no sentido de ter havido prévia comunhão de esforços entre todos os réus na prática dos crimes, que culminou na denúncia pelo delito capitulado no art. 288-A do Código Penal, para que não haja risco de decisões conflitantes entre o Juízo do Júri e o juízo comum, é de rigor que todas as condutas criminosas de cada um dos réus sejam apreciadas em único juízo, o do Júri.

Dessa forma, apesar de os réus Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro não terem sido denunciados por crimes dolosos contra a vida, posto que foram denunciados e pronunciados apenas pela acusação da infração ao art. 288-A do Código Penal, teriam se unido com os demais réus para a prática do crime de constituição de milícia privada, razão pela deverão ser julgados pelo Tribunal do Júri, juntamente com os demais réus denunciados pelos crimes de homicídio qualificado e crime de constituição de milícia privada em concurso material, posto que todos forem acusados da mesma infração penal, art. 288-A, consoante se extrai da denúncia:

> *(...) todos os denunciados, integrantes e simpatizantes da facção criminosa intitulada 'Primeiro Comando da Capital – PCC', organizaram e participaram de reuniões ocorridas na casa e chácara do denunciado Cleverson, para formação de subgrupos no propósito de dar cumprimento ao 'SALVE', ordem de matança de policiais oriunda do comando do 'PCC'.* (fragmento extraído da denúncia).

Dessa forma, com o parecer, acompanho o Relator para negar provimento aos recursos interpostos por Jair Costa da Silva, Maicon Gomes de Souza, João Carlos Olegário da Silva, Jorge Aparecido dos Santos e Marcos Barbosa; e com relação aos recursos de Ederson Santos de Oliveira e Fernando Rodrigues Monteiro, divirjo do Relator para negar provimento aos recursos destes.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos interpostos por Jair, Maicon, João Carlos, Jorge e Marcos, unânime.

Negaram provimento aos apelos manejados por Ederson e Fernando, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 17 de julho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0000276-12.2014.8.12.0105 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – DESACATO – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – AFASTADO – TIPICIDADE DO DELITO DE DESACATO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

O Controle de Convencionalidade do crime de desacato realizado pela 5.ª Turma do STJ é, além de desprovido de força vinculante ou de reconhecimento de repercussão geral, inadequado considerando a natureza da referida norma penal, que trata essencialmente da violação de bem jurídico fundamental essencial à manutenção da ordem democrática de direito. Por isso, típica a conduta do desacato.

A denúncia descreve com clareza os fatos e circunstâncias, os quais, são típicos, configuradores, em tese, do crime imputado ao denunciado. A acusação está lastreada em um mínimo de prova.

Por isso, a rejeição da denúncia, nessa fase processual, é temerária diante dos indícios da autoria e da materialidade do delito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 24 de julho de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito contra decisão que rejeitou a denúncia formulada contra o réu João Aparecido Monteiro pela prática do delito de desacato por falta de justa causa.

Pugna pela reforma do *decisum* para que a denúncia seja recebida e o acusado processado como incurso nas penas do art. 331, do CP.

Contrarrazões (p. 145-151).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento (p. 159-163).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão que rejeitou a denúncia formulada contra o réu João Aparecido Monteiro pela prática do delito de desacato por falta de justa causa.

Pugna pela reforma do *decisum* para que a denúncia seja recebida e o acusado processado como incurso nas penas do art. 331, do CP.

Contrarrazões (p. 145-151).

A Procuradoria de Justiça arguiu preliminar de nulidade em virtude da incompetência do Juízo da 6ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande (p. 159-163).

O recurso é improcedente.

A preliminar fica prejudicada em razão dos fundamentos que seguem:

Em recente decisão[1], a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1640084/SP, descriminalizou a conduta prevista como crime de desacato (art. 331 do Código Penal), considerando a tipificação incompatível com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Na oportunidade, o Ministro Ribeiro Dantas, relator do Recurso naquela Corte, argumentou que funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade do que os próprios particulares.

Assim, as *"leis de desacato"*, existentes em países como o Brasil, ao prever uma *"proteção"* aos agentes do Estado (não raramente utilizada como instrumento de abuso de autoridade), atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, além de irem na contramão do humanismo, porque ressaltam a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo.

Destacou também que a normativa, além de anacrônica, *"traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos"*.

Ressalvou, entretanto, que *"o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público"*.

Por oportuno, seguem os lúcidos ensinamentos constantes do voto de lavra do aludido Ministro, que utilizo como razões de decidir:

> *(...) Sobre os argumentos defensivos atinentes à incompatibilidade do crime de desacato com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica), que protege a liberdade de expressão e pensamento, a Corte paulista assim se manifestou: a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia*

1 Segundo noticiado no portal do Superior Tribunal de Justiça, em 15.12.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade>. Acesso em: 16.01.2017.

da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigidas a servidores públicos; e c) a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção.

Mas não é bem assim, ***maxima venia****.*

O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de 'medidas legislativas ***ou de outra natureza****', visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais:*

'Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, ***as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.****' (...)*

Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. ***permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista****;*

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;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.' (Grifou-se.)

Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que ***os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal****, 'o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.'*

Eis as ementas dos aludidos RE 466.343 e REsp 914.253/SP:

(...) omissis (...)

Os acórdãos acima mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, 'no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade' (REsp 914.253/SP).

*Trata-se do **controle de convencionalidade**, cuja finalidade é compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos, nos termos da doutrina pioneira, no Brasil, de VALÉRIO MAZZUOLI (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Explica o autor:*

'Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil' (MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.)

Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos (texto disponível no sítio eletrônico: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Salienta MARINONI que, 'no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem status normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício' (In Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/Calogero Pizzolo...[et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. - 1. Ed. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013, p. 66).

Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvencionalidade da prisão civil do depositário infiel.

*A propósito, o art. 105, III, 'a', da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para 'julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar **tratado** ou lei federal, ou negar-lhes vigência' (grifou-se.)*

Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da

competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

Em face de tais considerações, passo ao exame dos dispositivos em confronto, cujo teor é o seguinte:

Convenção Americana de Direitos Humanos

'Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.'

Código Penal

'Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.'

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de 'asqueroso' o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça

da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

No caso Palamara Iribarne v. Chile (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212).

A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: '11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.'

A aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão teve a seguinte justificativa:

'50. Como foi salientado anteriormente, o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana:

A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa ***distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo****. Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública.*

Juntamente com as restrições diretas, ***as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público****. A esse respeito, a Corte Europeia afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e revogação de um artigo publicado não impedirem que o peticionário se expresse, elas 'equivalem, não obstante, a uma censura, que podem dissuadi-lo de formular críticas desse tipo no futuro'. O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor.*

A crítica política com frequência inclui juízos de valor. Quando são aplicadas, as leis de desacato tem um efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre as políticas públicas, que o Artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. Ademais, a Comissão observa que, ao contrário da estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas devem estar mais - e não menos - expostas ao escrutínio e à crítica do público.

Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica.

(...)

52. Nesse contexto, ***a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade****. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las.'* (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.oas.org/pt/ cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4 - grifou-se.)

Ora. ***As recomendações da CIDH assumem força normativa interna****, porquanto, 'no caso Loayza Tamayo v. Peru e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano'* (RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234).

Assim mesmo, o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à CIDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.

Com semelhantes argumentos, em 31/5/2016, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Doutora Deborah Duprat, representou ao Procurador-Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. A proposta de ADPF, disponível no sítio eletrônico http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitoshumanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato, destaca que a tipificação do crime de desacato 'atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade.' Ressalta que a situação 'compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente.'

A existência do crime do art. 331 do CP, para a PFDC, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão:

'O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos, rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Essa insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a essa liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas ideias. Por outro, revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional.'

Registra MAZZUOLI que 'o Institut de Droit International, na sua sessão de Milão de 1993, na Resolução sobre 'A atividade do juiz interno e as relações internacionais do Estado', da qual foi relator o Sr. Benedetto Conforti, propôs que os juízes internos apliquem com total independência as normas provindas do direito internacional e as interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais. Falando de outra maneira, o que o Institut pretendeu foi que os juízes internos ***interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, ou seja, como se uma jurisdição internacional fossem.*** *'* (op. cit., 2011, p. 94 - grifou-se).

A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos.

A Opinião Consultiva n. 5/1985, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagra o princípio pro homine na hermenêutica das normas domésticas e internacionais relativas à proteção dos direitos fundamentais, havendo, aliás, idêntica previsão na Constituição brasileira de 1988, que estabelece, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como parâmetro das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Vale dizer, no controle de convencionalidade, o intérprete deve estar imbuído da premissa de que 'os Estados existem para os humanos e não vice-versa' (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional das Organizações Internacionais. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17).

No crime de desacato, contudo, o sujeito passivo é o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.380).

Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 8/8/2000, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal.

Com efeito, a depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase 'eu nunca ouvi tanta besteira', direcionada ao CorregedoPrGeral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). *Noutra oportunidade, o STJ afirmou que 'não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea'* (HC 21.228/PI, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003).

Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais (texto disponível em http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.emorro-da-providencia.)

Esse estado de coisas induziu à proposta de dois projetos de lei favoráveis à abolição do delito.

O Projeto de Lei n. 4.548/2008, apresentado pelo Deputado Federal Edson Duarte, afirma que esse tipo penal 'tem servido nos dias atuais como instrumento de intimidação de pessoas no âmbito das repartições públicas, onde costumeiramente são afixadas placas, cartazes e objetos similares em locais visíveis ao público com dizeres que alertam para a prática do aludido delito e suas possíveis conseqüências jurídicas ou simplesmente transcrevem literalmente o referido dispositivo legal, que prevê que o infrator no caso se sujeitará à pena privativa de liberdade (detenção) de seis meses a dois anos ou multa.' A justificativa do projeto pontua:

(...) tal providência administrativa, muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes públicos no âmbito das repartições públicas.'(texto disponível no sitio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.n ode1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008.)

O PL n. 602/2015, de autoria do Deputado Federal JEAN WYLLYS, alude ao episódio em que uma agente de trânsito, durante abordagem a veículo de Juiz de Direito, foi presa por desacatar o magistrado:

Cena 1: Uma servidora do Detran-RJ, numa blitz (em 2011), parou um veículo que estava sem placa. A nota fiscal que portava já tinha prazo vencido. O motorista, ademais, não portava a carteira de habilitação (tudo isso foi reconhecido em sentença da Justiça). Quem era o motorista? Um juiz de direito. A servidora (que fez uma dissertação de mestrado sobre ética na administração pública) disse que o carro irregular deveria ser recolhido. Essa providência, absolutamente legal e válida para todos, foi a causa do quid pro quo armado. O motorista queria que um tenente a prendesse. Este se recusou a fazer isso. Chegaram os PMs (tentaram algemá-la). A servidora disse: 'Ele não é Deus'. O juiz começou a gritar e deu voz de prisão, dizendo que ela era 'abusada' (quem anda com carro irregular, não, não é abusado). Ela processou o juiz por prisão ilegal. O TJ do RJ entendeu (corporativamente) que foi a servidora que praticou ilegalidade e abuso (dizendo que 'juiz não é Deus'). Alegação completar da servidora: 'Se eu levo os carros dos mais humildes, por que não vou levar os dos mais abastados?; Posso me prejudicar porque fiz meu trabalho direito' (...)'(texto disponível no sítio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra?codteor=1306621&filename=PL+602/2015.)

Na opinião do parlamentar, 'o abuso de autoridade, em especial, a prática da 'carteirada', é uma mazela comum no Brasil e merece atenção especial da lei.' E arremata:

*Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. **A figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta 'Você sabe com quem está falando?**' que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, 'engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei(grifou-se.)*

Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que 'todo funcionário público,

desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado', daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420).

A continuar dessa forma, o funcionário púbico que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, L'État c'est moi, porquanto com respaldo no art. 331 do CP.

Com todas as vênias, a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

À parte as normas e regras de interpretação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, vale a pena mencionar a notável construção jurisprudencial norte-americana sobre a fighting words doctrine.

A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu, a partir do caso Chaplinsky v. New Hampshire (1942), o entendimento de que o right of free speech (Primeira Emenda) não protegeria a utilização de palavras que incitassem à quebra imediata da paz social (fighting words doctrine). Entretanto, em casos posteriores, tendo como paradigma o precedente firmado em Lewis v. City of New Orleans (1974), aquele Tribunal passou a reduzir a margem de aplicação da teoria das 'palavras belicosas', para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator (cf. caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/415/130.html).

É importante a ponderação da Suprema Corte norte-americana pois, no tocante à liberdade de expressão, '(...) há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, 'a liberdade costuma ofender' (Clarice Lispector)' (TRF5, AC 421.293/CE, Rel. Juiz Federal convocado Bruno Leonardo Câmara Carrá, Terceira Turma, j. 22/9/2011, DJe 10/10/2011).

Observe-se, por fim, que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.

Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor Nívio de Freitas Silva Filho, para 'ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública.'

Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária. (...)"

Com efeito, é chegada a hora de se extirpar do ordenamento jurídico a criminalização da conduta de desacato, uma vez que a mesma não se alinha às previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), como brilhantemente entendeu o Superior Tribunal de Justiça.

Cabe, na hipótese, realizar idêntico exame de convencionalidade para rejeitar a denúncia oferecida contra o recorrido, que supostamente teria dirigido palavras ofensivas aos policiais.

Registre-se que, cuidando-se de controle de convencionalidade e não de constitucionalidade, não há a necessidade de se submeter a questão à apreciação do Órgão Especial, inexigindo-se a cláusula de reserva de plenário.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, por outros fundamentos da decisão de 1º grau que rejeitou a denúncia por falta de provas.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão judicial de fls. 102-103 proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrido, sob o fundamento de ausência de justa causa, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Irresignado com a sentença proferida foi interposto o presente recurso.

O Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, negou provimento ao recurso, entendendo estar descriminalizada a conduta do crime de desacato, previsto no art. 331, do Código Penal.

Respeitosamente, divirjo do relator, o fazendo pelos fundamentos a seguir:

Inicialmente, em relação aos Direitos Humanos, há que se destacar que os diplomas internacionais que o Brasil figura como signatário a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica deu-se pelo Decreto Legislativo 27 de 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto Presidencial 678 de 06 de novembro deste mesmo ano. O referido diploma não foi ratificado pelo Congresso Nacional, possuindo validade interna infraconstitucional.

A partir do Recurso Extraordinário 466.343 do STF, sedimentou-se o entendimento pertinente à hierarquia normativa no direito brasileiro das leis e tratados internacionais, no sentido de que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionadas a Direitos Humanos terão natureza supralegal, situação que se encontra o Pacto de São José da Costa Rica. Caso o tratado viesse a ser aprovado pelo Congresso, nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, a norma teria natureza de Emenda Constitucional.

O debate em torno da interação entre a ordem interna e a internacional, passou então a necessitar do enfrentamento de temas correlatos: o "*bloco de constitucionalidade"* e o *"controle de convencionalidade"*. Ou seja, o controle de compatibilidade das leis passou a pressupor uma análise não só vertical do ordenamento jurídico (levando-se em conta a legislação pátria em relação a Constituição Federal), mas também a verificação dos diplomas extrínsecos à legislação pátria dos quais o Brasil é signatário, cabendo ao julgador realizar tanto o controle de constitucionalidade, quanto o controle de convencionalidade das leis.

No presente caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 13, estabelece:

> *Liberdade de pensamento e de expressão*
>
> *1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*

A Comissão interamericana de Direitos Humanos, tratando acerca da definição e abrangência da garantia de liberdade de expressão assegurada no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovou, no ano de 2.000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão. Dentre os princípios elencados nesta Declaração, imperioso se faz destacar o disposto no item 11:

> *11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra* ***funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato****", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.* (destaquei)

Destarte, sob a luz do disposto no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, com fulcro no controle de convencionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1640084/SP, entendeu que a eventual condenação pelo crime de desacato seria uma violação de tratado internacional com força supralegal e o crime previsto no artigo 331 do Código Penal, por se tratar de legislação infraconstitucional e que, em conformidade com aquele diploma, seria inaplicável.

Desacatar significa insultar, humilhar, espezinhar o funcionário público ofendendo o decoro e o prestígio da função. Segundo o ensinamento de Magalhães Noronha:

> *Consiste em palavras, gritos, gestos, escritos (presente o funcionário), vias de fato e lesões corporais. Em que pese o referido entendimento do STJ naquele julgado, deve ser salientado que não há caráter vinculante da mencionada decisão, que analisou a interpretação dada pela Comissão Internacional ao referido tratado, no sentido de ser incabível a condenação por desacato.*

As normas penais, por sua natureza, tratam essencialmente da violação dos bens jurídicos fundamentais, motivo pelo qual o crime de desacato não pode ser simplesmente *"extirpado"* do ordenamento jurídico através de decisão judicial, pelo argumento de que este tipo penal dissuade às críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções estatais.

É certo que tratados e convenções sobre direitos humanos têm caráter supralegal, embora com efeitos na esfera infraconstitucional. Todavia, deve ser salientado que a decisão do STJ que deu embasamento aos fundamentos do e. Relator, foi proferida em um Recurso Especial, cujos efeitos são *inter partes*, para o caso concreto.

Aliás, sobre o tema trago à lume o seguinte artigo: a decisão do STJsobre desacato. Nesta semana, a 5ª Turma do STJ decidiu que o crime previsto no art. 331, do CP, deixou de existir. O caso particular, apreciado pelo STJ era o de um homem acusado de roubar uma garrafa de conhaque da residência da vítima utilizando-se de um vergalhão de ferro e ter desacatado os policiais que o prenderam. Num trecho da ementa, o relator, min. Ribeiro Dantas, fez consignar a seguinte e importante observação: "*A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo stablishment, a probidade administrativa"*. Resta, portanto, muito claro, que, a par do convencimento dos ministros que compunham a 5ª. Turma, a decisão baseou-se fundamentalmente em precedente de Corte Internacional, cujo Tratado de adesão foi subscrito pelo Brasil. Ao longo do voto são tecidos comentários acerca do abuso com que é agitado esse dispositivo penal por servidores públicos e policiais – estes especialmente – contra os cidadãos comuns.

Também me chama a atenção o fato de que o desacato seja visto como matéria afeta aos Direitos Humanos; parece haver uma dissociação da realidade, ao menos no tocante ao que se passa em nosso país. Longe disso, o desacato é apenas a relação de fato na qual se traduz um conflito em que pode existir a afronta a uma ordem legítima e necessária de um agente do Estado, e o abuso de autoridade.

O desacato, a meu ver, não pode ser descriminalizado sumariamente, porque ele integra a autoridade do Estado, que se cumpre através de seus agentes. Há um sem número de hipóteses em que o crime de desacato é necessário para manter a hegemonia do interesse público. Evidentemente, o servidor público que é desacatado torna-se o primeiro juiz da causa, e em grande medida, a suscetibilidade exacerbada da farda ou do paletó falam mais alto do que a prudência e a temperança. Isso, contudo, não pode servir de pretexto para descriminalizar a conduta típica, mas apenas recomenda aos órgãos do Poder Judiciário que apreciem escrupulosamente cada hipótese isoladamente.

O caso apreciado pelo STJ, por exemplo, é um típico exemplo de afastamento do crime de desacato pelas circunstâncias fáticas do delito: quem é preso em flagrante depois de furtar uma garrafa de conhaque (que configura um tipo qualificado), provavelmente vai desacatar os policiais responsáveis por sua prisão. Faz parte e é rotineiro. O desacato não cumpre ali nenhuma função autônoma ou necessária, possivelmente falte-lhe até o dolo específico, dadas as circunstâncias.

É evidente que não há aí nenhuma simetria com o *"propósito de silenciar ideias e opiniões contrárias ao stablishment"*; foi um simples caso de prisão e desacato. Afasta-se o desacato por uma simples razão: prisão em flagrante e desacato são ocorrências banais e a sanção penal pelo crime da prisão é mais do que suficiente para reprimir a conduta.

A realidade forense dos nossos tribunais está repleta de exemplos em que acusados de desacato são absolvidos, seja porque proferiram suas ofensas em estado de embriaguez, de violenta emoção, de justa indignação, etc. Mas também há inúmeras hipóteses de nítido descaramento contra os agentes públicos, de humilhações, de degradação de sua autoridade, de exposição pública à vergonha: o que esperar de um policial, por exemplo, que determina a remoção de um veículo de quem indevidamente estaciona numa vaga de farmácia, passa a ser destratado ostensivamente em público? Que ele vá lavrar um BO por injúria e se afaste dali de cabeça baixa, porque o desacato se presta a reprimir e silenciar ideias e opiniões contrárias ao *stablishment*?

Não é adequado afastar um tipo penal a partir de uma declaração política genérica e extremamente polêmica. Desacato não se confunde com liberdade de opinião e, muitas vezes, nem mesmo com excesso de opinião.

O problema com o crime de desacato, definitivamente não envolve direitos humanos e qualquer questão política. Envolve questão de fato, a ser examinada individualmente em cada hipótese concreta.[2]O contido no artigo acima é esclarecedor. Realmente é de se perguntar se desacato estaria inserido no contexto dos Direitos Humanos? Na minha compreensão também entendo, respeitosamente, fora da realidade a conclusão de o desacato possa ser visto como matéria que possa afetar aos Direitos Humanos. O desacato, a meu ver, é apenas a relação de fato na qual se traduz um conflito em que pode existir a afronta a uma ordem legítima e necessária de um agente do Estado, e o abuso de autoridade.

Por tais razões, também comungo do entendimento, como posto no artigo supra, que o desacato não pode ser descriminalizado sumariamente, porque ele integra a autoridade do Estado, que se cumpre através de seus agentes. Há um sem número de hipóteses em que o crime de desacato é necessário para manter a hegemonia do interesse público.

2 Artigo "A DECISÃO DO STJ SOBRE DESACATO", escrito por Helio David, 2014, publicado em 16.12.2016, disponível em https://direitomemoriaefuturo.wordpress.com/2016/12/18/a-decisao-do-stj-sobre-desacato/- acessado em 17.2.2017

Pondero, ainda, que a descriminalização do delito de desacato, por interpretação isolada em uma decisão, com base em interpretação de fatos dessa natureza, em sentido amplo, de que estaria inserido no contexto dos Direitos Humanos, a ponto de ser afetado pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) é temerária, visto que isso pode conduzir a séria desestabilização da ordem nas atividades públicas, com violação dos princípios de autoridade, em prejuízo das atividades estatais necessárias à sociedade.

Cabe destacar o que foi bem salientado por Cleber Masson:

> *(...) há desacato, pois se considera presente o funcionário, público, quando um juiz de Direito encontra-se sentenciando em seu gabinete, com a porta aberta, e um advogado, da sala de audiências, se refere a ele como famigerado protetor dos devedores. (...)*
>
> *Não é necessário que ele esteja no interior da repartição pública, bastando o efetivo exercício funcional. Exemplificativamente, um magistrado pode ser considerado no exercício da função tanto quando preside uma audiência no interior do fórum como quanto está na residência de uma das partes em trabalho de inspeção.* (destaquei)[3]

A aludida liberalidade, sem limites, poderá ser levianamente exaltada em vários segmentos no âmbito público, com prejuízos à sociedade, ao interesse público, que não pode ser sobreposto por interesses particulares e privados.

O direito à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão é uma proteção do regime constitucional, mas deve ser exercida com necessária responsabilidade que exige um Estado Democrático de Direito, não havendo, dessa forma, qualquer prejuízo à intimidade, honra e vida privada das pessoas eventualmente ofendidas, que podem buscar os meios legais previstos no sistema jurídico do país as medidas necessárias para fazer cessar ou se verem reparadas. Portanto, entendo que tais direitos constitucionalmente assegurados não têm qualquer prejuízo com a vigência do crime de desacato. Os princípios constitucionais em *"aparente conflito"* devem se conciliar, pois diante da unidade constitucional não pode haver conflito dentro da própria Constituição. O intérprete deve sopesar os princípios em conflito por meio da técnica da ponderação, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Não deve, pois, haver direitos absolutos, para que haja a harmonia social.

Toda prerrogativa estatal decorre preponderância do interesse coletivo e sobrepõe a esfera jurídica do particular, às vezes causando desconforto e animosidade. O cidadão tem o direito de manifestar seu inconformismo contra aquilo que entende não estar bem, havendo mecanismos legais para tanto, mas isso não significa que não haja ônus a quem ofenda a honra ou a dignidade de um servidor público no exercício da função pública. Isso, na minha compreensão, não se confunde com ofenda à liberdade de expressão.

Em arremate, deve ser destacado que no âmbito do Tribunal deste Estado já decisão nesse mesmo caminho, exarada pela 3ª Câmara Criminal:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – DESACATO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – INOCORRÊNCIA - NECESSIDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT – ORDEM DENEGADA. I – O trancamento da ação penal, ao argumento de falta de justa causa para o seu prosseguimento, somente é possível na via estreita do habeas corpus quando, de plano, restar comprovada a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. II – demonstrado que*

3 (destaquei) MASSON, Cleber. **Direito Penal.** v. 4.ª Edição, Método São Paulo - p. 748-749.

> *a conduta atribuída à paciente reveste-se, em tese, de ilicitude penal, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, não há falar-se em ausência de justa causa. III – Ordem denegada.* (*Habeas Corpus* – nº 1400299-89.2017.8.12.0000 – Campo Grande. Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva) – Ordem denegada por unanimidade – 16.2.2017.

Deve ser destacado que nesse julgado acima citado foi abordada a questão da decisão da 5ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.640.084-SP, tendo siso assentado que se trata de *"decisão escoteira, sem qualquer efeito vinculante e que, portanto, não impede qualquer magistrado de, com base no chamado princípio do livre convencimento motivado, que vigora em nosso sistema jurídico, entender de forma diversa."*

Dessa forma, com a devida vênia, divirjo do Relator e concluo que continua típica a conduta de delito de desacato.

No mais, é importante salientar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, e, como orienta a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime, ou quando, de início, puder-se reconhecer, indubitavelmente, a inocência do denunciado, ou quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando encontrar-se extinta a punibilidade do agente[4]. (destaquei)

Deveras, a peça acusatória descreve com clareza os fatos e circunstâncias que, em tese, configura o crime imputado ao acusado.

A acusação está lastreada em um mínimo de prova. Como se depreende dos autos de investigação, os elementos iniciais de provas indicam indícios de autoria e materialidade do fato delituoso.

Esses elementos são extraídos do procedimento investigativo. Portanto, no caso, há indícios suficientes para embasar a ocorrência dos fatos contidos na denúncia, para efeitos de início da ação penal.

A par disso, estão descritos os fatos tidos como delituosos. Aporte factual, esse, que viabiliza a plena defesa dos acusados, incorporante da garantia processual do contraditório.[5]

A denúncia descreve fato, em tese, típico, com todas as suas circunstâncias.

Por isso, a rejeição da denúncia, nesse momento do processo, é temerária diante dos indícios da autoria e da materialidade dos delitos.

Acrescente-se ainda que outras questões importantes, muitas vezes somente são desvendadas durante a *persecutio criminis in judicium*, até mesmo em favor do acusado, sendo, por isso, prematura a rejeição da denúncia.

Consequentemente, questões relacionadas a competência deverão ser examinadas pelo Juiz de primeiro grau.

Diante do exposto, divirjo do Relator e com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, dou provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para determinar o recebimento da denúncia oferecida em desfavor do recorrido para o devido processamento da ação penal, com fulcro no Enunciado n. 709 da Súmula do STF.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

4 STJ. RHC 23047/GO. Rel. Min. Jorge Mussi. *DJ*e 26/04/2010.

5 **Código de Processo Penal comentada**, nota 94, Guilherme de Souza Nucci, p. 165.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 24 de julho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0005787-38.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DOIS CRIMES DE USO DE DOCUMENTO FALSO – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO – MANTIDO O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, QUE O RELATOR ABRANDAVA (PARA O ABERTO) DE OFÍCIO.

O crime previsto no artigo 304 do Código Penal é formal, dispensando, para sua consumação, a ocorrência do resultado naturalístico previsto no tipo penal. É dizer, portanto, que, para a configuração dessa conduta criminosa, basta que o agente se utilize do documento sabidamente falso, ainda que a contrafação não seja capaz de ludibriar o terceiro para quem ela é apresentada. A consumação do crime exige apenas a efetiva utilização do documento contrafeito, nada mais.

Ausentes os requisitos objetivos previstos no art. 71 do Código Penal, é incabível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes em concurso.

O regime inicial de prisão deve ser fixado de acordo com o art. 33 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Campo Grande, 19 de junho de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação criminal interposta por Marcos Borges dos Santos em face da sentença que o condenou à pena de 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 20 dias-multa, pela prática, por duas vezes, do delito previsto no art. 304 do Código Penal.

Em síntese, a defesa pede a absolvição por suposta falsificação grosseira; subsidiariamente, pede a desclassificação para o crime de falsa identidade, bem como a aplicação da continuidade delitiva.

O Ministério Público, em contrarrazões, e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, pugnam pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Marcos Borges dos Santos em face da sentença que o condenou à pena de 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 20 dias-multa, pela prática, por duas vezes, do delito previsto no art. 304 do Código Penal.

Em síntese, a defesa pede a absolvição por suposta falsificação grosseira; subsidiariamente, pede a desclassificação para o crime de falsa identidade, bem como a aplicação da continuidade delitiva.

O Ministério Público, em contrarrazões, e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, pugnam pelo desprovimento do apelo.

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em desfavor de Marcos Borges dos Santos pelos seguintes fundamentos:

> *Consta do incluso inquérito policial que, nos dias 5 de dezembro de 2015 e 25 de maio de 2016, nesta cidade e comarca de Dourados, Marcos Borges dos Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, por duas vezes, fez uso de documento público falsificado.*
>
> *De acordo com o apurado, no dia 05/12/2015, no Cartório de Registro Civil desta cidade, localizado na Rua João Rosa Goés, n. 710, o denunciado, fazendo uso de uma cédula de identidade falsificada, em nome de Baltazar Souto Martins, registrou o nascimento do filho dele com Marcia Maria Fonseca, conforme certidão de nascimento juntada à f. 30 do IP.*
>
> *Apurou-se também que, no dia 25/05/2016, policiais civis receberam informação que uma pessoa, evadida do sistema prisional do Estado de Santa Catarina, estaria fazendo uso de nome e documento falsos, nesta cidade. Eles estiveram no lava-rápido localizado na Rua José Mendes, n. 136, Bairro Parque das Nações II, e entrevistaram o denunciado, o qual se identificou por "Vanderlei".*
>
> *No decorrer da entrevista, o denunciado apresentou aos policiais civis a cédula de identidade falsificada em nome de Baltazar Souto Martins, justificando que preferia ser chamado por "Vanderlei", por não gostar do nome que supostamente seria o dele (Baltazar Souto Martins).*
>
> *Posteriormente, constatou-se que a cédula de identidade usada pelo denunciado havia sido falsificada por processo de afixação/colagem da fotografia do denunciado no referido documento, conforme laudo de perícia papiloscópica às fls. 37/50 do IP e prontuários de identificação civil às fls. 56/59 do IP.*
>
> *Interrogado na fase de investigação às fls. 10/11 do IP, ele alegou ter "conseguido" a cédula de identidade falsificada no Estado de Santa Catarina, confirmando tê-la usado para registrar o filho dele com Márcia Maria Fonseca, bem como para se identificar perante os policiais civis.*
>
> *Assim agindo, Marcos Borges dos Santos incorreu, por duas vezes, no artigo 304, combinado com os artigos 297, caput, e 69, todos do Código Penal (...).*

Após o processamento do feito, a denúncia foi julgada procedente, a fim de condenar o apelante à pena de 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 20 dias-multa.

O recurso deve ser provido em parte.

Inconformado com a decisão, o réu pede sua absolvição alegando que a conduta seria atípica *"por falta de potencialidade lesiva"*, já que a falsificação seria grosseira.

Considerando que o réu foi condenado por dois crimes, um praticado em 5.12.2015 e outra em 25.5.2016, analiso a tese defensiva sobre cada uma das condutas.

Sem razão o apelante quanto à prática do delito na data de 5.12.2015.

A falsificação grosseira é aquela que não possui qualquer possibilidade de causar dano e, por isso mesmo, torna atípica a conduta. Nas palavras do jurista Bitencourt, *"a falsificação deve ser aquela capaz de enganar, ou seja, não há esse crime quando a falsificação se apresenta de forma grosseira, podendo ocorrer um delito patrimonial, como o estelionato"* (Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Especial 4, Editora Saraiva, 2012, f. 515).

No mesmo sentido, *"exige-se a potencialidade lesiva do documento falsificado ou alterado, pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros, é inócua para esse fim"* (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2012, f. 1.108).

No caso em tela, o apelante confessou ter usado o documento falso por duas vezes: na maternidade, para registrar seu filho, em 5.12.2015, e ao ser abordado pelos policiais, em 25.5.2016.

Com efeito, a certidão de nascimento do filho (f. 35) comprova que a falsificação era capaz de enganar terceiros, colocando em risco o bem jurídico tutelado e, portanto, enquadrando-se no tipo penal em questão.

Nesse sentido:

> *Se a adulteração do documento falso não é perceptível pelo homem comum, mas apenas por pessoa capacitada, provida de conhecimentos técnicos específicos, não há que se falar em atipicidade da conduta em virtude de falsificação grosseia.* (TJMG, AC n. 1.0694.12.003457-4/001, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, j. 24/5/2016).

Desse modo, não há como, no presente caso, considerar atípica a conduta praticada em 5.12.2015.

Como tese subsidiária a defesa pede a desclassificação do delito em comento para o crime de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal.

Novamente, sem razão o apelante quanto ao crime datado de 5.12.2015.

O referido art. 307 tipifica a conduta de atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem. Ou seja: não há, aqui, a apresentação de documento falso, mas apenas a atribuição de falsa identidade. Por outro lado, no crime previsto no art. 304 do Código Penal, o agente apresenta papel falsificado ou adulterado de identidade, o que ocorreu no presente caso.

Sendo assim, inviável a pretendida desclassificação.

Por outro lado, reconheço a figura do crime impossível na segunda conduta praticada em 25.5.2016 (apresentação de documentos aos policiais).

Na hipótese, a denúncia narra expressamente que os policiais receberam informações de que um indivíduo foragido do sistema prisional do Estado de Santa Catarina encontrava-se em Dourados (MS) e utilizava documentos falsos para esconder sua identidade. Assim, foram até o lava-jato, entrevistaram o apelante e, diante da suspeita, pediram seus documentos, constatando, então, a falsificação.

Não há que se falar, portanto, em ofensa ao bem jurídico tutelado, tendo em vista que os policiais militares sabiam que o documento apresentado era falso. Por isso, o segundo fato deve ser considerado crime impossível, não sendo passível de punição.

Ainda que se reconheçam as várias teorias acerca da punibilidade do crime impossível, por respeito às garantias dos direitos fundamentais adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, parece-me mais adequada a adoção da teoria objetiva. Para essa corrente, a tentativa deve ser punida somente se o início da execução do delito gera um perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma.

Ante o exposto, mantém-se apenas a condenação pelo crime cometido em 5.12.2015, cuja pena foi aplicada adequadamente no mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor mínimo.

Resta prejudicada a análise do pedido subsidiário de reconhecimento da continuidade delitiva.

Outrossim, de ofício, o regime prisional para início de cumprimento deve ser abrandado para o sistema aberto, considerando a pena mínima aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, embora o réu seja reincidente.

Porém, sendo o réu reincidente, inviável a substituição de pena, por não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do CP.

Ante o exposto, com o parecer, encaminho voto no sentido de: dar parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de absolver Marcos Borges dos Santos da imputação do crime de uso de documento falso (do art. 304, do CP) em 25.5.2016, por fundamento diverso do alegado pela defesa, reconhecendo a figura do crime impossível e, de ofício, abrandar o regime prisional para o sistema aberto para início de cumprimento da 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor fixado na sentença relativa à condenação mantida pelo mesmo crime de uso de documento falso, cometido em 5.12.2015.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (revisor)

Marcos Borges dos Santos, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 20 dias-multa, pela prática do crime tipificado no artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso), por duas vezes.

Irresignado, interpôs o presente recurso de apelação criminal requerendo, a absolvição, a desclassificação para o crime definido no art. 307 do CP e a aplicação da continuidade delitiva.

O Des. relator, Dr. Ruy Celso Barbosa Florence, deu parcial provimento ao recurso interposto para, de ofício, reconhecer a segunda conduta perpetrada como sendo crime impossível, ficando a pena definitiva fixada em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 10 dias-multa.

Divirjo do relator.

Quanto à absolvição mediante o reconhecimento de crime impossível.

Ao absolver o apelante mediante o reconhecimento de que a segunda conduta perpetrada constituiria crime impossível, o des. relator o fez sob o fundamento de que os policiais, responsáveis pela prisão em flagrante, já tinham prévio conhecimento sobre a falsidade do documento apresentado pelo apelante, pelo que não poderiam ser ludibriados pela utilização indevida da contrafação, situação, que, numa análise final, tornou impossível a consumação do crime.

Contudo, como já adiantado, hei por bem divergir do nobre relator.

Ressalto, inicialmente, que o crime previsto no artigo 304 do Código Penal é de natureza formal, assim considerado aquele cuja consumação dispensa a ocorrência do resultado naturalístico previsto no tipo penal.

É dizer, portanto, que, para que se aperfeiçoe a conduta criminosa, basta que o agente se utilize do documento sabidamente falso, ainda que a contrafação não seja capaz de ludibriar o terceiro para quem ela é apresentada. Noutro falar, a consumação do crime exige apenas a efetiva utilização do documento contrafeito, nada mais.

Diante desse contexto, não há dúvidas de que o crime praticado pelo apelante alcançou o seu momento consumativo, pois, apesar da prévia ciência dos policiais sobre a falsidade documental, o apelante efetivamente fez uso do documento falso, apresentando-o aos policiais como forma de identificação pessoal.

Assim, ainda que os policiais não tenham sido ludibriados pela conduta criminosa, é indiscutível que o crime se consumou, para o que, repita-se, foi suficiente a mera conduta do apelante consistente na utilização efetiva da contrafação.

Diante do exposto, não há falar em absolvição por atipicidade da conduta, razão pela qual entendo que a condenação deve ser mantida.

Quanto ao pedido de aplicação da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Nesse ponto, requer a defesa a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos praticados.

Segundo o disposto no artigo 71 do CP, configura-se o crime continuado quando *"o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro"*.

Nesses casos, configurando-se a continuidade delitiva, aplicar-se-á ao agente a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

No caso dos autos, infere-se que houve a prática do delito tipificado no artigo 304 do Código Penal em duas oportunidades. A primeira, em 5 de dezembro de 2015, na maternidade, no momento de registrar o seu filho e, a segunda, em 25 de maio de 2016, durante a abordagem dos policiais civis em um lava-jato onde trabalhava.

Desse modo, é possível observar que o intervalo entre as duas condutas foi superior a 5 (cinco) meses, sendo ambas praticadas de maneiras totalmente distintas, com vistas a obter resultados diferentes, não existindo assim, qualquer correlação entre as maneiras de execução.

Diante do acima exposto, resta afasta a presente pretensão recursal.

Conclusão.

Dessa forma, com o parecer da PGJ e divergir do Des. relator, conheço do recurso de apelação criminal interposto por Marcos Borges dos Santos porém, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Vogal)

Acompanho o e. revisor e nego provimento ao recurso interposto por Marcos Borges dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 19 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001652-66.2015.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – INJÚRIA RACIAL – NEGATIVA DE AUTORIA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* – RECURSO PROVIDO.

Em que pese a afirmação da vítima ter sido injuriada, inclusive com a utilização de elementos de raça, o acusado nega a prática do delito, embora não se ignore a ocorrência de atritos envolvendo as partes. Ademais, a única testemunha de acusação aduz não ter ouvido e presenciado as injúrias narradas na inicial acusatória. Logo, faz-se necessário o reconhecimento da insuficiência de provas, impondo-se absolvição ao apelante, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta por Edivar George Alves contra a sentença de f. 75-79, que julgou procedente a denúncia e o condenou à pena de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, pela prática do delito capitulado no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Em suas razões recursais às f. 84-94, o apelante requer a sua absolvição do crime de injúria racial, pelo princípio do *in dubio pro reo*, ante a insuficiência de provas para condenação.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, às f. 105-113, pugna improvimento do recurso, mantendo-se na íntegra a sentença condenatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às f. 121-124, manifesta-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu desprovimento, mantendo-se a r. sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Edivar George Alves contra a sentença de f. 75-79, que julgou procedente a denúncia e o condenou à pena de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa,

em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, pela prática do delito capitulado no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Segunda consta da denúncia de f. 01-02:

> *(...) Consta dos autos que aos 05 de abril de 2015, por volta das 14h40min, na Rua Macline de Queiroz, Jardim Brasília, nesta cidade e comarca de Paranaíba/MS, o denunciado Edivar por motivo reprovável, injuriou alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. (...)*

O apelante pugna pela absolvição do delito de injúria racial, aduzindo, para tanto, que as provas colhidas durante toda a persecução penal são insuficientes para manter o decreto condenatório.

A vítima Rodrigo da Silva Melo, na fase extrajudicial (f. 09), declarou que está convivendo com Roseli Alves da Maia há aproximadamente 10 meses, e desde então passou a sofrer ofensas e xingamentos de Edivar, com quem Rosely manteve um relacionamento anterior. Segundo o declarante, Edivar lhe profere ofensas discriminatórias, tais como: *"preto, macaco, noiado"*, sempre em momentos que estão sozinhos para que não haja testemunhas. Acrescenta que Edivar já registrou ocorrências contra o declarante, mas todas foram arquivadas. Por fim, Edivar teria jogado uma pedra contra seu veículo, porém não possui provas.

A testemunha Roseli Alves da Maia, em sede extrajudicial (f. 12), declarou que convive com Rodrigo há aproximadamente 10 meses, conviveu com Edvar por cerca de 11 anos, e que com o mesmo tem uma filha de 07 anos de idade. Afirmou que Edivar e Rodrigo sempre se ofendem, porém nunca presenciou, com exceção de uma ocasião em que Edivar mostrou um canivete e foi para cima de Rodrigo.

O apelante Edivar George Alves, em sede extrajudicial (f. 14), declarou que conviveu com Roseli por aproximadamente 10 anos e com a mesma teve uma filha de 07 anos de idade, estando separados há 1 ano, e após a separação Roseli iniciou um relacionamento com Rodrigo. O declarante informa que nunca xingou ou ofendeu Rodrigo, pelo contrário, a vítima sempre o provoca, e que uns dias atrás ele teria dado uma cotovelada no declarante em um supermercado. Acrescenta que Rodrigo tem ciúmes de Roseli e portanto reage dessa maneira, sempre em momentos que não tem testemunhas. Nunca jogou pedra no carro de Rodrigo, e por fim, declarou que não quer confusão, todavia às vezes tem medo que Rodrigo faça algo de mal ao declarante.

A testemunha Júlio Cézar de Morais, na fase judicial (f. 65-66), declarou que trabalha com a vítima, e no dia dos fatos estavam pescando no parque aquático, sendo que saíram às 8h e retornaram ao escurecer.

O apelante Edivar George Alves, na fase judicial (f. 65-66), negou a autoria dos fatos narrados na peça acusatória, disse que a vítima é o atual marido de sua ex-mulher, e teria inventado sobre os fatos.

A vítima Rodrigo Silva Mello, na fase judicial (f. 75-79), declarou que convive com a ex-mulher de Edivar, e desde que foram morar juntos sofre ofensas dos mesmos, mas nunca tem testemunha. No dia dos fatos, após novas ofensas e xingamentos deslocou-se até uma delegacia para saber como proceder, sendo então, orientado a fazer um boletim de ocorrência. Não vai à casa de sua sogra, pois o réu tem acesso livre, e assim, evita desentendimentos. Edivar sempre se refere à cor de sua pele nas ofensas. Ultimamente, não ocorrem mais esses xingamentos. Ao ser questionado, respondeu ter conhecimento de que o pai do apelante é negro, e portanto, o apelante é afrodescentente. Já o ameaçou em razão do tanto que já foi perseguido pelo apelante, mas nunca tinha testemunha.

A testemunha Roseli Alves da Maia, na fase judicial (f. 75-79), declarou que é ex-esposa de Edivar e atualmente possui um relacionamento com Rodrigo. Nunca soube das ofensas ou xingamentos, pois nunca viu, sabe apenas que Rodrigo reclamava de Edivar e vice-versa. Tudo começou em decorrência de

Edivar não aceitar seu relacionamento com Rodrigo, tanto que não pode ver sua filha, pois Edivar não permite a convivência com Rodrigo. Os dois ficavam implicando um com um outro, mas não presenciou nada. À exceção de um episódio em que presenciou Edivar na posse de um canivete ameaçou Rodrigo, não presenciou xingamentos, então não pode afirmar a acusação imputada a Edivar.

Examinando o contexto probatório, razão assiste a defesa do apelante Edivar.

O Apelante Edivar, em seus interrogatórios, negou a prática delitiva descrita na exordial e declarou que a vítima o provocou por diversas vezes, e acredita ser em razão de ciúmes da Roseli, sua ex-esposa e atualmente é companheira de Rodrigo.

A vítima, nas duas fases processuais, confirmou ter sido injuriada pelo acusado, o qual chamava-no de *"preto, macaco, noiado"*. Afirmou que tais fatos ocorreram por diversas vezes, todavia nunca houve uma testemunha que pudesse confirmar sua versão.

Afirmou ainda, possuir desavenças com Edivar, pois este teria ciúmes de sua ex-esposa Roseli, a qual convive com o mesmo, bem como, afirmou que por vezes perdeu a paciência e desentendeu-se com o apelante.

Em juízo, quando questionado, confirmou saber que o pai de Edivar é negro, sendo que o mesmo também é afrodescendente.

A testemunha Roseli, nos depoimentos prestados, declarou que as ofensas eram recíprocas, tanto Edivar quanto Rodrigo reclamavam das atitudes do outro. Todavia, salientou que nunca presenciou tais ofensas, à exceção de um episódio em que Edivar teria mostrado um canivete e partido para cima de Rodrigo.

Nos depoimentos colhidos da referida testemunha, conclui-se que de fato havia uma desavença entre acusado e vítima, chegou a mencionar que em uma ocasião houve uma ameaça com canivete de Edivar contra Rodrigo, porém, em momento algum mencionou a ocorrência de injúria racial.

Em que pese a vítima alegue ter sido injuriada, inclusive com a utilização de elementos de raça, o acusado nega a prática do delito, embora não se ignore a ocorrência de atritos envolvendo as partes. Todavia, como se vê do cotejo das provas colhidas durante a instrução processual, instalou-se dúvida insuperável quanto ao cometimento do crime de injúria racial pelo réu.

Ademais, a própria testemunha, apontada pelo ofendido, aduz não ter ouvido e presenciado as injúrias narradas na inicial acusatória, o que torna isolada a versão do ofendido no contexto probatório.

Por tudo isso, observa-se que o conjunto probatório não permite concluir, com a certeza desejada e exigível, que os fatos imputados ao apelante tenham realmente ocorrido tal como descrito na denúncia.

Logo, a absolvição se impõe, pois como cediço, no juízo penal prepondera, sempre, o estado de inocência e a deficiência de prova favorece aos acusados pelo sagrado princípio do *in dubio pro reo*, perfeitamente aplicável ao caso em tela.

No escólio de Guilherme de Souza Nucci[1]:

> *é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição.*

1 *in* **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª Edição, revista atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 698.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. INJÚRIA RACIAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO. É de ser decretada a absolvição em relação ao delito de injúria racial quando inexistem elementos suficientes a sustentar o édito condenatório, quando das versões da vítima e do acusado resta impossível extrair a verdade sobre os fatos. Apelação defensiva a que se dá provimento em observância ao princípio in dubio pro reo.* (TJMS; APL 0000881-49.2010.8.12.0023; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 24/03/2017; Pág. 46).

> *APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. PROVAS INAPTAS A DEMONSTRAR A AUTORIA DOS RECORRIDO NO CRIME. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA QUE SUSCITAM DÚVIDAS. CONTRAPROVA APRESENTADA PELA DEFESA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA FINS DE CONDENAÇÃO. POSTULADO DO IN DUBIO PRO REU. ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM DESPROVIMENTO DO RECURSO. Como é cediço, no processo criminal, vigora o princípio segundo o qual o Decreto condenatório tem que estar alicerçado em prova clara, positiva e indiscutível, não bastando a alta probabilidade acerca do delito e de sua autoria. Persistindo a dúvida, mínima que seja, impõe-se a absolvição, pois a inocência é presumida até que se demonstre o contrário. Desta forma, basta que a acusação não produza provas capazes de infundir a certeza moral no espírito do julgador para que se decrete a absolvição do envolvido.* (TJPB; APL 0003834-27.2014.815.0131; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. João Benedito da Silva; DJPB 06/10/2016; Pág. 19)

Logo, as provas produzidas durante a instrução processual mostram-se insuficientes e, assim, não são aptas para embasar uma condenação que deve ser pautada na certeza.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por Edivar George Alves, para absolve-lo da imputação do delito do art. 140, § 3º, do Código Penal, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0001761-09.2017.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO PENAL – SAÍDA TEMPORÁRIA PARA FREQUENTAR CURSO *ON LINE* PREPARATÓRIO OAB EM SUA RESIDÊNCIA NA COMARCA ONDE RESIDE – POSSIBILIDADE – BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO – PRINCÍPIO DA RESSOCIALIZAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Se o reeducando trabalha durante o dia e o único turno que pode estudar é o noturno e não havendo disponibilização das aulas via *on line* no estabelecimento prisional, justifica-se a concessão de saída temporária para o estudo no período noturno, mormente porque a função precípua da pena é proporcionar condições para integral ressocialização do apenado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a 1º vogal.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Eduardo Velilha contra a decisão que indeferiu seu pedido de autorização para estudo, durante o período noturno, em sua residência, permitindo-lhe pernoite em horário diferenciado.

Em suas razões recursais às f. 01-09, narra que cumpre pena em regime semiaberto e que é bacharel em direito, pretendendo exercer a advocacia e diante da necessidade de aprovação no exame da OAB, matriculou-se no curso preparatório via *on line,* o qual não é realizar dentro do estabelecimento prisional. Dessa forma, visando a sua ressocialização e por cumprir regularmente sua pena, inclusive fazendo estágio em escritório de advocacia, requer o deferimento do pedido.

Contrarrazões ministeriais às f. 17-21, pelo provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 31-34, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Eduardo Velilha contra a decisão que indeferiu seu pedido de autorização para estudo, durante o período noturno, em sua residência, permitindo-lhe pernoite em horário diferenciado.

Em suas razões recursais às f. 01-09, narra que cumpre pena em regime semiaberto e que é bacharel em direito, pretendendo exercer a advocacia e diante da necessidade de aprovação no exame da OAB, matriculou-se no curso preparatório via *on line,* o qual não é realizar dentro do estabelecimento prisional. Dessa forma, visando a sua ressocialização e por cumprir regularmente sua pena, inclusive fazendo estágio em escritório de advocacia, requer o deferimento do pedido.

O pedido foi indeferido nos seguintes termos às f. 12-13:

> *Vistos, etc.*
>
> *1. Em que pese o parecer favorável do Ministério Público à f. 197-198 quanto ao pedido de autorização para que, durante o período noturno, possa frequentar aulas de ensino e, consequentemente, cumprir seu período de pernoite em horário diferenciado de f. 175-176, indefiro.* ***Ora, a parte final do inciso II do artigo 122 da LEP, que dispõe sobre a possibilidade de os reeducando do regime semiaberto obterem autorização para frequência a curso profissionalizantes, deve ser interpretada como sendo lícita desde que o curso seja oferecido na sede da comarca do Juízo da Execução, de modo que, pressupõe-se a presença física do aluno dentro da instituição de ensino, com o fito de o reeducando comprovar, de forma eficaz, frequência regular e bom aproveitamento escolar.***
>
> ***Desse modo, o requerido pela Defesa não é compatível com as condições inerentes ao regime semiaberto, além de que evidente a impossibilidade de uma fiscalização adequada e efetiva pelos órgãos de***
>
> ***execução penal sobre as atividades do condenado, uma vez que o urso a ser realizado se dá na forma totalmente "on-line/telepresencial", não ficando à fiscalização da instituição de ensino, em sala de aula, tampouco haverá a frequência assídua.***
>
> *Assim, é evidente o intento do reeducando de livrar-se do cumprimento das condições a que se encontra submetido no regime semiaberto, de modo que a concessão do pedido acarretará verdadeira progressão de regime.*
>
> *Além disso, vale lembrar que o exercício de atividade laborativa/estudo é fator ressocializador importante, mas não pode ser impedimento ao regular cumprimento da pena. Especialmente, no regime semiaberto. Não pode servir de desculpa para o descumprimento da pena.*
>
> *Afinal, sua liberdade está restringida pela execução da pena, ainda que em regime mais brando. Ademais, nunca é demasiado lembrar que não é a execução penal que deve se adequar ao sentenciado, mas sim o contrário: o reeducando deve se ajustar socialmente à execução penal, trabalhando e/ou estudando nos horários que não criem embaraços ou que não comprometam o regular cumprimento de sua pena.*
>
> *Intimem-se.*
>
> *2. Intime-se, também, a Defesa para manifestação quanto ao cálculo de pena de f. 192-194. Após, conclusos para homologação ou julgamento de eventuais impugnações.*
>
> *3. Sem prejuízo, ante o ofício de f. 169, oficie-se à Direção da Unidade Penal de Regime Semiaberto solicitando a juntada de eventual atestado de trabalho naquela unidade para fins de remição. Havendo a juntada, dê-se vista ao Ministério Público e conclusos.*
>
> *Às providências.*

O agravante, conforme autos de Execução Provisória n. 001194-28.2016.8.12.0001, cumpre pena de vinte e seis anos e quatro meses, pela prática dos crime previstos no Art. 317 § 1º c/c Art. 69, *caput* do(a) CP, Art. 317 § 1º c/c Art. 69, *caput* do(a) CP, Art. 37, *caput* do(a) LEI 11.343/06 c/c Art. 69, *caput* do(a) CP c/c Art. 40, I, II do(a) LEI 11.343/06 e atualmente cumpre pena em regime semiaberto.

Em suma, denota-se que o pleito fora indeferido por ser impossível a fiscalização do reeducando na efetiva participação no curso preparatório para a OAB, já que este é via *on-line.*

O agravante colacionou junto ao pedido, documentos comprovando sua matrícula no curso *"Damásio de Jesus"*, que é reconhecidamente idôneo, já cumpriu mais de 1/6 da pena imposta e possui boa conduta carcerária.

Pois bem. É cediço que a execução penal tem finalidade precípua ressocialização do reeducando, sendo o exercício de atividade laboral e o estudo as melhores formas de reintegração à sociedade.

No estabelecimento prisional não há possibilidade de o ora agravante assistir ao curso, uma vez que lá não há local específico com computador e *internet* para realizar o curso à distância à noite, já que exerce atividade laboral durante o dia e desta forma a simples deficiência estatal para a fiscalização da efetiva participação no curso, não pode se constituir em óbice para o benefício, tendo em vista que o reeducando poderá comprovar a conclusão do curso com a emissão do certificado, que exige que aluno assista 80% das aulas.

Consoante previsão do artigo 124, § 2º, da Lei de Execução Penal, quando o benefício de saída temporária tiver como motivação a frequência a curso de ensino superior, *"o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes"*.

Embora não haja previsão legal autorizando a frequência de aulas em cursos via *on line*, as peculiaridades do caso autorizam a concessão do benefício conforme postulado, mormente porque o art. 122 da LEP permite a saída para cursos presenciais na Comarca do Juízo da Execução.

Ademais, o agravante cumpre sua pena regularmente, sem anotação de falta grave, com conduta carcerária boa, cumprindo, inclusive as imposições para fazer estágio que frequenta desde maio/2017.

Neste contexto, o pleito deve ser deferido, como forma de efetivar os objetivos precípuos da execução penal e do próprio Estado Democrático de Direito, a fim de garantir ao reeducando o acesso à educação e sua ressocialização.

A propósito:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO. SAÍDA TEMPORÁRIA. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE LOCALIZADA NO MUNICÍPIO VIZINHO. POSSIBILIDADE. 1. A execução penal tem como objetivo a ressocialização do preso, sendo o incentivo ao estudo forma mais adequada de efetivá-la. A Constituição Federal, além de prever a educação como direito de todos e dever do estado, preconiza ser objetivo do estado democrático de direito a redução das desigualdades sociais. Deve ser viabilizado, portanto, o amplo acesso à educação. 2. O artigo 124, § 2º, da Lei de execução penal dispõe que o tempo de saída temporária, na hipótese de frequência a curso de ensino superior, será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. 3. No caso, o reeducando apresenta comportamento satisfatório durante a execução da pena, a autorizar a concessão do benefício excepcional. Em novembro de 2016, o agravante foi beneficiado com o serviço externo, a ser exercido em empresa localizada no município de Canguçu. Na Comarca, no entanto, não há instituição de ensino que ofereça o curso desejado pelo apenado. Assim, a fim de compatibilizar o exercício de atividade laboral lícita e a frequência às aulas nas quais está matriculado,*

adequada a concessão das saídas temporárias conforme postuladas, devendo retornar à casa prisional no período noturno e nos finais de semana. Agravo provido. (TJRS; AG 0138140-14.2017.8.21.7000; Canguçu; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Jayme Weingartner Neto; Julg. 14/06/2017; DJERS 29/06/2017)

*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. REGIME SEMIABERTO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA ESTUDO EM PERÍODO NOTURNO. POSSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO SOCIAL. FUNÇÃO PRIMORDIAL DA PENA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Considerando que o apenado trabalha durante o dia todo e que no único turno que pode estudar (à noite) não há aulas no estabelecimento prisional, justificada a concessão de saída temporária para o estudo no período noturno. A função primordial da pena é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. A execução penal deve, portanto, priorizar a ressocialização do apenado, e uma das formas para que, a um só tempo se atinja tal desiderato (reintegrando o apenado à sociedade) e se evite os negativos efeitos do ócio em cárcere, é a facilitação do estudo (através da saída temporária) e do trabalho (interno ou externo). (*TJMG; Ag-ExcPen 1.0521.14.008840-7/001; Rel. Des. Wanderley Paiva; Julg. 05/07/2016; DJEMG 15/07/2017)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para que seja autoriza a saída temporária do reeducando no período noturno, durante a semana, das 19:00 horas às 22:30 horas, para cursar curso à distância (*on line*) *"Damásio de Jesus"* preparatório ao exame da OAB, em sua residência localizada na rua Apá, 72, Bairro Coopha Fronteira, fone (67) 3431-7376, em Ponta Porã -MS, mediante as condições impostas pelo juízo *a quo*.

A Srª.Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (1ª vogal)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Eduardo Velilha manifestando seu inconformismo pela decisão que indeferiu seu pedido de autorização para estudo, durante o período noturno, em sua residência, permitindo-lhe pernoite em horário diferenciado.

Aduz que é bacharel em direito, pretendendo exercer a advocacia e diante da necessidade de aprovação no exame da OAB, matriculou-se no curso preparatório Damásio de Jesus, via *on line,* o qual não é possível realizar dentro do estabelecimento prisional. Dessa forma, visando a sua ressocialização e por cumprir regularmente sua pena, inclusive fazendo estágio em escritório de advocacia, requer o deferimento do pedido.

O ilustre relator conheceu do recurso, dando-lhe provimento, nos termos a seguir:

O agravante, conforme autos de Execução Provisória n. 001194-28.2016.8.12.0001, cumpre pena de vinte e seis anos e quatro meses, pela prática dos crime previstos no Art. 317 § 1º c/c Art. 69 "caput" do(a) CP, Art. 317 § 1º c/c Art. 69 "caput" do(a) CP, Art. 37 "caput" do(a) LEI 11.343/06 c/c Art. 69 "caput" do(a) CP c/c Art. 40, I, II do(a) LEI 11.343/06 e atualmente cumpre pena em regime semiaberto.

Em suma, denota-se que o pleito fora indeferido por ser impossível a fiscalização do reeducando na efetiva participação no curso preparatório para a OAB, já que este é via on-line.

O agravante colacionou junto ao pedido, documentos comprovando sua matrícula no curso "Damásio de Jesus", que é reconhecidamente idôneo, já cumpriu mais de 1/6 da pena imposta e possui boa conduta carcerária.

Pois bem. É cediço que a execução penal tem finalidade precípua ressocialização do reeducando, sendo o exercício de atividade laboral e o estudo as melhores formas de reintegração à sociedade.

No estabelecimento prisional não há possibilidade de o ora agravante assistir ao curso, uma vez que lá não há local específico com computador e internet para realizar o curso à distância à notie, já que exerce atividade laboral durante o dia e desta forma a simples deficiência estatal para a fiscalização da efetiva participação no curso, não pode se constituir em óbice para o benefício, tendo em vista que o reeducando poderá comprovar a conclusão do curso com a emissão do certificado, que exige que aluno assista 80% das aulas.

Consoante previsão do artigo 124, § 2º, da Lei de Execução Penal, quando o benefício de saída temporária tiver como motivação a frequência a curso de ensino superior, "o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes".

Embora não haja previsão legal autorizando a frequência de aulas em cursos via on line, as peculiaridades do caso autorizam a concessão do benefício conforme postulado, mormente porque o art. 122 da LEP permite a saída para cursos presenciais na Comarca do Juízo da Execução.

Ademais, o agravante cumpre sua pena regularmente, sem anotação de falta grave, com conduta carcerária boa, cumprindo, inclusive as imposições para fazer estágio que frequenta desde maio/2017.

Neste contexto, o pleito deve ser deferido, como forma de efetivar os objetivos precípuos da execução penal e do próprio Estado Democrático de Direito, a fim de garantir ao reeducando o acesso à educação e sua ressocialização.

Pois bem, divirjo do douto relator pois entendo ser o caso de negar provimento ao recurso. Explico.

As saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta, reforçar seu sentido de responsabilidade, integrá-lo em sociedade.

E entre as hipóteses de tal benefício, está a frequência a curso supletivo profissionalizante, de segundo grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução.

Na hipótese de não contar o estabelecimento penal com condições para provê-la, a autorização para a saída temporária é a solução adequada para o preenchimento dessa necessidade do condenado a título dos efeitos benéficos da assistência educacional penitenciária.

No caso dos autos, o agravante labora em escritório de advocacia como estagiário, e alega que pretende preparar-se para a aprovação do exame de ordem de classe e para tal requer a autorização para estudo durante o período noturno, em sua residência, eis que matriculou-se em curso preparatório via *on line*.

Com a devida vênia ao entendimento do relator, e, em que pese reconheça o caráter ressocializador que o estudo permite, entendo não ser possível a concessão do pleito, eis que, por tratar-se de estudo em casa, não haveria como proceder-se a fiscalização adequada e efetiva pelo Juízo da Execução Penal, quanto às atividades realizadas pelo reeducando, tampouco, aferir a freqüência e/ou rendimento.

Ademais, como bem ponderou a d. Procuradora de Justiça na elaboração do Parecer, registra-se que na comarca de Ponta Porã/MS, existe curso preparatório para a OAB também de renome nacional, sendo que oferece a opção do curso na modalidade presencial, inclusive, com turma noturna, extraindo-se (f. 31/34):

(...) In casu, temos que o agravante além de trabalhar, também pretende estudar no período noturno, atividade que todos sabemos ser ressocializadora e que atinge uma das finalidades da própria execução penal (artigo 1º da Lei de Execuções Penais).

Contudo, o agravante pretende estudar em sua residência, realizando no período noturno, das 19h00 às 22h30, de segunda-feira a sexta-feira, curso preparatório para o exame da Ordem dos Advogados do Brasil, ministrado na modalidade on-line, pela instituição de ensino Damásio de Jesus, sob a alegação de que o estabelecimento penal não possui acesso à internet, bem como que na cidade de Ponta Porã não há unidades de ensino de cursos preparatórios para OAB na modalidade presencial ou telepresencial.

No entanto, cumpre mencionar que a cidade de Ponta Porã possui uma unidade da rede de ensino Luiz Flávio Gomes LFG que oferece o curso pretendido pelo agravante na modalidade telepresencial, com turma noturna, de 07/08/2017 a 15/12/2017, segundo consulta no site da instituição, bem como confirmação por meio de contato telefônico (67 -3431-8045).

Ademais, o Manual do Aluno do curso extensivo da OAB 1.ª Fase Modular on-line 2017, da instituição de ensino Damásio de Jesus, pag.11, disponível no site www.damasio.com.br, estabelece que:

b) Certificado de conclusão documento que atesta a conclusão do curso, tendo como critério apenas seu encerramento, no qual constam período (início e fim), carga horária, nome do curso, sem a aferição dos dias de frequência ou comparecimento documento disponível apenas com o encerramento do curso (status concluído) e limite de emissão de 45 (quarenta e cinco) dias após seu encerramento.

Logo, não será possível a fiscalização adequada e efetiva pelos órgãos de execução penal sobre as atividades do agravante, uma vez que não haverá meios de se aferir os dias de frequência ou comparecimento ao curso.

Por tais motivos, de acordo com o artigo 123, § 3º da Lei de Execução Penal, mostra-se incompatível com as finalidades da pena o deferimento do pedido do agravante para que possa estudar em sua residência, no período noturno, via modalidade on-line.

Nos dias presentes, está ampliado o acesso ao ensino, inclusive ao ensino superior, surgindo oportunidades variadas inclusive aos reeducando.

O reeducando ao que parece já está usufruindo de realização de estágio em escritório, numa parte do dia, e ainda teria possibilidade de fazer seus estudos até no presídio, como tanta gente faz, porém fez escolha por tipo de curso incompatível com o cumprimento da pena, porque impossível de fiscalizar sua presença. Anote-se que o parecer ministerial apontou outra alternativa, não escolhida pelo sentenciado.

Nessa modalidade de estudo por ele escolhida, seria impossível dizer se ele estuda ou simplesmente tem sua liberdade plena e desvigiada ainda no período noturno.

É o reeducando que deve adequar-se a sua pena e não o contrário, como bem entendeu o magistrado que indeferiu tal pedido.

Assim, divirjo do Relator e nego provimento ao agravo interposto por Eduardo Velilha.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a 1ª vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n. 1600374-47.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – DELITO SUPOSTAMENTE COMETIDO NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – IRMÃO CONTRA IRMÃ – BRIGA POR INVENTÁRIO DA GENITORA – AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO – CONFLITO IMPROCEDENTE.

Na espécie, os supostos delitos de vias de fato e ameaça praticados pelo irmão contra a irmã, não caracterizou violência baseada no gênero, no sentido de oprimi-la por ser mulher, e portanto, a competência para julgar o processo é do Juízo da Vara do Juizado Especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 2º Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

O suscitante, conforme consta à f. 82, suscitou conflito negativo de competência, ante a flagrante incompetência deste juízo para o processamento e julgamento deste fato.

O suscitado, por sua vez, entende que a competência é da vara do Juizado Especial Criminal, posto que os delitos narrados na inicial não estão abarcados pela Lei Maria da Penha, isto porque não se vislumbra dos autos o preenchimento dos requisitos necessários à aplicação do referido dispositivo legal (f. 55-57).

Informações prestadas às f. 91-93 do juízo suscitado.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às f. 97-101, manifesta-se pela improcedência do conflito, declarando-se competente o Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 2º Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Segundo consta da denúncia acostada às f. 02-03, no dia 11 de fevereiro de 2016, Rudney Machado Medeiros teria praticado vias de fato e proferido ameaças contra Rosangela Aparecida Machado de Matos, sua irmã.

O juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande, suscitou conflito negativo de competência, porém, o juiz suscitado da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher entende que os delitos narrados na inicial não estão abarcados pela lei Maria da Penha, e portanto, a competência seria do Juizado Especial Criminal.

Pois bem. Prevê a Resolução 221/94, do TJMS:

> *Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande: (alterado pelo art. 2º da Resolução n. 525, de 6/6/2007 – DJMS, de 14/6/2007.)*
>
> *k) aos das Varas da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher:*
>
> *1. 1ª e 2ª Varas, a competência para processar e julgar as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como as Cartas Precatórias extraídas de processos fundados na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, excetuada a competência da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher;*
>
> *2. 3ª Vara, apreciar as medidas protetivas de urgência originárias e incidentais previstas no art. 22 da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, excetuando os casos previstos nos incisos IV e V do mencionado artigo, que deverão ser apreciados pelas Varas de Família; receber o auto de prisão em flagrante; executar a suspensão condicional de penas e execuções definitivas de penas restritivas de direitos aplicadas em substituição às privativas de liberdade originárias das 1ª e 2ª Varas da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.*

Prevê a Lei 11.340/2006 o seguinte:

> *Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*
>
> *I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*
>
> *II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*
>
> *III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*
>
> *Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

> *Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:*
>
> *I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;*
>
> *II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;*
>
> *III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;*
>
> *IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;*
>
> *V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.*

Ora, dos fatos narrados nos autos na denúncia de f. 02-03 facilmente se extrai que a agressão ocorrida não está relacionada à condição da vítima ser mulher, inserida em um contexto familiar.

Destaca-se que o fato de o possível agressor ser irmão da vítima não atrai, por si só, a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, pois não basta que a vítima seja do sexo feminino, sendo necessário também que a agressão ocorra no âmbito das relações baseada no gênero, visando subjugar mulher em situação de vulnerabilidade.

In casu, constata-se que as vias de fato e as ameaças não guardam correlação com o gênero, no sentido de oprimir a vítima por ser mulher, ao contrário, segundo a própria vítima em depoimento à f. 08, após o falecimento de sua genitora, estava reunindo os documentos para instruir o inventário, oportunidade em que se deu uma discussão com seu irmão Rudney, pois este sentia-se enganado.

Assim, no caso, revela-se que a briga da qual resultou nas vias de fato e ameaças, teve motivação específica, qual seja, a discórdia entre os irmãos sobre o inventário da genitora.

Por oportuno:

> *CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE ARACAJU/SE E O JUIZADO ESPECIAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. Apuração de suposta prática do crime de ameaça contra mulher no âmbito familiar. Suposto delito perpetrado por irmão. Condição da vítima que determina a jurisdição. Crime decorrente de disputa por herança. Ausência da motivação de gênero. Inaplicabilidade da Lei nº 11.340/2006. Precedentes do STJ. -no caso dos autos, o que definirá a aplicação das normas gerais do Código Penal ou da Lei Maria da penha é a condição da vítima e a constatação da relação afetiva ou familiar, tal como preceitua o art. 5º da Lei nº: 11.340/2006, o que não se vê no caso dos autos, pois o agente não coabita*

com a vítima, não há relação de dependência entre as partes e as agressões decorreram por disputa de bem objeto de herança. -adotando-se uma interpretação sistemática e não olvidando o princípio da especialização, é possível concluir que a Lei Maria da penha cederá espaço para a legislação penal comum quando o delito não se amoldar aos requisitos de gênero contidos na aludida Lei, como se viu no caso em tela. -jurisdição que deve ser exercida pelo juízo suscitante. Conflito de jurisdição conhecido e provido. Decisão por maioria. (TJSE; CJ 201500115856; Ac. 18518/2015; Tribunal Pleno; Rel. Juiz José dos Anjos; DJSE 18/11/2015)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE VARA CRIMINAL VERSUS JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. ARTIGO129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. CONFLITO ENTRE IRMÃOS. BRIGA POR DIVISÃO DE BEM COMUM, HAVIDO POR HERANÇA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL.

1. O fato de os possíveis agressores serem irmãos da vítima não atrai, por si só, a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, pois não basta que a vítima seja do sexo feminino para incidir a Lei Maria da Penha, sendo também necessário que a agressão física ocorra no âmbito das relações familiares baseada no gênero, visando subjugar mulher em situação de vulnerabilidade.

2. Na espécie, o suposto delito de lesão corporal qualificado praticado pelos irmãos contra a irmã mais velha não caracterizou violência baseada no gênero, no sentido de oprimi-la por ser mulher. Ao contrário, a hipótese revela que a briga da qual resultou as lesões corporais teve motivação específica, e decorreu de discórdia entre irmãos sobre a partilha de bem imóvel havido por herança.

3. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitante, no caso o Juízo da Terceira Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Taguatinga/DF. (TJDF; CCR 20150020266178; Câmara Criminal; Rel. Jesuíno Rissato; DJE 19/11/2015. Pág. 80)

Logo, não demonstrado o liame entre a agressão e o fator gênero, em razão do vínculo familiar existente entre o que agressor e ofendida, que são irmãos, portanto não incidem as disposições da Lei 11.340/2006.

Ante o exposto, com o parecer, julgo improcedente o presente conflito de competência, declarando o juízo suscitante, qual seja, Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande-MS para processar os autos n. 0018678-94.2016.8.12.0001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 11 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0013181-77.2008.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA DUAS VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS E LAUDOS PERICIAIS QUE COMPROVAM O ABUSO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE APLICADA – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO DESABONADORA – PEDIDO DE FIXAÇÃO DA ATENUANTE DA CONTINUIDADE DELITIVA EM 1/6 – IMPROVIDO – VÍTIMAS DISTINTAS QUE FORAM ABUSADAS SEXUALMENTE POR LONGO PERÍODO (VÁRIOS ANOS) – PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO – IMPOSSIBILIDADE – PENA APLICADA E CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA QUE NÃO AUTORIZAM – PEDIDO DE ISENÇÃO DE CUSTAS – PROCEDENTE – RECORRENTE ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – COM O PARECER.

Não há falar em falta de provas do crime de atentado violento ao pudor se os depoimentos das vítimas são confirmados pelos laudos periciais conclusivos quanto a uma das vítimas.

Ademais, quanto à outra vítima, a inconclusão do laudo não afasta só por si a materialidade do abuso sexual, em se tratando de crime que não necessariamente deixa vestígios (manipulação genital da vítima - masturbação imposta - e carícia sexual do pênis sobre a vagina da vítima).

Sendo a fala das vítimas segura, de que o recorrente penetrava-lhes o dedo na vagina bem como esfregava seu pênis em seus órgãos genitais, e corroborada por prova pericial, impõe-se manter a condenação.

Não se reduz a pena aplicada se as circunstâncias do delito (abuso de vítimas de 8 e 9 anos de idade) mostram maior vulnerabilidade das vítimas ainda crianças e maior reprovabilidade da conduta.

Não se eleva o patamar da redutora da continuidade delitiva se o crime foi praticado contra vítimas distintas e por longo período de tempo.

O condenado a pena superior a 08 anos de reclusão que ainda ostenta circunstância desabonadora tem de iniciar cumprimento de pena no regime fechado.

Concede-se a isenção de custas àquele que foi assistido por todo o feito pela Defensoria Pública Estadual.

Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover parcialmente o recurso.

Campo Grande, 1º de agosto de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

V. A. da S. foi condenado a 10 anos 10 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime V. A. da S. interpôs apelação criminal objetivando a reforma da sentença singular (fls. 222-234) que o condenou à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, pela prática do crime descrito no artigo 214 (revogado), por duas vezes, combinado com o artigo 224, alínea a e artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro, com fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena de estupro com violência presumida contra duas vítimas, de acordo com os arts. 214, 224 *"a"* e 226, II, todos do CP.

O recorrente alega que não há provas a lastrear o édito condenatório; alternativamente, requer a fixação da pena no mínimo legal, a aplicação da continuidade delitiva em 1/6, fixação de regime mais brando, e os benefícios da justiça gratuita.

O *Parquet* contra-arrazoa, às f. 262-273, pelo improvimento recursal.

O Parecer Ministerial opina, às f. 278-308, pelo parcial provimento do recurso apenas para isentar o apelante das custas processuais.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Do pedido de absolvição por falta de provas:

O recorrente foi denunciado porque na data de 30 de maio de 2007, constrangeu sua enteada C. dos S. P., de 14 anos, a praticar ato libidinoso da conjunção carnal desde que esta tinha 08 anos de idade, consistente em enfiar o dedo e esfregar o pênis em sua vagina; bem como também abusou sexualmente da irmã da vítima C., D., de 11 anos de idade, desde que tinha 09 anos de idade consistente em enfiar o dedo e esfregar o pênis em sua vagina, nesses termos:

> *(...) FATO Nº 01:*
>
> *1-Depreende-se do caderno inquisitorial que no dia 30 de maio de 2007 foi noticiado às autoridades policiais, que o denunciado V. A. da S. vem constrangendo sua enteada C. dos S. P., 14 (catorze) anos, a praticar com ele, ato libidinoso diverso da conjunção carnal, desde de quando ela tinha 08 (oito) anos de idade.*
>
> *2-Consta no presente inquérito policial que no dia 26 de maio de 2007, a Srª V. M. dos S.levou C. para passar uns dias com ela, quando a vítima relatou que estava sendo molestada sexualmente pelo padrasto e por isso não queria volar para a casa, e desde então, a vítima está sob os cuidados de seu genitor, na cidade de Dourados/MS.*
>
> *3-Consta que a mãe da vítima, a srª A. P. da S. convive maritalmente com o denunciado desde quando C. tinha 4 (quatro) anos de idade, e C. morou com seu genitor até por volta de 10 (dez) anos de idade, nesta época quando ia visitar a mãe, a cada visita, o denunciado a molestava sexualmente.*

4- A vítima relata em suas declarações (fls. 64-65) que em suas visitas à mãe, o denunciado ficava abraçando-a e beijando-a, colocava sua irmã menor D. e a ofendida no colo e esfregava o dedo em suas vaginas.

5-Ademais, o denunciado a levava para debaixo do pé de mexerica e "enfiava o dedo em sua vagina", sem tirar as suas roupas, e também ficava "esfregando o pênis em sua vagina", conforme afirmou a vítima no relato de atendimento psicossocial (f. 20-21).

5.A vítima nunca havia relatado os fatos à seus pais biológicos por medo, pois o denunciado ameaçava de bater ou de proibí-la de ver os irmãos menores.

6 – Consta ainda nos relatos da vítima, que quando a mesma passou a residir com a mãe e o denunciado, este não mais mexeu com C., mas, sim, com sua irmã menor D.

7 – Importa relatar que a vítima, após contar os fatos à srª V., não mais residiu com o denunciado, voltando a morar com o pai biológico. Entretanto, a mãe de C. continua a viver com o denunciado, acreditando na inocência do mesmo, f. 44, a srª Aparecida ainda menciona o fato de não acreditar na versão de C., uma vez que a mesma já acusou o próprio pai de abuso sexual e depois desmentiu o fato.

8 – O denunciado, em suas declarações, nega os fatos, diz nunca ter abusado sexualmente da vítima, e acredita ser invenção da mesma para morar com a Srª Vanusa, em Campo Grande, f. S31-32.

9 – De acordo com o laudo de exame de corpo de delito (fls 14-16) a vítima é virgem e, à data em que o exame foi feito não existiam elementos que caracterizassem conjunção carnal ou ato libidinoso. Entretanto, não restam dúvidas de que a vítima foi submetida a ato libidinoso diverso da conjunção carnal pelo denunciado.

10 – A autoria é certa na pessoa do denunciado, a qual será comprovada pelo relato de atendimento psicossocial (fls 20-21) e pelo depoimento da vítima.

FATO Nº 02:

1- Depreende-se do caderno inquisitorial que no dia 30 de maio de 2007 foi noticiado às autoridades policiais, que o denunciado V. A. da S. vem constrangendo sua enteada D. P. da S., 11 (onze) anos, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal, desde quando ela tinha 09 (nove) anos de idade, conforme exame de corpo de delito (fls. 17-19).

2- Consta no presente inquérito policial que no dia 26 de maio de 2007, a irmã da vítima por parte de pai, a Srª V. M. dos S. levou D. para passar uns dias com ela, quando a vítima relatou que estava sendo molestada sexualmente pelo padrasto e por isso não queriam voltar para casa, e desde então a vítima está sob os cuidados da Srª V.

3- Consta que D. foi morar juntamente com seu padrasto e sua mãe quando tinha aproximadamente 03 (anos) de idade, e foram várias as vezes em que o denunciado a molestou sexualmente, aproveitando-se dos momentos de ausência da genitora da vítima.

4- Confirmou a vítima D., no relato de atendimento psicossocial (fls20-21) que o denunciado a levou para debaixo de um pé de mexerica e "enfiou o dedo na sua vagina", disse também que o padrasto aproveitava-se quando saía a sós com a vítima, obrigada pela mãe, para ir ao mercado, no período noturno, e o denunciado passava a mão pelo corpo da ofendida, bem como tirava-lhe a roupa, e introduzia o dedo dentro da vagina da vítima, e que, por algumas vezes, o denunciado a levava para o mato e esfregava o pênis na vagina dela, (fls. 76-78).

5- A vítima relatou no atendimento psicossocial, que o denunciado "nunca colocou o pênis dentro da vagina dela, apenas ficava esfregando, e que dentro da vagina ele colocava somente o dedo". D. relata ainda que por diversas vezes o denunciado ficava tentando vê-la tomar banho, e que, durante a noite, em várias ocasiões a vítima acordava com o denunciado lhe tirando as cobertas.

6 – Consta ainda, que quando a irmã da vítima, Srª V. foi visitá-la e a convidou para passar alguns dias com ela, na cidade de Campo Grande/MS, pois iria aproveitar a oportunidade e levar a vítima ao médico, por esta não estar se sentindo bem na ocasião, o denunciado ficou nervoso, e disse que "não era para levar D. ao médico" e disse que para D., "que não era para levar ao médico, era para ela inventar alguma coisa e não ir, pois caso ela fosse ao médico eles poderiam descobrir aquilo". Disse ainda que "se fosse preso, iria se vingar de todo mundo, pois tinha muitos amigos que eram policiais e caso ele fosse preso, no outro dia já estaria solto'.

7 – Na época dos fatos, a vítima relatou que tinha medo e vergonha de contar os abusos para sua mãe ou qualquer outra pessoa, devido às constantes ameaças do denunciado, dizendo que se contasse qualquer coisa "se vingaria". Certa vez, a vítima tentou conversar com a mãe, perguntando se deixaria o padrasto para ficar com as filhas, a genitora respondeu "que jamais deixaria seu marido para ficar com suas filhas", diante de tal resposta, a ofendida não deu continuidade à conversa.

8 – A mãe da vítima, a Srª A. P. da S., informou através do termo de declarações às fl. 44, que acredita que D. inventou tal acusação influenciada por C. , e ao ser questionada sobre D. possuir ruptura himenal e vestígios de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, conforme descritos no exame de corpo de delito (fls. 17-19), A. diz ter certeza não ser o denunciado o autor dos fatos. A genitora da vítima menciona que não teve mais contato com D., por ela se encontrar em Campo Grande/MS sob os cuidados de sua irmã V..

9 – O denunciado, por sua vez, negou as acusações que lhe foram imputadas, alegando que foi invenção das vítimas para poderem ficar na casa da Srª V. (fls. 31-32).

10 - De acordo como laudo de exame de corpo de delito (fls. 17-19), conclui-se que a vítima apresentava rotura himenal não recente, e que provavelmente tal rotura foi provocada pela introdução do dedo e não por conjunção carnal, ou seja, existiam elementos que caracterizavam o ato libidinoso. Entretanto, não restam dúvidas de que a vítima foi submetida a ato libidionoso diverso da conjunção carnal pelo denunciado.

11 – A autoria é certa na pessoa do denunciado, a qual a materialidade está comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito, fls. 17-19, pelo relato do atendimento psicossocial (fls.20-21) e pelos depoimentos das testemunhas e das próprias vítimas...".

A sentença foi assim lançada:

(...) Cuida-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público, em relação a V. A. da S., dando-o como incurso nas penas do art. 214 (revogado) por duas vezes, c/c art. 224, alínea "a", c/c art. 226, inciso II, na forma do art. 71 todos do CP, sob alegação de que "no dia 30 de maio de 2007, chegou ao conhecimento da autoridade policial que o denunciado constrangeu as vítimas, suas enteadas D. P. da S. e C. dos S. P., mediante violência, a praticar ato libidinoso, diverso de conjunção carnal, molestando-as no período compreendido entre 01 de janeiro de 2001 a 25 de maio de 2007."

Recebida a denúncia em 23 de julho de 2010 (f. 99), o acusado foi regularmente citado, tendo oferecido resposta à acusação (f. 105/107).

Em audiências de instrução (f. 126, 157 e 182) foram ouvidas as testemunhas A. P. da S., D. P. da S., V. M. dos S., C. dos S. P., S. M. de A. e M. da C.. Interrogado à f. 192, o réu negou os fatos que lhe são atribuídos na denúncia.

Em alegações finais o Ministério Público pede a condenação do réu, asseverando que devidamente comprovadas autoria e materialidade delitivas (f. 194/208). A defesa, a seu turno, pediu decreto de absolvição, ante a insuficiência probatória à ensejar decreto condenatório (f. 210/219).

É o relatório. Decido.

Imperioso destacar, a princípio, que os crimes do jaez deste em apuração, geralmente são cometidos à sorrelfa, sob o manto protetivo da reserva domiciliar, de forma a causar consideráveis empeços à apuração da verdade real.

Porém, hodiernamente, a pacífica jurisprudência dos tribunais brasileiros tem aceito que: a palavra uníssona e coerente da vítima, alinhada com outros elementos de prova carreado nos autos, são elementos suficientes para a condenação neste tipo de delito.

É o caso dos presentes autos.

A começar pelos laudos coletados às fls. 22/27, e o relatório psicossocial de fls. 28/29, restou clara a materialidade, bem como, a autoria delitiva, que recai na pessoa do denunciado.

As perícias realizadas nas vítimas apontam, como primeiro elemento de prova, para a consumação material do ato praticado pelo denunciado na vítima D. Pereira da Silva, tendo os espertos concluído que: "Do observado e exposto, concluímos que a examinada apresenta rotura himenal não recente (mais de 10 dias)", fls. 25 (verso); e: "Do observado acima e exposto, concluímos que a examinada apresenta vestígios compatível com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal", fls. 27 (verso).

Outra prova elementar para a condenação do denunciado é apontado pelo relatório de atendimento confeccionado à fl. 28/29 dos autos. Este relato dá conta que houve a prática delitiva, descrevendo a psicóloga signatária do documento, todos os atos e os momentos em que o denunciado abusava de suas enteadas. Relatos estes, que se encaixam perfeitamente com os depoimentos prestados pelas vítimas nas fases policial e judicial.

V. M. dos S., irmã da vítima D., em seu depoimento na delegacia de polícia, fls. 32/33, informou que ao tomar conhecimento do que estava acontecendo, tomou todas as providências necessárias, inclusive, requerendo a guarda provisória das meninas.

Uma das vítimas, C. S. P., foi enfática em seu depoimento prestado na delegacia de polícia, fls. 72:

(...) Que informa que desde antes de ir morar com sua mãe e o acusado, a cada visita sua na casa de ambos, era molestada pela acusado; Que o acusado colocava a declarante e sua irmã D. no colo e esfregava o dedo em suas vaginas; Que isso ocorria todas as vezes que a declarante ia a casa de sua mãe para visitá-la (...); Que sempre que isso acontecia, o acusado ameaçava-as de bater ou até mesmo de proibi-las de ver os irmãos menores; (...) Que a partir de então o acusado não mais mexeu com a declarante, mas sim com D. que ainda era pequena.

Este relato descrito na delegacia de polícia se coaduna com o depoimento prestado na fase judicial:

Juiz: Como é que foi?

Depoente: Ele colocava o dedo.

Juiz: Na sua vagina?

Depoente: É.

MP: Ele tirava sua roupa?

Depoente: Tirava.

MP: E isso sem o seu consentimento?

Depoente: É.

(...)

Depoente: Ele não deixava eu sair, ele não deixava eu ir nem na casa do meu pai, com medo de eu contar pra alguém.

MP: Ah, ele fez isso várias vezes com a senhora?

Depoente: Várias vezes, mas não depois dos 10 né, por que eu ia visitar eles.

(...)

MP: Constou também no seu depoimento que ele esfregava o pênis em sua vagina.

Depoente: Mais não...Só por cima da roupa é.

A outra vítima, D. P. da S., também foi enfática, tanto na fase policial, fls. 84/86, quanto na fase judicial, fls. 159/162.

Na fase policial, assim se manifestou:

(...) Que, informa que seu padrasto V.r a molestou sexualmente em várias oportunidades, sendo que este sempre aproveitava a oportunidade em que sua mãe A. não estava na casa para molestar a declarante, e ainda afirma que V.r sempre pedia para que a declarante o acompanhasse até o mercado no período da noite, oportunidade em que V.r se aproveitava para passar a mão no corpo da declarante, tirar a roupa da declarante e colocar o dedo dentro de sua vagina, e ainda afirma que algumas vezes V.r a levava para o mato e chegou a esfregar o pênis na vagina da declarante; Que, não sabe dizer ao certo quantas vezes foi molestada por V.r, mas afirma que foram várias vezes; (...) Que, informa que sempre teve medo e vergonha de contar o que estava acontecendo em sua casa para sua mãe ou para qualquer outra pessoa, pois V.r constantemente ameaça a declarante e sua irmã C. . (...).

Na fase judicial, fls. 159/162, deu as seguintes declarações:

Juíza: É isso? O que que aconteceu D.?

Depoente: Ah, tipo, ele abusava de mim e da minha irmã né. Ele abusava de nós duas. Tipo assim, eles... Como?

Juíza: Quantos anos você tinha na época, mais ou menos?

Depoente: Eu tinha uns 10 anos.

Juíza: Aham. E ele fez isso uma vez só ou mais de vez?

Depoente: Não, muitas vezes.

Juíza: Muitas vezes? Durou mais ou menos assim de que idade até quando?

Depoente: Assim, ele vinha abusando de mim assim desde os 07 anos de idade até os 11 anos, que foi que a minha irmã me tirou de lá.

Juíza: Tá certo. E esse abuso consistia em que exatamente D.?

(...)

Juíza: E você falou que ele enfiava o dedo, em qual parte do seu corpo?

Depoente: Na minha vagina.

Juíza: Na vagina. Uhum. Alguma vez ele tentou ter relação sexual com você?

Depoente: Já.

(...)

Depoente: Tipo, ele tirou a minha roupa né e começou a abusar de mim normal, como ele fazia sempre, mas daí na hora que ele chegou mesmo para fazer relação sexual comigo eu não quis.

(...)

MP: Me diz uma coisa: O V.r, ele chegou a ameaçar você e a tua irmã, caso vocês revelassem...

Depoente: Sim.

MP: O que ele fazia?

Depoente: Ele falava assim para nós assim que se caso a gente contasse alguma coisa para a mãe, sempre ele falava assim: 'Se um dia vocês chegarem, assim e contar alguma coisa para a sua mãe ou alguém ficar sabendo, vocês não precisam se preocupar porque eu não vou preso, porque eu tenho um monte de amigo policial aí e não dá nada para mim e sabe que se depois eu sair de lá, a coisa muda', ele falava assim para nós.

O denunciado, por sua vez, na delegacia de polícia, fls. 39/40, relatou que a infâmia direcionada a sua pessoa seria, em suas palavras: "invenção das meninas para poderem ficar morando na casa de V., irmã de D. em Campo Grande/MS." Porém, como se depreende dos autos, não conseguiu comprovar tais alegações.

Teve a pachorra de dizer que, em conversa com V., esta teria lhe dito: "estupra estas duas neguinhas que não dá nada, eu tenho dois filhos com meu padrasto e não deu nada. (...) Alega ainda que o esposo de V., O., o qual é caminhoneiro, falou para um amigo do declarante, P. C de M, residente na Vila Mariano, não sabendo declinar o endereço: 'vou levar estas neguinhas para Campo Grande para mandar estuprar elas porque aqui em Dourados, não tem homem para estuprar elas'".

Neste mesmo depoimento, não nega que ia com as meninas ao mercado, assim se manifestando: "Que, indagado se chamava as meninas para ir ao mercado à noite, respondeu que nunca as chamou, sendo que as meninas que iam porque queriam e que o mercado era bem próximo de sua casa, cerca de suas quadras e nunca abusou delas".

Para apoiar a tese do marido, a amásia do denunciado, Sra. A. P. da S., no intuito de defendê-lo, tanto na fase policial, fls. 52/53, quanto na fase judicial, fls. 128/134, deu a seguinte versão dos fatos:

(...) Que a declarante afirma que foi C. quem acusou V.r de tê-la molestado sexualmente e ainda molestado D. pois C. já acusou o próprio pai de abuso sexual. Que, na época, C. relatou que era mentira e que havia inventado tal acusação sobre seu pai porque queria ir morar com a declarante. Que, novamente, C. relatou ter sofrido abuso sexual de V.r, pois pretendia de ir embora para a cidade de Campo Grande/MS. (...) Que, questionada sobre o laudo onde informa que D. apresentava ruptura himenal e vestígios de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, a declarante afirma ter certeza absoluta que não foi V.r quem 'mexeu' com D. pois confia em seu esposo, e que V.r nunca saiu sozinho com D.. Que a declarante acha que alguém 'mexeu' com D. em uma das idas da mesma para a cidade de Campo Grande/MS onde D. sempre passava férias (...).

Na fase judicial, confirmou a versão anteriormente dada:

Juíza: (...) A senhora acha que foi inventada essa história?

Depoente: foi. Isso aí foi inventado. Eu tenho certeza absoluta que foi.

Depoente: A C. , para ela ir para minha casa ela falou do próprio pai dela que o pai dela tinha...

Juíza: Abusado.

Depoente: Tinha abusado dela e não era verdade. Comprovado que não foi verdade.

Juíza: E a D.?

(...)

Juíza: E teve processo também? A C. com o pai dela?

Depoente: Não, não chegou a ter processo não. Que ela ficou indo para o Sentinela.

(...)

Juíza: E a senhora, o quê fez?

(...)

Juíza: E a senhora comunicou para quem?

Depoente: Eu?

Juíza: Que providências a senhora tomou?

Depoente: Eu tomei as providências necessárias.

Juíza: Foi na polícia?

Depoente: Fui. Conversei e tudo. Aí no final não era verdade as coisas que ela falou. A senhora entendeu? Então ela já é acostumada a fazer isso.

(...)

MP: E havia momentos em que eles ficavam sozinhos na casa?

Depoente: Não. Nunca.

(...)

MP: A senhora tem certeza disso?

Depoente: Tenho. Eu sempre estava junto com elas.

(...)

MP: Foi a V. que inventou?

Depoente: Foi. Só pode, né?

MP: Mas a senhora falou antes que foi a C. que tinha inventado que ela era ruim.

Depoente: Então, elas todas juntas, a C. , a V. e o marido dela, o policial. Foram eles que inventaram essas histórias.

(...)

MP: (...) foi constatado numa perícia na D. que na época era uma criança que havia uma ruptura himenal não recente, ou seja, provocada provavelmente por introdução do dedo na vagina dela. Uma criança. A senhora sabe dizer como que isso aconteceu?

Depoente: Eu não sei.

(...) Ocorre que, tanto a versão dada pelo denunciado, quanto a versão dada pela mãe das meninas não foram capazes de elidir, concretamente, todos os outros elementos de prova carreados nos autos, sendo certo que o édito condenatório se encaixa perfeitamente.

Assim sendo, inafastável a condenação do réu pelas duas práticas delitivas que lhes foram perpetradas pelo Ministério Público Estadual.

Passo à dosimetria.

Embora seja primário e não possua antecedentes criminais (sumula 444 do STJ), as condições do art. 59 do Código Penal não são favoráveis ao réu. As vítimas, à época dos fatos, eram pessoas de tenra idade, que sequer haviam ingressado na adolescência, e tiveram, de modo abrupto, interrompida a sua inocência. Sendo assim, fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão para cada um dos fatos perpetrados pelo denunciado.

Em razão da agravante insculpida no artigo 226 do Código Penal, visto o denunciado ser padrasto das meninas vítimas dos abusos, agrava-se as penas para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Reconhecida a ocorrência do crime continuado, pela inteligência do art. 71 do Código Penal, e sendo a pena idêntica à ambos os crimes, aplicar-se-á somente a pena de um, aumentada em 1/3 (um terço), restando 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Não havendo condições outras que aumentem ou diminuam a pena, torno-a definitiva.

O início do cumprimento das penas será pelo regime fechado, na forma do CP, art. 33, § 2º, alínea a, de vez que foi utilizada violência física e psíquica contra a pessoa (vis absoluta et compulsiva), e o regime menos gravoso não atenderia a reprovabilidade ao delito. Não se olvide que se trata de crime hediondo o referido delito, na forma da Lei 8.072/90, art. 1º, inc. VI. De tal forma, em vista do fraseado do art. 2º, § 1º, da aludida norma, impõe-se a expiação da reprimenda em regime inicialmente fechado. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à míngua das condições do art. 44 do Código Penal.

Diante do exposto, e pelo do que mais dos autos constam, julgo procedente o pedido condenatório, para CONDENAR V. A. da S., brasileiro, casado, filho de J. A. da S. e de A. M. da C., à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão por infringência ao art. 214, combinado com os artigos 224, a e 226, inc. II do Código Penal. O regime inicial de cumprimento da reprimenda será o fechado, na forma do CP, art. 33, § 2º, alínea a, de vez que foi utilizada violência física e psíquica contra a pessoa (vis absoluta et compulsiva), e o regime menos gravoso não atenderia a reprovabilidade ao delito.

Transitada em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, expedindo-se carta de guia para expiação da reprimenda, e dando-se baixa na distribuição. Autorizo recurso independente de recolhimento, por não estarem presentes os pressupostos autorizadores da segregação cautelar. Sem condenação de custas por estar o condenado sendo assistido pela Defensoria Pública. Façam-se as comunicações de estilo.

P.R.I.C.

Dourados, 29 de junho de 2012

Rubens Witzel Filho

Juiz de Direito...

Portanto, o recorrente foi denunciado porque na data de 30 de maio de 2007, constrangeu sua enteada C. dos S. P., de 14 anos, a praticar ato libidinoso da conjunção carnal, consistente manipular a vagina da vítima enfiando o dedo (masturbação imposta) e esfregar o pênis em sua vagina; bem como também abusou sexualmente da irmã da vítima C., a criança D., de 11 anos de idade, consistente em enfiar o dedo e esfregar o pênis em sua vagina.

Registra que isto ocorria desde que C. tinha 08 anos de idade e desde que D. tinha 09 anos de idade.

A materialidade está evidenciada através dos laudos coletados às f. 29-30 e 33-34, depoimentos das vítimas, relatório psicossocial de f. 35-36, e depoimentos de testemunhas.

As perícias realizadas em maio de 2007, ou seja, logo após noticiados os fatos à autoridade policial, redundaram em laudos dos peritos médicos legistas que estão a f. 29-30 e 33-34 dos autos, laudos onde os Peritos concluíram que havia rotura himenal.

O laudo de f. 29-30 refere-se à vítima D. e conclui que do observado e exposto, a examinada apresenta rotura himenal não recente (mais de 10 dias) (cf. F. 30).

Os legistas responderam ao quesito 3 declarando que o hímen da periciada *"apresentava rotura completa cicatrizada no QSO"*, e, na discussão dos vestígios observados, os Legistas assinalaram que

"pela conformação de sua genitália que é pequena, é mais provável que tal rotura himenal tenha ocorrido pela introdução do dedo e não por conjunção carnal." (cf. F. 29)

O laudo de f. 33-34 refere-se à vítima D. e conclui que *"(...) Do observado acima e exposto, concluímos que a examinada apresenta vestígios compatível com a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal"*. (cf. F. 34)

Neste laudo os peritos responderam *"SIM "*ao quesito 1, isto é, que *"houve prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal",* responderam ao quesito 2 atestando que a rotura era *"compatível com introdução de dedo na vagina"* e ainda explicaram que, *" como a genitália é de pequena dimensão e tem apenas 01 rotura no quadrante superior direito, é mais provável que tal rotura seja causada por introdução de dedo do que por conjunção carnal."* (cf. F. 33).

Não há assim qualquer dúvida de que a periciada D., que tinha 11 anos na data da perícia, apresentava sinais de ter sido submetida a abuso sexual, o que, se cotejada tal conclusão com a ausência de indicação ou elemento nos autos acerca de qualquer outro possível agressor, redunda em prova de materialidade do crime e indícios veementes de autoria pelo apelante, que outras provas corroboram, como será exposto abaixo.

Já quanto à criança C., os laudos de f. 23-26 não são conclusivos sobre rotura himenal ou outras lesões.

Todavia, é de se salientar que mesmo assim isso só não significa que não tenha ocorrido abuso contra C., pois o ato libidinoso não deixa sempre e necessariamente vestígios, e o que foi imputado ao apelante foi justamente a prática de introduzir um dos dedos na vagina da vítima, então trata-se de agressões de natureza sexual que constituem ato libidinoso diverso de conjunção carnal, assemelhadas ao antigo delito de atentado violento ao pudor, que não deixam obrigatoriamente vestígios.

A ausência de vestígios só por si não impede que o delito seja provado, pois podem haver outras provas a respeito, conforme entendimento pacífico da jurisprudência, veja-se o STJ:

> *(...) RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO ARCANJO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. ALTO VALOR PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO CONCRETA.*
>
> *1. De acordo com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de degravação dos diálogos objeto de interceptação telefônica em sua integralidade, visto que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido.*
>
> *2. Para se declarar a nulidade atinente à transcrição parcial das interceptações telefônicas, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, mormente quando se alcança a finalidade a que o ato se destina, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal (REsp 1381695/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 26/08/2015).*
>
> *3. Pacificou-se neste Sodalício entendimento de que a presunção de violência no crime de estupro cometido contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do artigo 224, alínea "a", do Código Penal, é de natureza absoluta, de maneira que a aquiescência da ofendida ou mesmo sua experiência com relação ao sexo não tem relevância jurídico-penal.*

4. Em se tratando de delitos sexuais, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que crimes dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.

5. É inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Aplicação do disposto na Súmula 182/STJ.

6. Tendo sido decretada a perda do cargo público com base na "ausência de um padrão comportamental e moral compatível com o exercício de funções públicas" em razão da prática de crimes de natureza sexual contra menores de 14 anos, não há falar em violação do artigo 92, I, "a", do Código Penal. 7. Agravo regimental conhecido em parte e improvido. (AgRg no REsp 1533480/RR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

Outras decisões seguem no mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS DOS ATOS LIBIDINOSOS. IRRELEVÂNCIA DO RESULTADO INCONCLUSIVO DO LAUDO PERICIAL. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Trata-se de condenação do réu como incurso nos arts. 217-A e art. 213, § 1º, c/c art. 226, II, e art. 71, todos do CP. Incabível a absolvição do réu, ante a comprovação da autoria e materialidade delitivas. Édito condenatório fundamentadamente respaldado no acervo probatório, integrado pela confissão judicial do acusado, pelos relatos firmes e seguros da vítima, em consonância com os depoimentos das testemunhas.

Pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à prescindibilidade do laudo positivo do exame pericial, em crimes como o de estupro, especialmente, como no caso dos autos, quando envolvidos atos libidinosos que nem sempre deixam vestígios, havendo o julgador firmado o seu convencimento no conjunto de provas coligido aos autos.

In casu, inequívoco o valor probante da palavra da ofendida, devidamente corroborado pelos demais elementos de convicção. Irretocabilidade da dosimetria da pena. Recurso conhecido e improvido. (TJ-BA - Apelação : APL 00197045520118050080 , Orgão Julgador Segunda Camara Criminal - Segunda Turma , Publicação em 06/08/2013, Julgamento em 18 de Julho de 2013, Relator Inez Maria Brito Santos Miranda).

ESTUPRO DE VULNERAVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS. VÍTIMA COM APENAS 7 ANOS DE IDADE. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS DE ATO LIBIDINOSO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRAQUILIDADE. NÃO CABIMENTO. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DA SEGUNDA VEZ QUE MILITA EM FAVOR DO RÉU. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- É pacífico o entendimento de que o crime de estupro de vulnerável se consuma com a prática de atos libidinosos ofensivos à dignidade sexual da vítima, menor de 14 anos, os quais nem sempre deixam vestígios razão pela qual, o exame pericial, não é imprescindível para comprovar a materialidade do delito, podendo ser demonstrada por outros elementos de prova, sobretudo, pela palavra segura e coerente da vítima, criança de 7 anos de idade, como ocorre na hipótese. 2- Inviável a desclassificação do delito de estupro para a contravenção penal prevista no artigo 65 da LCP, quando comprovado que o réu passou a mão nos seios e introduziu o

> *dedo na genitália da vítima com a nítida intenção de satisfazer a própria lascívia. 3- A inobservância ao princípio da correlação entre acusação e sentença, enseja nulidade, por violação ao princípio da ampla defesa. Por outro lado, havendo dúvida quanto à segunda ocorrência, esta dúvida deve militar em favor do réu. A exclusão da continuidade delitiva é medida que se impõe. 4- Recurso conhecido e parcialmente provido.* (TJDF TJ-DF : 20151110054170 - Segredo de Justiça 0005257-79.2015.8.07.0011, Órgão Julgador 3ª Turma Criminal, Publicado no DJE de 05/05/2017 . Pág.: 273/288, Julgamento em 27 de Abril de 2017, Relator Demetrius Gomes Cavalcanti).

Então, cabe analisar as demais provas, com vistas a corroborar ou não a autoria dos crimes atribuídos ao apelante.

A vítima C., na fase policial às f. 79-80, assim confirma os abusos sofridos:

> *(...) Que informa que **desde antes de ir morar com sua mãe e o acusado, a cada visita sua na casa de ambos, era molestada pela acusado**; Que **o acusado colocava a declarante e sua irmã D. no colo e esfregava o dedo em suas vaginas**; Que isso **ocorria todas as vezes que a declarante ia a casa de sua mãe para visitá-la** (...); Que sempre que isso acontecia, **o acusado ameaçava-as de bater ou até mesmo de proibi-las de ver os irmãos menores**; (...) Que a partir de então o acusado não mais mexeu com a declarante, mas sim com D. que ainda era pequena...Que atualmente a declarante voltou a morar com seu pai biológico e D. passou a morar com sua irmã Vanusa (...)*

Tal depoimento é confirmado em juízo, às f. 193 dos autos, *in verbis:*

> *(...) Juiz: Como é que foi?*
>
> *Depoente: Ele colocava o dedo.*
>
> *Juiz: Na sua vagina?*
>
> *Depoente: É.*
>
> *MP: Ele tirava sua roupa?*
>
> *Depoente: Tirava.*
>
> *MP: E isso sem o seu consentimento?*
>
> *Depoente: É.*
>
> *(...)*
>
> *Depoente: Ele não deixava eu sair, ele não deixava eu ir nem na casa do meu pai, com medo de eu contar pra alguém.*
>
> *MP: Ah, ele fez isso várias vezes com a senhora?*
>
> *Depoente: Várias vezes, mas não depois dos 10 né, por que eu ia visitar eles. (...)*

A outra vítima, D. P. da S., tanto na fase policial às f. 84-86, quanto na fase judicial, às f. 159-162, confirma que foi abusada sexualmente pelo recorrente, veja-se:

Na fase policial:

> *(...) Que, informa que seu padrasto V.r a molestou sexualmente em várias oportunidades, sendo que este sempre aproveitava a oportunidade em que sua mãe A. não estava na casa para molestar a declarante, e ainda afirma que V.r sempre pedia para que a declarante o acompanhasse até o mercado no período da noite, oportunidade em que V.r*

se aproveitava para passar a mão no corpo da declarante, tirar a roupa da declarante e colocar o dedo dentro de sua vagina, e ainda afirma que algumas vezes V.r a levava para o mato e chegou a esfregar o pênis na vagina da declarante; Que, não sabe dizer ao certo quantas vezes foi molestada por V.r, mas afirma que foram várias vezes; (...) Que, informa que sempre teve medo e vergonha de contar o que estava acontecendo em sua casa para sua mãe ou para qualquer outra pessoa, pois V.r constantemente ameaça a declarante e sua irmã C. (...)

Na fase judicial, f. 162-165:

(...) JUÍZA: Boa tarde. É D.?

DEPOENTE: Sim.

JUÍZA: Os autores me autorizam a iniciar as perguntas para a vítima?

DEFESA: Sim.

JUÍZA: D., nós estamos aqui investigando um fato que teria ocorrido com você e com a sua irmã em Dourados, no ano de 2007, entre vocês e o padrasto de vocês, V.r A. da S. Você pode nos contar se nessa época lá em Dourados, ele fez alguma coisa que você não concordou?

DEPOENTE: Sim, tipo...

JUÍZA: Oi?

DEPOENTE: Sim.

JUÍZA: Você pode nos contar? Aqui eu tenho que foi mais ou menos em maio de 2007.

DEPOENTE: Sim.

JUÍZA: É isso? O quê que aconteceu D.?

DEPOENTE: Ah, tipo, ele abusava de mim e da minha irmã né. Ele abusava de nós duas. Tipo assim, eles... Como?

JUÍZA: Quantos anos você tinha na época, mais ou menos?

DEPOENTE: Eu tinha uns 10 anos.

JUÍZA: Aham. E ele fez isso uma vez só ou mais de uma vez?

DEPOENTE: Não, muitas vezes.

JUÍZA: Muitas vezes? Durou mais ou menos assim de que idade até quando?

DEPOENTE: Assim, ele vinha abusando de mim assim desde os 07 anos de idade até os 11 anos, que foi que a minha irmã me tirou de lá.

JUÍZA: Tá certo. E esse abuso consistia em quê exatamente D.?

DEPOENTE: Como assim?

JUÍZA: É que para a gente saber que tipo de crime que aconteceu, a gente tem que saber o quê exatamente que ele fez. Se ele teve relação sexual, que tipo que foi, se ele passou a mão em algum lugar do seu corpo.

DEPOENTE: Sim, ele só passava a mão, tipo assim, enfia o dedo né.

JUÍZA: Aham.

DEPOENTE: Assim, ele...

JUÍZA: Em que parte do seu corpo ele passava a mão?

DEPOENTE: Tudo.

JUÍZA: Tudo? Inclusive nos seus seios e na sua vagina?

DEPOENTE: Sim.

JUÍZA: E você falou que ele enfiava o dedo, em qual parte do seu corpo?

DEPOENTE: Na minha vagina.

JUÍZA: Na vagina. Uhum. Alguma vez ele tentou ter relação sexual com você?

DEPOENTE: Já.

JUÍZA: Como que foi isso?

DEPOENTE: Não, foi assim, no dia que a minha mãe tinha ido levar a minha irmã no posto né, aí só ficou eu e ele em casa e os meus outros irmãos, mas eles estavam dormindo e isso aconteceu à noite, mas aí eu não deixei.

JUÍZA: Uhum. Aí o quê que ele tentou fazer exatamente? Vocês estavam sozinhos em casa? A outra estava dormindo.

DEPOENTE: Os outros estavam dormindo, só estava eu e ele acordado.

JUÍZA: Aham. Aí ele te levou aonde?

DEPOENTE: No quarto dele mesmo.

JUÍZA: No quarto dele? E lá ele chegou a fazer o quê?

DEPOENTE: Tipo, ele tirou a minha roupa né e começou a abusar de mim normal, como ele fazia sempre, mas daí na hora que ele chegou mesmo para fazer relação sexual comigo eu não quis.

JUÍZA: Você não deixou?

DEPOENTE: Eu saí, não deixei.

JUÍZA: Uhum. Tá certo. Quanto tempo você morou, mais ou menos, com o seu padrasto?

DEPOENTE: Eu vim morando com ele, assim, desde os 02 anos. 2, 3 anos.

JUÍZA: Uhum. Tinha alguma coisa a ver com tomar banho? Ele tentava ver você tomando banho?

DEPOENTE: Não.

JUÍZA: Não? E a noite, enquanto você estava dormindo, alguma vez ele te importunou, te acordou?

DEPOENTE: Sim. Sempre ele ia lá me acordar lá no meu quarto. Chamava para coisar, mas eu dormia com as minhas irmãs e tinha vez, assim, que não dava.

JUÍZA: Aham.

DEPOENTE: (Ininteligível).

JUÍZA: Certo. Depois que a sua irmã levou vocês embora, você teve contato com ele alguma outra vez?

DEPOENTE: Não.

JUÍZA: Não? E como que você se sente em relação a esses fatos atualmente?

DEPOENTE: Normal.

JUÍZA: Superou essa questão? Está conseguindo levar a sua vida normalmente?

DEPOENTE: Sim.

JUÍZA: Você está estudando?

DEPOENTE: Estou.

JUÍZA: Está trabalhando na...

DEPOENTE: Não. Eu estou fazendo a mirim.

JUÍZA: Guarda mirim?

DEPOENTE: Só estou estudando para o concurso.

JUÍZA: Tá certo. Doutor, o MP tem perguntas?

MP: Me diz uma coisa: O V.r, ele chegou a ameaçar você e a tua irmã, caso vocês revelassem...

DEPOENTE: Sim.

MP: ...O que ele fazia?

DEPOENTE: Ele falava assim para nós assim que se caso a gente contasse alguma coisa para a mãe, sempre ele falava assim: "Se um dia vocês chegarem, assim e contar alguma coisa para a sua mãe ou alguém ficar sabendo, vocês não precisam se preocupar porque eu não vou preso, porque eu tenho um monte de amigo policial aí e não dá nada para mim e sabe que se depois eu sair de lá, a coisa muda", ele falava assim para nós.

MP: A coisa o quê?

DEPOENTE: A coisa muda.

MP: Satisfeito.

JUÍZA: A Defesa tem perguntas?

DEFESA: Não, sem perguntas.

JUÍZA: Podemos encerrar então (...)

A informante V., em juízo, às f. 167, relata o que as vítimas lhe disseram, nesses termos:

(...) JUÍZA: A senhora é mãe da D.?

DEPOENTE: Irmã.

JUÍZA: Irmã da D..

DEPOENTE: Uhum.

JUÍZA: Ok. O Promotor de Justiça e depois o Defensor Público vão lhe formular algumas perguntas, a senhora pode responder tá?

DEPOENTE: Sim senhora.

MP: Consta aqui uma acusação contra a pessoa de V.r A. da S., uma vez que ele teria molestado sexualmente né a sua enteada C. dos S. P.. O quê que a senhora tem a informar sobre isso aí?

DEPOENTE: Sobre isso aí foi assim, no dia nós viajamos para lá né, elas vieram para cá, para...Que o meu marido viaja fazendo mudança né, ele é Policial Militar e viaja fazendo mudança dos PM's quando é solicitado lá. Aí nós fomos para lá, aí no outro dia seguinte nós iríamos retornar, que ele tinha outra mudança para lá. E nisso elas vieram só para... Só naquele dia né, só que no outro dia seguinte, elas tinham que voltar. Aí elas me falaram isso aí para mim.

MP: Elas quem? Falaram o quê?

DEPOENTE: A D. e a C. .

MP: O quê que elas falaram?

DEPOENTE: Me falaram que o V.r disse que tinha feito essas coisas com ela.

MP: Feito o quê? Pode descrever?

DEPOENTE: Ah, tá. Diz que tinha abusado delas, diz que tinha colocado o dedo nelas, diz que ficava fazendo as coisas com ela lá. Aí nisso, eu pensei que elas estavam mentindo para mim, para eu não levar elas de volta. Só que daí, como o meu marido entende das coisas falou: "V. você não acredita nessa conversa que ela está falando, leva ela lá no Conselho Tutelar, que lá você vai saber se é verdade ou não".

MP: Então o V.r teria abusado da C. e da D.?

DEPONTE: É. Só que nos exames deu só na D., na C. já não deu. Porque eu as levei para fazer os exames.

MP: Certo. E tanto a C. , quanto a D., elas disseram que caso elas comentassem isso com alguém, o acusado faria mal a elas, bateria?

DEPOENTE: Elas falaram, mas no caso a D. falou... Eles já falaram... Falava com a mãe dela. Só que a mãe dela disse que não acreditava nelas.

MP: E o quê que as menores falavam? Que ele bateria nelas?

DEPOENTE: É. Que ele bateria nelas e no dia que elas... Inclusive, no dia que ela veio, essa que... A minha irmã, disse que estava ruim né, aí disse que pediu... Ela fala

assim, que ele pediu, para que não deixasse eu levar elas no médico porque senão eu ia descobrir tudo.

MP: E hoje em dia como as vítimas estão?

DEPOENTE: Estão bem. A C. , ela quis passear lá para a casa do pai verdadeiro dela, aí me ligou pedindo para ficar lá, no caso ela está até lá. Aí quem está comigo mesmo é só a D..

MP: E o acusado não tem mais contato com as meninas?

DEPOENTE: Não, não. Porque a C. está com o pai legítimo dela e a D. está comigo. Que a D. não quis voltar para lá.

MP: Satisfeito.

JUÍZA: Defesa tem perguntas?

DEFESA: Esse fato aconteceu onde?

DEPOENTE: Em Dourados.

DEFESA: Dourados?

DEPOENTE: Uhum. Sim senhor.

DEFESA: Qual que é a idade da C. ?

DEPOENTE: Da C. , hoje ela está com 18.

DEFESA: Ah, já é maior de idade. E na época?

DEPOENTE: Na época, acho que... Já passaram já uns 04 anos né.

DEFESA: E você chegou a conversar com a D. a respeito disso?

DEPOENTE: Conversei. Aham. Sim senhor.

DEFESA: E lá em Dourados, qual que era o relacionamento que tinha com esse V.r?

DEPOENTE: O relacionamento dela lá, que elas falam para mim, era bem feio, porque, no caso...

DEFESA: Era um vizinho? Morava na mesma casa?

DEPOENTE: Quem? Eu?

DEFESA: O V.r e a C..

DEPOENTE: Ah, ele era padrasto dela, mora junto com a mãe dela e junto com eles.

DEFESA: Ah, o V.r era padrasto?

DEPOENTE: Aham. Sim senhor.

DEFESA: (Ininteligível). Nada mais Excelência.

JUÍZA: Depois que isso aconteceu e foi revelado, como foi o comportamento dessas meninas? Mudou alguma coisa?

DEPOENTE: Oh, o da D.... A C. ficou comigo pouco tempo né, depois quis passear para lá e pediu para ficar lá, até que eu vir também ver esse negócio, porque eu estou com a guarda dela né.

JUÍZA: Aham.

DEPOENTE: Aí muita gente falou: "Ah, agora você não tem... Que já está de maior".

JUÍZA: Uhum. E no caso da D., mudou? Ela ficou com algum trauma disso aqui, alguma coisa?

DEPOENTE: Olha, eu a levei no psicólogo, essas coisas, hoje ela está bem.

JUÍZA: (Ininteligível). Uhum. Tá certo.

DEPOENTE: Ela já está estudando, fazendo o mirim.

JUÍZA: Uhum. Muito obrigada...

Conclui-se assim que C., em um primeiro momento, não morava com o agressor, foi morar com ele e sua mãe depois, mas já desde a época em que ia visitar sua mãe que coabitava com o apelante, era vítima de abusos , veja-se:

(...) desde antes de ir morar com sua mãe e o acusado, a cada visita sua na casa de ambos, era molestada pela acusado; Que o acusado colocava a declarante e sua irmã D. no colo e esfregava o dedo em suas vaginas; Que isso ocorria todas as vezes que a declarante ia a casa de sua mãe para visitá-la(...)

Já D. relatou que *"ele vinha abusando de mim assim desde os 07 anos de idade até os 11 anos, que foi que a minha irmã me tirou de lá (...)"*.

Depois dos abusos, C. voltou a morar com seu pai biológico e D. passou a morar com sua irmã V..

Segundo a fala das duas vítimas, a vítima D. foi abusada por várias vezes, desde os 09 anos de idade, consistindo os atos agressivos em masturbação imposta a ela (*"enfiava o dedo em sua vagina"*) e ato de *"esfregar o pênis na vagina dela"*, e isso ocorreu em vários locais (no caminho do mercado, em casa, no quintal, no mato):

(...) V.r a molestou sexualmente em várias oportunidades, sendo que este sempre aproveitava a oportunidade em que sua mãe A. não estava na casa para molestar a declarante, e ainda afirma que V.r sempre pedia para que a declarante o acompanhasse até o mercado no período da noite, oportunidade em que V.r se aproveitava para passar a mão no corpo da declarante, tirar a roupa da declarante e colocar o dedo dentro de sua vagina, e ainda afirma que algumas vezes V.r a levava para o mato e chegou a esfregar o pênis na vagina da declarante; Que, não sabe dizer ao certo quantas vezes foi molestada por V.r, mas afirma que foram várias vezes (...)

Já C. era molestada em casa, os abusos começaram desde que ela tinha 08 anos.

Vê-se que as duas vítimas eram submetidas a práticas sexuais sob duas ameaças distintas: para D., a ameaça era que o agressor tem amigo policial; C., era ameaçada de que não mais veria os irmãos, veja-se o teor de seus depoimentos:

(...) o acusado ameaçava-as de bater ou até mesmo de proibi-las de ver os irmãos menores; (...) Que a partir de então o acusado não mais mexeu com a declarante, mas sim com D. que ainda era pequena...” (C.).

Depoente: Ele falava assim para nós assim que se caso a gente contasse alguma coisa para a mãe, sempre ele falava assim: ‘Se um dia vocês chegarem, assim e contar alguma coisa para a sua mãe ou alguém ficar sabendo, vocês não precisam se preocupar porque eu não vou preso, porque eu tenho um monte de amigo policial aí e não dá nada para mim e sabe que se depois eu sair de lá, a coisa muda’, ele falava assim para nós... (D.) .

Quem levou às autoridades a notícia dos crimes foi a irmã da menina D., disse que as meninas moravam com mãe e padrasto e que achou estranho o ciúme que o acusado tinha de suas duas enteadas e que estas, num dia em que as trouxe para passar fim de semana em sua casa, elas relataram os abusos praticados pelo padrasto contra elas.

Com efeito, consta dos autos do estudo psicossocial de f. 35-36 que a psicóloga do SOS Criança atendeu as vítimas e sua irmã Sra. V., que foi visitá-las e as convidou para passar alguns dias com ela, na cidade de Campo Grande/MS, pois iria aproveitar a oportunidade e levar a vítima D. ao médico, por esta não estar se sentindo bem na ocasião. Então, segundo relato de D. que foi registrado nesse relatório de atendimento, o denunciado ficou nervoso, e disse que *“não era para levar D. ao médico”*, e disse para D., ‘que não era para ela ir ao médico, era para ela inventar alguma coisa e não ir, pois caso ela fosse ao médico eles poderiam descobrir aquilo. Disse ainda que se fosse preso teria um monte de gente para tirá-lo da cadeia (relato da vítima D. à Psicóloga do SOS Criança, cf. F. 35-36).

Veja-se o que constou do relatório de atendimento psicossocial do SOS feito a pedido do Conselho Tutelar, que às f. 35-36 registra o atendimento feito às vítimas e sua irmã V., e seus relatos, abaixo transcrevo:

(...) No dia 30 de maio/2007, a pedido do Conselho Tutelar Norte, atendemos no setor Psicossocial do SOS Criança, as adolescentes acima mencionadas, acompanhadas da Srª V. M. dos S..

Inicialmente o atendimento foi feito à sra V., que informou ser irmã por parte de pai da adolescente D..

Relatou que o pai já é falecido, que mora em Campo Grande com esposo e filhos, e que D. mora na cidade de Dourados, com a mãe, o padrasto e outros irmãos e irmãs.

Disse que sempre que pode vai visitar sua irmã e que há algum tempo começou a perceber o ciúme que o padrasto – sr W. A. da S. de D. e C. , a outra enteada.

Relata que, no dia 18 de maio/2007, foi até a cidade e trouxe a irmã D. e C. para passar o final de semana em sua casa e que chegado o dia de voltar, as adolescentes argumentaram que não queriam ir e relataram os abusos do padrasto.

Em atendimento, D. relatou que isso vem acontecendo desde que tinha 09 anos de idade. Que o padrasto a levou para debaixo de um pé de mexerica e enfiou o dedo na sua vagina. Disse que ainda que ele fez o mesmo com a irmã C. .

Disse que quando é noite, ele a chama para ir ao mercado e que sempre diz não, mas a mãe obriga e diz que é para ir. Que, no caminho ele começa a abraçá-la, a tentar beijar sua bora e passar a mão pelo seu corpo.

Diz que em casa, quando a mãe sai, ele fica tentando ver ela e sua irmã tomar banho, e que, a noite, diversas vezes acordaram com ele tirando as cobertas para descobri-las.

> *Contou que um dia, quando vinha do mercado, ele a levou para o mato, tirou a roupa e pediu que ela fizesse o mesmo e depois "fez aquilo". Perguntei se ele colocou o pênis dentro de sua vagina e ela disse que não, que apenas ficou esfregando. Que dentro da vagina ele só coloca o dedo e que, depois desse dia, constantemente ele a leva para o mato.*
>
> *Disse que nunca contou para sua mãe porque ela não acreditaria. Diz que um dia perguntou para a mãe, se caso acontecesse alguma coisa, de que lado ficaria e esta disse que não ia perder o marido por causa de filhas.*
>
> *Disse ainda, que tem medo do padrasto, pois esse sempre ameaça, dizendo que se falarem dele, não vai ficar quieto e que se for preso tem um monte de gente para tirá-lo da cadeia.*
>
> *Diz ainda que tem vergonha e medo de apanhar, pios o padrasto bate muito.*
>
> *Contou ainda que uma vez a irmã foi visitá-la, ela estava com dor de cabeça, e a irmã disse que a levaria ao médico e ele imediatamente falou que não precisava, e depois disse baixinho a ela 'se você for ao médico vai descobrir aquilo'.*
>
> *No segundo momento, atendi a adolescente C. .*
>
> *C. disse que tudo começou quando ela tinha 08 anos de ainda morava com seu pai. Quando ia visitar a mãe, ele ficava abraçando-a e beijando-a.*
>
> *Disse que ele já enfiou o dedo na sua vagina (relatou o fato do pé de mexerica), mas que nunca tirou sua roupa, mas que fica esfregando o pênis nos seus órgãos genitais.*
>
> *Disse também que nunca contou para ninguém, pois tem os mesmos medos de D.. Confirmou os fatos narrados por D. e por fim, disse que acha que a mãe sabe o que acontece...*

Dessa forma, a palavra das vítimas está corroborado por outros elementos de prova nos autos, razão pela qual, mantenho a condenação do recorrente.

Quanto ao pedido de redução da pena aplicada, a reprimenda assim ponderou:

> *Embora seja primário e não possua antecedentes criminais (sumula 444 do STJ), as condições do art. 59 do Código Penal não são favoráveis ao réu. As vítimas, à época dos fatos, eram pessoas de tenra idade, que sequer haviam ingressado na adolescência, e tiveram, de modo abrupto, interrompida a sua inocência. Sendo assim, fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão para cada um dos fatos perpetrados pelo denunciado (...)*

Como se verifica a pena foi elevada em 01 ano acima do mínimo pelas circunstâncias do delito.

De fato, embora *primo occuli* pareça que referida circunstância é inerente ao tipo penal, registro que o abuso foi contra vítimas de muito tenra idade (os abusos começaram quando C. tinha 08 anos de idade e D. 09 anos), justificando o recrudescimento da pena tal como fora lançado, porque a pouca idade das vítimas não é inerente ao tipo penal imputado.

A propósito a jurisprudência entende que a pouca idade da vítima pode sim justificar a majoração da pena-base em razão das circunstâncias do crime.

O fato de as vítimas serem ainda crianças de 8 e 9 anos quando iniciados os abusos, é motivo idôneo para majorar a pena-base, pois é evidente sua menor capacidade de entender o que ocorre e se isso é normal ou não, dada sua inexperiência em assuntos sexuais, é evidente que será menor a credulidade em

seus relatos (pois estes fatos por regra despertam incredulidade e , se tratando de crianças pequenas, até repulsa) e maior será a chance de segredo e impunidade gerada pela dificuldade de esse fato ser relatado e ser acreditado pela família como uma notícia verídica.

Também em crianças mais pequenas é menor sua possibilidade de defesa, sua possibilidade de denúncia (pois a criança ainda não tem estabelecidos contatos sociais seguros e firmes fora do ambiente familiar e fica assim circunscrita e que alguém da família esteja atento a qualquer situação deste tipo, o que nem sempre é possível de ocorrer). No caso isso veio a ocorrer, mas só porque as vítimas se viram distantes do ambiente onde os abusos ocorriam, quando visitavam sua irmã.

A idade do tipo penal demandando (ofensa contra menores abaixo de 14 anos) mostra-se definida até seu patamar máximo, e essa idade máxima dentre do tipo legal é sim inerente ao tipo, mas há um leque de idades até esses 14 anos, e é óbvio que, quanto menor a idade da vítima, mais reprovável é a conduta, pela diminuição da possibilidade de defesa, e nesse caso a pena pode sim ser exasperada dentro dos patamares legais.

Não é de se menosprezar, tampouco, que em crimes sexuais, a agressão pode gerar sequelas mais graves em vítimas menores.

Veja-se o que diz a literatura científica especializada: *"Quanto menor a criança, mais vulnerável e maiores são as marcas mentais que nela se imprimem"* (Maria Lucrécia Zavaschi, Cláudia Estrella, Fernando Caldas Jardim, Fernanda Munhoz Driemeier, 2011[1])

Também é de salientar que, tratando-se de padrasto agressor, como no caso, a revelação do abuso é mais difícil, pois, quanto mais próximo o vínculo, mais difícil é para a criança revelar o abuso sexual e mais devastador ainda o será do ponto de vista psicoemocional.

É evidente que o vínculo familiar não é de ser considerado nesta etapa da dosimetria como motivo para agravar a pena, como de fato não o foi pelo sentenciante, porque já está contemplado como causa de aumento, e assim foi considerado na terceira etapa da dosimetria (nos termos do artigo 226, II do CP).

O comentário porém serve para explicar que, sendo o apelante padrasto de crianças, reforça-se muito a sua autoridade legitimada pelo simples fato de ser adulto, de ter a confiança da criança, de ser mais forte, e sobretudo de ser padastro, e, em se tratando de criança de menor idade, tudo isto é muito mais potencializado, pois estas figuras primárias de apego (a mãe, o padrasto) são muito mais marcantes e qualquer ato por eles praticado causa muito maior impacto.

O vínculo familiar nestes casos confere ao abusador um poder que é utilizado para facilitar a consumação do abuso (o que já é contemplado na causa de aumento), mas, em se tratando de vítima de menos idade, por certo que toda esta relação de poder imensa é potencializada em patamares muito mais altos e dramáticos, com ampliado poder de aniquilação de qualquer reação ou defesa.

Reconhecendo a tenra idade das vítimas como fator que agrava a culpabilidade do autor do delito, temos várias decisões do STJ:

> *PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INVIABILIDADE. APELAÇÃO DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AGRAVAMENTO DA PENA. TENRA IDADE DA VÍTIMA E RELAÇÃO DE AUTORIDADE. VALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1 Cf. "A avaliação da criança vítima de violência sexual"**,** *apud* Azambuja, Ferreira e Colaboradores. ***Violência Sexual contra Crianças e Adolescente***s. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 138.

1. Não existe a possibilidade de sustentação oral nos julgamentos monocráticos de agravo em recurso especial. 2. "O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer quando o Ministério Público abstiver-se de fazê-lo ou quando o seu recurso for parcial, não abrangendo a totalidade das questões discutidas. (REsp 828.418/AL, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 23/4/2007)" (RHC 31.893/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 15/10/2012). 3. "A tenra idade das vítimas autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime" (AgRg no AREsp 539.256/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 17/11/2014). 4. "A mens legis da causa de aumento de pena, prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, intenta uma maior punição para o agente que possui não somente um vínculo emocional, mas sim uma relação de autoridade (derivada ou não do poder familiar) do autor para com a vítima, de modo a debilitar seu levante contra a ação delitiva orquestrada" (HC 210.882/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/10/2013). Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 920205 / SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PENA BASE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CULPABILIDADE FUNDAMENTADA IDONEAMENTE. A TENRA IDADE DAS VÍTIMAS AUTORIZA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO RECONHECIDA PELO AGRAVANTE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no AREsp 539256 / MS. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 04/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS COM 8 (OITO) ANOS DE IDADE. DOSIMETRIA PENAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES. ESPECIAL REPROVABILIDADE EM FACE DA TENRA IDADE DAS VÍTIMAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A tenra idade das vítimas - oito anos de idade - é motivo idôneo para considerar negativamente as circunstâncias do delito, as quais emprestaram à conduta do Réu especial reprovabilidade, que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal, exasperando a pena-base. Precedentes. 2. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp AgRg no AREsp 20215 / PR. Rel. Min. Laurita vaz. Quinta Turma. Julgado em 18/04/2013).

Assim, não há que se falar em ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base em um (01) ano acima do mínimo legal cominado.

Do pedido de aplicação da continuidade delitiva no mínimo legal de 1/6:

No caso em tela a magistrada singular aplicou a referida atenuante (pois aplica-se para dois crimes cometidos apenas uma pena acrescida da continuidade) em 1/3, patamar que reputo proporcional e razoável ao caso em tela, pois foram duas vítimas que foram abusadas sexualmente por considerável período de tempo cada uma, justificando a elevação no patamar fixado na sentença.

Sobre o regime de pena:

Considerando que a pena foi mantida, e a presença de circunstância desabonadora, mantém-se o regime fechado para cumprimento da pena.

Quanto ao pedido aplicação da justiça gratuita, constato nos autos que o recorrente foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, denotando-se hipossuficiente a autorizar a concessão da isenção de custas.

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso apenas para isentar o apelante das custas processuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 01 de agosto de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0003441-51.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS A LASTREAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – INOCORRÊNCIA – POLICIAL QUE PRENDE RÉUS QUE LHE FORNECERAM DROGAS – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O USO COMPARTILHADO CONSTANTE NO § 3º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – INOCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO – COM O PARECER.

Não se absolve o apelante do crime de tráfico de drogas se ficou provado que o mesmo, fortuitamente, ofertou drogas ao investigador de polícia à paisana e com viatura descaracterizada, sendo a prisão realizada pelo policial.

Não se desclassifica o crime de tráfico de drogas para o de uso compartilhado se não foi provado que o policial seria pessoa do relacionamento do acusado, bem como sequer há exame toxicológico do referido investigador para averiguar se o mesmo é usuário de entorpecentes (a permitir a ideia de uso de drogas).

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Diogo Bonfim de Oliveira foi condenado a 02 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 290 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Inconformado, recorre pleiteando sua absolvição por falta de provas ou a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso compartilhado de entorpecentes, constante no art. 33, § 3º da Lei de Drogas.

O Parquet, às f. 198-307, contra-arrazoa para se manter a decisão lançada.

O Parecer Ministerial opina, às f. 319-327, pelo improvimento recursal.

VOTO

O Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relator)

Do pedido de absolvição por falta de provas e desclassificação para o uso compartilhado de entorpecentes:

O recorrente foi denunciado porque aos 18 de março de 2015, às 1h, no imóvel situado à Rua Barão do Rio Branco, n. 448, Vila Cachoeirinha, nesta urbe, os denunciados, em conluio e adredemente mancomunados, expunham à venda 7 (sete) papelotes de cocaína, que totalizaram aproximadamente 1,7g (um grama e sete decigramas), sem autorização legal ou regulamentar, além de associaram-se, de modo estável e permanente, com o desiderato de perpetrar, reiteradamente, o crime de tráfico de drogas.

A materialidade está encartada nos autos através do laudo de exame definitivo, f. 148-152, autos de flagrante e demais depoimentos nele contidos.

O apelante alega que foi o investigador de Polícia Fábio da Silva que lhe solicitou a droga, e que adentrou no veículo do mesmo para indicar uma *"biqueira"*, mas não encontraram, momento em que a comparsa Eloíza adentrou no veículo e deu duas paradinhas para o policial.

Quanto à autoria, o investigador de Polícia Fábio da Silva, na captação audiovisual, às f. 213, relata que estava com a viatura descaracterizada e, quando parou no semáforo, o recorrente Diego emparelhou sua bicicleta e lhe perguntou se queria comprar droga, e que aceitou a proposta, e foi conduzido por Diogo até uma biqueira, que o apelante desceu e voltou com 03 paradinhas de pasta-base de cocaína que lhe fora repassado pelo valor de R$ 60,00. Assim explicou ele:

> *(...) FÁBIO: Eu tava encerrando meu expediente (..) hora que eu virei a Hayel Bon Faker, bem devagar, o Diogo emparelhou a bicicleta dele com a viatura, que é descaracterizada né, e ofereceu cocaína pra mim. Aí eu falei assim, eu aceitei, pra ver até onde que ia a situação. Aí ele deixou a bicicleta dele escondida num canto, aí ele falou que ia me levar numa 'biqueira'. Aí nós descemos pra Rua Cafelândia e ele parou numa 'biqueira', pra pegar droga, né. Hora que ele parou, naquele momento vinha uma viatura da polícia militar, aí ele já veio correndo, de novo, a viatura descaracterizada, falando baixo assim pra mim: 'Sujou, sujou, olha os homi aí'. Aí ele me levou pra uma 'biqueira' lá no Cachoeirinha. Aí a hora que nós chegamos no Cachoeirinha tinha umas três, quatro pessoas. Aí ele falou: 'óh, segue adiante, uma quadra, aí hora que você retornar eu já vou estar com a droga. Eu tinha dado R$ 50 pra ele comprar a droga. Aí eu fui, voltei, vi que o negócio não tava meio legal, segui mais adiante, mais cem metros, e esperei.*
>
> *Aí, de repente, veio ele e uma mulher, a Eloíza, gritando: 'Vamo sair daqui logo, vamo sair daqui logo, meu marido quer me matar'. No caso era o Altair, o Altair já tinha dado a droga pra vender pra mim. (...)*
>
> *MP: E o intermediador era o Diogo?*
>
> *FÁBIO: O Diogo. (...) Aí eu andei e falei assim: 'mas cadê minha droga?'. Eu tinha andado mais ou menos uns mil metros. Aí o Diogo me repassou três papelotes de cocaína. (...) eu fui virar a viatura no sentido da delegacia, o Diogo falou assim: 'não, ali é os homi, vamo sair fora daqui'. Aí foi a hora que eu saquei minha pistola que tava escondida no meio da minha perna pistola que tava escondida no meio da minha perna e falei: 'não, você ta preso'.*
>
> *MP: Por quanto eles venderiam cada papelote pro senhor?*
>
> *FÁBIO: Doutor, eu dei R$ 50, ele me passou três. (...)*
>
> *DEFESA: Ela (Eloíza) não passou a droga pro senhor então?*

> *FÁBIO: Foi o Diogo. Ela não passou. Porém, quando chegou na delegacia ela foi revistada pela escrivã que tava de plantão, foi encontrado com ela mais quatro papelotes. (...)*

Não há provas nos autos que o Investigador de Polícia Fábio tenha solicitado o entorpecente de modo a ensejar um *"flagrante preparado"*, ao contrário, as circunstâncias indicam que o crime ocorreu tal como descrito na denúncia.

O relato dos fatos feito pelo policial Fábio descontrói tal tese de defesa.

Com efeito, se o policial civil relatou que não estava em serviço, e mesmo assim, sozinho efetuou a prisão de duas pessoas envolvidas no tráfico de drogas, esse contexto dos fatos desconstitui a ideia de que estaria tentando fazer um flagrante preparado, pois é sabido que a atividade precípua do policial civil não é de prevenção e atuação em flagrantes, ao invés, sua instrução primária no combate ao crime é que devem preservar segurança própria em primeiro lugar (atuando em número superior àqueles que devem conter).

Ademais, não foi levantado nos autos nenhum elemento que desabonasse o depoimento de Fábio.

No mesmo sentido foi o depoimento do Delegado Rodolfo Ribeiro Castro, e do Policial Civil Silvinei Evangelista da Silva na captação audiovisual em juízo, f. 213, ambos em juízo (sistema audiovisual) confirmarem a versão de Fábio, aduzindo que Eloísa e o apelante foram presos ao tentarem vender entorpecentes ao policial e que, posteriormente, na delegacia, foram encontrados mais quatro papelotes de cocaína com a corré.

Ressalta-se ainda que, ao ser interrogada na fase judicial (sistema audiovisual), a corré confessou ter entregado a droga ao apelante para que ele vendesse para o policial, ou seja, ela também confirma que Diogo seria o intermediador, tendo recebido pagamento por isso.

Ora, restou provado nos autos que o apelante Diogo vendeu entorpecentes ao policial Fábio, por isso deve ser mantida a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Em relação ao pedido de desclassificação do tráfico para o uso compartilhado de entorpecentes, o § 3º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o compartilhamento da droga ocorra entre pessoas/usuários de drogas que possuam certo relacionamento entre si, o que não é o caso dos autos, pois o encontro de Diogo com Fábio foi fortuito, bem como sequer há provas nos autos de que o Policial Fábio seja usuário de drogas a ensejar a ideia de uso compartilhado de entorpecentes, razão pela qual não se desclassifica a conduta.

Ante o exposto, com o Parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 22 de agosto de 2017.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0030390-18.2015.8.12.0001/50001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO VOTO QUE ABSOLVIA A EMBARGANTE – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO DESENVOLVIDO POR VÁRIOS RÉUS EM PONTO DE VENDA DE DROGAS – PROVADO VÍNCULO ESTÁVEL PARA A COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES – EMBARGOS REJEITADOS – COM O PARECER.

Não se absolve a embargante do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, se restou provada atuação estável ao longo do tempo com manutenção de boca de fumo e que a embargante mantinha vínculo associativo com os demais réus para a comercialização de drogas.

Se denúncias anônimas, monitorações policiais, interceptações telefônicas, relatórios da inteligência e depoimentos de testemunhas confirmam que o tráfico era exercido em ponto de venda de drogas, e que tal atividade ocorria mediante conluio hierarquizado e organizado, com logística de distribuição, controle de qualidade, captação de novos usuários e fiscalização, e que a embargante era uma das pessoas da organização, forçoso é reconhecer o crime do art. 35 da Lei de Drogas.

Embargos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, não prover, unânime, decisão com o parecer.

Campo Grande, 19 de julho de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Carolina Marjorye Costa de Abreu interpõe o presente embargos infringentes, visando a prevalência do voto vencido do Des. Ruy Celso Barbosa Florence que por ocasião do julgamento do recurso de apelação, absolvia a recorrente do crime de associação para o tráfico de drogas previsto no art. 35 da Lei 11.343/06 e, consequentemente, fixava o regime semiaberto.

O parecer ministerial, às f. 09-14, contra-arrazoa pela mantença do acórdão lançado.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (relatora)

Trata-se de decretar ou não a absolvição da embargante do crime de associação para o tráfico.

A embargante foi denunciada nos seguintes termos:

> *(...) Consta dos autos que, no dia 03 de abril de 2014, por volta das 10h00min, na Rua do Violino, 71, Bairro Tiradentes, nesta capital, os denunciados SAMARA DE JESUS AGUILAR, CAROLINA MARJORYE COSTA DE ABREU, ERICK ALVES DOS SANTOS, OEDSON SAMPAIO JÚNIOR e EDINARA DE JESUS AGUILAR foram presos em flagrante por guardarem, em conluio e previamente associados, para fins de comercialização, 2.740 g (dois mil setecentos e quarentas gramas) de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Referida substância entorpecente é capaz de causar dependência física e psíquica, proscrita em todo o território nacional, nos termos do art. 1°, parágrafo único, e art. 66, da Lei 11.343/06, Decretos n°. 54.216 de 01/09/64, 76.248 de 12/11/75, 79.388 de 14/03/77, e Portaria n°. 344 da ANVISA.*
>
> *Segundo restou apurado, Policiais Civis lotados na Delegacia Especializada de Repressão ao Narcotráfico (DENAR) receberam diversas denúncias anônimas, as quais informavam que, na residência situada na Rua do Violino, 71, Bairro Tiradentes, nesta capital, funcionava um ponto de venda de drogas, gerenciado pelas pessoas de prenome SAMARA e EDMARA ou DINARA (fls. 47/51).*
>
> *Os policiais decidiram monitorar o imóvel descrito nos informes anônimos, quando notaram movimentação suspeita no local e exalação de forte odor de maconha, razão pela qual decidiram realizar a incursão.*
>
> *No imóvel monitorado pelos policiais, havia duas edificações: a primeira era pertencente à denunciada SAMARA DE JESUS AGUILAR, na qual ainda residiam os denunciados CAROLINA MARJORYE COSTA DE ABREU e ERICK ALVES DOS SANTOS e os adolescentes T.M.A.S. e J.C.S.S.. Na outra edificação, residiam os denunciados EDINARA DE JESUS AGUILAR (irmã da denunciada SAMARA) e OEDSON SAMPAIO JÚNIOR.*
>
> *Com a incursão, os policiais localizaram, na residência dos denunciados SAMARA, CAROLINA e ERICK 2.740 g (dois mil setecentos e quarenta gramas) de maconha, embalados para comercialização, divididos em: 03 (três) invólucros, havendo, em cada um, 23 (vinte e três) porções, que foram localizadas no interior da geladeira; 01 (um) invólucro contendo 23 (vinte e três) porções, que foram localizadas na varanda do imóvel, expostas ao sol; 02 (dois) tabletes, localizados em uma estante no quarto da denunciada SAMARA.*
>
> *Foram apreendidos, outrossim, R$ 135,00 (cento e trinta e cinco reais), 02 (duas) bobinas de papel-filme, 01 (uma) faca de cozinha contendo resquícios de substância entorpecente, 02 (dois) aparelhos telefônicos, 01 (um) videogame, 01 (um) monitor e 01 (um) aparelho tocador de rádio (fls. 54/55).*
>
> *Em face à situação de flagrância, os policiais deram voz de prisão em flagrante aos denunciados e apreenderam os adolescentes presentes no local, encaminhando-os ao distrito policial para a realização das providências cabíveis.*

Quando ouvido pela Autoridade Policial, o adolescente T.M.A.S. alegou ser o proprietário de toda a quantidade de entorpecente apreendida pelos policiais, dizendo que a adquiriu junto a um desconhecido e que a droga seria utilizada por todos os denunciados (fl. 09).

Ao serem interrogados pela Autoridade Policial, todos os denunciados negaram conhecimento acerca da existência dos entorpecentes apreendidos pelos policiais no imóvel em que residiam, alegando que a droga localizada pertence ao adolescente T.M.A.S., em razão de ter o infante admitido a propriedade em seu depoimento (fls. 10/14).

Ainda em sede de interrogatório inquisitorial, alegou a denunciada SAMARA que consente com que outros utilizem substâncias entorpecentes em sua residência (fl. 10)

Quando ouvidos pela Autoridade Policial, os policiais atuantes na ocorrência relataram que as denúncias anônimas realizadas à central policial apontavam que todos os denunciados estavam envolvidos com o tráfico de drogas (fls. 03 e 05/06).

A materialidade delitiva está consubstanciada no Boletim de Ocorrência nº. 97/2014 (fls. 45/46), no Laudo Preliminar de Constatação (fl. 53) e no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 54/55).

A autoria delitiva está comprovada por meio dos depoimentos dos policiais atuantes na ocorrência (fls. 03 e 05/06), das declarações dos adolescentes apreendidos (fls. 08/09), dos interrogatórios dos denunciados (fls. 10/14) e das denúncias anônimas realizadas à unidade policial (fls. 47/51).

A sentença lançada assim ponderou às f. 634-642, *in verbis:*

(...) DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

Indispensável mencionar que a comprovação da materialidade deste delito, o animus associativo comprovou-se de forma consistente, sólida e duradoura, o que restou comprovado em juízo pelos depoimentos dos policiais que investigavam o caso, bem como pelas inúmeras interceptações telefônicas e relatórios da inteligência que confirmam que os acusados, mediante conluio hierarquizado, integram organização criminosa e se dedicavam ao tráfico de entorpecentes, com logística de distribuição, controle de qualidade, captação de novos usuários e fiscalização.

Extrai-se, de toda forma, que o delito era mais um dentro do contexto de traficância que estavam desenvolvendo, decorrente da associação que haviam estabelecido, de maneira organizada, planejada e estável, mesmo porque somente assim conseguiriam êxito na operação, dadas as circunstâncias e peculiaridades do caso.

Não pode passar despercebido que o caso presente, além das demais substâncias igualmente apreendidas, versa sobre quantidade superior a 2 quilos de droga, armazenamento em cômodos distintos, afigurando-se inverossímil pudesse a operação ter sido tratada com negligência, sem um mínimo de organização e planejamento, principalmente considerando o seu valor no mercado clandestino.

Frente à complexidade da trama, é evidente que os componentes do grupo somente poderiam lançar mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança estável, até porque, por conta da gravidade da infração e da quantidade a ser traficada, jamais se arriscariam açodadamente, correndo até mesmo o perigo, não apenas de delação, como de perderem a valiosa mercadoria.

> *Quem trafica tem em mente o lucro a ser proporcionado por tal atividade ilícita. Além disso, tratando-se de infração grave, tratada com rigor pela legislação atual, é óbvio que se perpetra com cuidados e eliminação de riscos, apresentando-se indigerível que algum traficante para tanto procure se socorrer de pessoas desconhecidas, ou com as quais não tenha firmado pacto de confiança duradouro, correndo o risco não só de ser delatado como também de ver frustrado o plano engendrado.*
>
> *E operação desse porte, não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo de confiança e comprometimento estável.*
>
> *Portanto, a condenação dos acusados pelo crime de associação para o tráfico é medida justa, motivo pelo qual afasta-se a possibilidade de reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 33, § 4º1, da Lei de Drogas.*

Pois bem, analisando as provas nos autos, tenho que a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas deve ser mantida.

É que ficou provado que os réus mantinham na residência uma *"boca de fumo"*, conforme corroborado pelos depoimentos dos policiais e pelas inúmeras interceptações telefônicas e relatórios da inteligência que confirmam a associação para o tráfico.

A associação mantida entre a apelante e as adolescentes não foi instituída para a prática de um único ato de traficância, ou seja, de forma ocasional ou eventual, ao contrário, o comércio ilícito de entorpecentes era exercido de forma permanente e estável, cuja comercialização era feita por meio de uma *"boca de fumo"*, estando clara a associação para o tráfico segundo o art. 35 da Lei 11.343/06.

A corroborar o vínculo associativo entre os envolvidos, consta às f. 73 e ss, registro das denúncias anônimas envolvendo o imóvel no qual a recorrente habitava, que vão desde 17.02.2014 a 28.03.2014.

Referido período de tempo de atuação no tráfico de drogas comprovado pelos registros de denúncias anônimas são hábeis em demonstrar o vínculo associativo entre os corréus, e não sua atuação eventual.

Os policiais, ouvidos em Juízo, relataram que apreenderam as drogas no imóvel onde estavam os corréus, e foram fazer a vistoria no imóvel porque *"(...) vinham recebendo denúncias, na modalidade "disque-drogas", da prática de tráfico de drogas no imóvel localizado na Rua do Violino, n.º 71, Bairro Tiradentes"* (notas de vídeo fls. 352/354), e, *"(...) durante a vistoria, a guarnição facilmente localizou e apreendeu 2.740 g (dois mil setecentos e quarenta gramas) maconha, os quais estavam dispostos em vários cômodos do imóvel, inclusive, exposto na varanda, demonstrando, assim, que todos os moradores da residência tinham ciência da traficância praticada no local. (...)"*.

Com efeito, a droga estava em locais visíveis e exalava forte odor, sendo impossível ignorar sua presença. Os investigadores de Polícia afirmaram que o odor da droga disposta na varanda da residência era nitidamente perceptível; foram localizados invólucros de entorpecente inclusive na geladeira, já acondicionados em porções; além de duas bobinas de plástico filme e uma faca com resquícios do entorpecente, petrechos esses comumente utilizados no preparo da droga para venda. Ademais, foram apreendidos 2.740 g (dois mil setecentos e quarentas gramas) de maconha, que estavam em locais de fácil acesso pelos moradores da residência, o que torna evidente a associação de modo permanente para a traficância, pois não é razoável supor que tais quantidades de droga estivessem visíveis a todos, sem que houvesse plena confiança de uns nos outros, de que não delatariam o tráfico. A acusada por certo não confiaria tal quantidade de drogas a estranhos, expondo-se ao risco de ser delatada, se todos não estivessem associados, de modo permanente para a traficância.

Dos interrogatórios judiciais dos corréus se extrai que, além das proprietárias do imóvel, as irmãs Samara de Jesus Aguilar e Edinara de Jesus Aguilar, os demais corréus também ali residiam (inclusive a embargante Carolina Marjorye Costa de Abreu, que era companheira de Erick Alves dos Santos, e amiga das proprietárias da residência), então, sua presença constante no imóvel demonstra também o vínculo associativo.

Ficou demonstrado que, além dos vínculos de amizade e afetivo entre tais codenunciados, as circunstâncias em que se deu a apreensão das drogas deixam evidente o liame associativo e a plena consciência, de todos, de que ali se realizava a traficância.

A condenação pelo crime de associação para o tráfico, é resultado natural das provas que permite concluir pelo crime, como bem fundamentou o MM. Juiz sentenciante (fl. 637 autos principais):

> *(...) o animus associativo comprovou-se de forma consistente, sólida e duradoura, o que restou comprovado em juízo pelos depoimentos dos policiais que investigaram o caso, bem como pelas inúmeras interceptações telefônicas e relatórios da inteligência que confirmam que os acusados, mediante conluio hierarquizado, integram organização criminosa e se dedicavam ao tráfico de entorpecentes, com logística de distribuição, controle de qualidade, captação de novos usuários e fiscalização.*

Como bem ponderado pelo voto condutor da apelação:

> *O pedido não merece guarida.*
>
> *Como bem se sabe, a norma penal incriminadora prevista no art. 35, da Lei de 11.343/2006 trata do crime de associação. De acordo com o mencionado dispositivo legal, o tipo penal configurar-se-á quando duas ou mais pessoas se associarem para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, ambos da legislação de entorpecentes.*
>
> *Sobre o delito penal sob exame, é de todo oportuno destacar os elucidativos ensinamentos dos professores Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalhos que, citando Vicente Greco Filho, estabelecem que:*
>
> *Poder-se-ia entender que também configuraria o crime simples concurso de agentes, porque bastaria o entendimento de duas pessoas para a prática de uma conduta punível, prevista naqueles artigos, para a incidência no delito agora comentado, em virtude da cláusula 'reiteradamente ou não'. Parece-nos, todavia, que não será toda a vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo, de fato, uma verdadeira societas sceleri, em que a vontade de associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria. (Destaquei).*
>
> *Com efeito, é de salutar importância ressaltar que a configuração desse tipo penal, é imprescindível a existência do dolo de associação estável ou permanente, não bastando, pois, a mera reunião estabelecida de forma eventual. (...)*
>
> *No caso dos autos, observa-se que os denunciados foram presos em flagrante pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas. Houve, também, incursão no delito penal do art. 35 da Lei de entorpecentes (11.343/06), sob o pretexto de que os denunciados praticavam a traficância em associação, de forma estável e em caráter permanente.*

> *Com relação ao crime de associação, pode-se verificar, à luz do contexto probatório, que, realmente, há elementos de convicção suficientes no sentido de comprovar que os apelantes ostentavam o animus associativo, ou seja, que eles se uniam de forma estável, permanente e duradoura, com a finalidade de cometer o crime de tráfico de drogas.*
>
> *Como já relatado em linhas anteriores, os réus, em coautoria, mantinham na residência onde moravam um ponto habitual de distribuição de drogas.*
>
> *Tal circunstância, segundo entendimento jurisprudencial, já é capaz de corroborar os atributos da estabilidade, permanência e durabilidade, aptos a ensejar a configuração do crime de associação, previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.*
>
> *(...)*
>
> *Perante o exposto, a partir das provas existentes no caderno processual, pode-se concluir que a associação mantida entre a apelante e as adolescentes não foi instituída para a prática de um único ato de traficância, ou seja, de forma ocasional ou eventual. Pelo contrário, o comércio ilícito de entorpecentes era exercido de forma permanente e estável, cuja comercialização era feita por meio de uma "boca de fumo", situação que faz exsurgir a configuração do tipo penal estampado no art. 35 da Lei 11.343/06...*

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento aos embargos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Não proveram, unânime, decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 19 de julho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001859-69.2013.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – EXPOSIÇÃO E VENDA DE QUEIJOS ESTRAGADOS – INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA – MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA – CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE – ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O delito consistente na exposição e venda de produtos impróprios para o consumo humano (art. 7º, IX, da Lei 8.137⁄90) precisa restar plenamente configurado, com identificação precisa de seu proprietário ou possuidor. Quando constatado o delito, por ser crime que deixa vestígios, é essencial que seja procedida a perícia técnica a fim de constatar essa impropriedade para o consumo. Na ausência de provas de que o réu seria o proprietário dos produtos e de sua destinação ao consumo humano, assim como ante a inexistência de laudo pericial necessário, inexistem provas suficientes para sustentar a condenação do réu, que deve ser absolvido ante o princípio do *in dubio pro reo*.

Contra o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual face da sentença absolutória proferida em benefício do réu/apelado João Hideo Ishisaka, denunciado pelo delito capitulado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990 (artigo 7°: Constitui crime contra as relações de consumo: IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo), com previsão de pena de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Segundo a denúncia (fls. 01-03), em 28/06/2013, por volta das 11h15min, no Sítio Nossa Senhora Aparecida, na rodovia MS 112, o apelado tinha em depósito para vender ou expor a venda, matéria prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo.

Em decorrência do ocorrido, o réu foi preso em flagrante na data dos fatos (28/06/2013 – fls. 09-11), sendo-lhe concedida liberdade provisória, independentemente de pagamento de fiança, na mesma data, conforme decisão de fls. 52.

A denúncia foi recebida em 17/07/2013 (fls. 70).

Instruída a ação penal, com o depoimento de 08 (oito) testemunhas (fls. 146-147, 194, 286, 288) e interrogatório do réu (fls. 194), foi proferida sentença pela magistrada da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS (fls. 320-323), que julgou improcedente a denúncia para absolver o réu do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990.

Irresignado com a sentença absolutória, o Ministério Público Estadual apelou da decisão (fls. 331-348), argumentando que a materialidade e autoria do crime estariam comprovadas ante todas as provas produzidas nos autos, que demonstrariam a impropriedade dos produtos (queijo) para consumo humano, razão pela qual, entende ser o caso de reforma da sentença para condenar o réu, sendo irrelevante a inexistência de laudo pericial dos produtos.

O apelado, em contrarrazões de recurso (fls. 355-361), pugna pela manutenção da decisão, alegando que o produto em questão não lhe pertenceria, não estavam à venda e não seriam destinados ao consumo humano.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 369-376, afirma que a materialidade e autoria do delito restariam comprovadas, afirmando que a inexistência de laudo pericial do produto apreendido seria dispensável e que a absolvição não se mostraria possível, havendo provas suficientes para a condenação. Apresenta prequestionamento dos artigos e matéria que cita.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, nos autos da ação penal movida contra o réu/apelado João Hideo Ishisaka (60 anos), denunciado pelo delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990.

Pela ocorrência dos fatos, o réu foi preso em flagrante e liberado no mesmo dia (28/06/2013) por decisão da magistrada, sem imposição de fiança (fls. 52). De se destacar a existência, às fls. 53-54, de outra decisão, conflitante e posterior (de 30/06/2013) à primeira, na qual o magistrado de plantão homologa a prisão em flagrante do réu.

Diz a denúncia (fls. 01-03):

> *(...) No dia 28 de junho de 2013, por volta das 11h15min, no Sítio Nossa Senhora Aparecida, na Rodovia MS 112, João Hideo Ishisaka, já qualificado, tinha em depósito para vender ou expor a venda matéria prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo, tendo como vítima a coletividade.*
>
> *Segundo apurado, policiais realizavam diligência ao local dos fatos, juntamente com os fiscais da Vigilância Sanitária, e constataram haver onze caixas d'água de aproximadamente 2.000 (dois mil) litros cheias de queijo do tipo "cural", para ralação, em condições totalmente impróprias ao consumo, sendo os queijos expostos a céu aberto, com moscas, mofo e larvas, em recipientes sujos e sem qualquer tipo de higienização. A quantidade de queijo apreendida foi de aproximadamente 11.000 kg (onze mil quilos), conforme termo de Apreensão à f. 54.*

> *Os diaristas que trabalhavam no local, Rodrigo Afonso de Souza e Aparecido Luiz de Souza, informaram que foram contratados pelo acusado para embalarem os referidos produtos para transporte. Os policiais lograram êxito em localizar o denunciado, que foi conduzido em flagrante delito à delegacia de Polícia.*
>
> *A Vigilância Sanitária fez a devida constatação de que tais produtos eram inapropriados para consumo. Os produtos ficaram em poder desta para as devidas providências, qual seja, a inutilização, ocorrida conforme foto à f. 62. (...)*

Instruída a ação penal, com o depoimento das testemunhas e interrogatório do réu, foi proferida decisão que julgou improcedente a denúncia para absolver o réu do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990, sob fundamento de ausência de exame pericial do produto apreendido, a fim de constatar que eram impróprios para o consumo.

Inconformado com a sentença absolutória prolatada, o apelante dela recorreu, argumentando que, a despeito da autoria e materialidade comprovadas, a magistrada entendeu por bem absolver o réu, sob argumento único de inexistência de laudo pericial comprovando que o produto apreendido estava impróprio para consumo humano.

Em detida análise dos autos, de início, percebe-se que a operação policial que culminou com a prisão em flagrante do réu teve início em 27/06/2013, quando, o investigador de polícia Ângelo Flávio Rodrigues Malheiros esteve, por motivos pessoais, na propriedade rural denominada Sítio Nossa Senhora Aparecida, acompanhado de seus proprietários.

Segundo seu depoimento no auto de prisão em flagrante (fls. 12-13), afirmou:

> *(...) que na data do dia 28/06/2013, por volta das 11h15min, ao realizar diligências no Sítio Nossa Senhora Aparecida, situado na Rodovia MS 112, KM 3 a 7Km deste município, juntamente com o PIJ Carapiá e a Autoridade Policial, inclusive com os Fiscais da Vigilância Sanitária, estes constataram haver onze caixas d'água de 2.000 litros cheias de queijo do tipo fresco minas ; que o depoente relata que tais queijos estavam com moscas, mofo e larvas, eram expostos a céu aberto, com recipientes sujos e sem qualquer tipo de higienização; que o depoente informa que havia dois diaristas contratados pelo acusado, embalando os referidos produtos para transporte; que a vigilância sanitária fez a devida constatação que tais produtos são inapropriados para consumo; que diante disto, o depoente junto com o Ipj Carapiá realizaram diligência e lograram êxito em localizar o autor, o qual foi conduzido em flagrante delito à esta Delegacia de Polícia (...)*

Ressalte-se que, neste primeiro depoimento, não foi citado o nome do *"autor"*, que alegadamente fora preso, tampouco dos *"serviçais"* que lá se encontravam. Posteriormente, houve uma *"complementação"* do depoimento, para esclarecer que os serviçais seriam Rodrigo e Aparecido, e o *"autor"* seria João Hideo Ishisaka (ou João Japonez).

Já em seu depoimento em Juízo (em audiovisual – fls. 194), na qualidade de testemunha de acusação, o investigador Malheiros esclarece melhor o acontecido, afirmando que, no dia anterior aos fatos, teria ido ao Sítio Nossa Senhora Aparecida por outro motivo (combate as formigas do tipo saúva), acompanhado dos proprietários da área, quando avistou as caixas d'água embaixo de uma mangueira. Atiçado pela curiosidade e com autorização dos proprietários da área, a elas se dirigiu, quando teria constatado que serviam de depósito de *"queijos"*, ocasião em que, certamente, tirou as fotos constantes do documento nominado como *"relatório do setor de investigação"*, juntado aos autos nas fls.. 44-46, datado de 27/06/2013, um dia antes do flagrante.

Nesse relatório, informa o investigador e testemunha Ângelo Malheiros:

> *(...) Em diligência nesta data pela zona rural deste município, às 10h:15min comparecemos na propriedade rural denominada Sítio Nossa Senhora Aparecida, pertencente a pessoa de Nilson Pereira dos Santos ... Tal imóvel está arrendado para pessoa conhecida como foguinho. .... Constatamos conforme fotos abaixo, caixas d'água de fibra, depositadas na sombra de uma mangueira e em tais caixas d'água haviam uma grande quantidade de Queijo do tipo Frescal ou Queijo Minas Frescal, (...) (fls. 44).*

Após fotos do local e das caixas, prossegue no relatório:

> *(...) Segundo informações obtidas anonimamente, tais queijos pertencem a pessoa de Paulo Japonez e que foguinho permitiu que Paulo armazenasse tais produtos naquela propriedade. Os referidos produtos laticínios são comprados na região e encaminhados a empresas especializadas que ralam e colocam a disposição no mercado para consumidores. (...) Esse serviço de investigação acredita na necessidade de haver uma inspeção juntamente com a vigilância sanitária e a polícia ambiental no dito imóvel, ... Considerando os meios materiais e humanos disponíveis é o que tenho a informar, no entanto as investigações prosseguem no sentido de se apurar a autoria e materialidade do fato, quando então será informado mediante novo relatório. Cassilândia-Ms., 27 de junho de 2013. Ângelo Flávio Rodrigues Malheiros (fls. 46).*

Ou seja, já no dia anterior ao flagrante, o investigador que procedeu a prisão do réu, tinha *"informações"*, obtidas *"anonimamente"*, de que o proprietário dos queijos seria o réu (João Hideo Ishisaka ou *"Paulo Japonez")*.

O investigador Malheiros, neste laudo, demonstrou ter *"todas"* as informações sobre a origem, armazenamento e destino dos queijos, além de identificar seu proprietário e responsável.

No entanto, após a prisão, na lavratura do flagrante, precisou fazer uma complementação de seu depoimento (fls. 14), no qual afirma (esclarecendo):

> *(...) que na data dos fatos, presenciou os serviçais que estavam no local sendo estes, Rodrigo e Aparecido, declararem que a propriedade dos queijos que estavam no local é da pessoa conhecida como João Japonês; que no momento da prisão do autor, quem indicou o proprietário do mencionado queijo, foi a pessoa de Rodrigo, ocasião em que o depoente e o IPJ Carapiá efetuaram a prisão em flagrante de João Japonês, que na verdade trata-se da pessoa de João Hideo Ishisaka. (...).*

Tais discrepâncias colaboram, efetivamente, para as incongruências e dúvidas existentes no inquérito policial e, por consequência, na ação penal em questão.

Também em seu depoimento em juízo, o mesmo investigador reitera que o queijo encontrado seria do tipo *"frescal minas"* ou *"queijo mineiro simples"*. Todavia, conforme documento de fls. 36, no mesmo dia do flagrante, o escrivão de polícia *ad hoc* certifica que *"(...) o tipo de queijo informado nos autos fora informado de forma incorreta, ou seja, seu tipo não é "frescal Minas", mas sim tipo "Cural" para ralação"*.

Ou seja, informações desencontradas e modificadas sem qualquer critério, apenas ao sabor dos policiais. No flagrante, sequer o tipo de queijo apreendido foi corretamente identificado, fato da maior importância, pois é por demais sabido, que o queijo tipo *"frescal"*, ou queijo *"minas"*, é um queijo de consistência muito macia, úmida, sem qualquer possibilidade de ser *"ralado"*.

Ademais, também é público e notório que o queijo ralado, vendido em saquinhos (para *"macarronada"* como afirmou o investigador Malheiros em seu depoimento judicial) é o do tipo *"parmesão"*, podendo ser este de primeira ou de quinta categoria, mas há que ser um queijo consistente, duro, capaz de ser ralado.

De outra forma, causa estranheza que se possa admitir que queijos em estado de decomposição, como os demonstrados pelas fotos juntadas aos autos, com bolor, bichos, praticamente se liquefazendo possam, de qualquer forma, serem ralados e aproveitados para consumo alimentício de pessoas. Queijos são feitos de leite, produto muito perecível, e uma vez azedos e/ou estragados, jamais recuperarão seu estado anterior sem deixar gosto ou cheiro.

A acusação sequer demonstrou nos autos que o produto seria colocado à venda, direta ou indiretamente, para consumo humano, pois na forma como foi encontrado e apreendido, isso não seria possível. Se destinado a qualquer tipo de processamento industrial antes de disponibilização a consumos humano, a acusação não demonstrou ser esse processamento realizado pelo réu e nem identificou qual terceiro poderia ser. Também descartou por completo, sem maiores considerações, a possibilidade do produto se destinar a alimentação animal.

Na forma como demonstrados nas fotos juntadas, não seria crível supor que pudessem ser reaproveitados para qualquer forma de consumo humano, notadamente para, como alegado, serem *"ralados"* e apresentados para comércio como *"queijo ralado"*.

Aliás, tivesse a polícia aprofundado as investigações e chegado ao pretenso processador do material, descobrindo a origem e a suposta fase final (ralação) do produto, certamente tal ação penal poderia ser decidida com a certeza necessária.

Várias dúvidas e incongruências permaneceram sem esclarecimentos. Destaco.

O proprietário do local, que acompanhou o investigador Malheiros, não foi ouvido nos autos, seja na fase policial ou judicial;

O indivíduo *"Foguinho"*, que seria arrendatário da área, citado pelo mesmo Malheiros, igualmente não foi ouvido;

O caseiro, que segundo Malheiros, morava no local, também não foi identificado ou prestou depoimento sobre os fatos.

Além disso, não foram considerados pela polícia e pelo Ministério Público Estadual, as seguintes situações:

O réu/apelado negou a todo momento ser o dono do queijo apreendido.

Deduz-se dos autos que o réu é pessoa simples e pobre. Por outro lado, a testemunha Osmar Castilho, pessoa simples, mas de patrimônio considerável e infinitamente maior que o do réu, ao ser ouvido como *"testemunha"* em audiência, assumiu taxativamente ter contratado o réu para o trabalho e ser o dono dos queijos, sendo que sua confissão foi ignorada, notadamente pelo Ministério Público, salientando que esse senhor sequer foi ouvido pela polícia, órgão que investigou os fatos. Afinal, que razão teria o patrão para assumir o *"delito"* praticado pelo empregado perante as autoridades judiciárias?

A testemunha Rodrigo Afonso de Souza, que embalava os queijos e, supostamente, teria afirmado no momento do flagrante que o réu seria o dono do produto, assim como a destinação dos mesmos e que essa seria a atividade profissional do réu, ao depor em juízo (depoimento em áudiovisual – fls. 286-288), não confirmou tais fatos, alegando que era a segunda vez que trabalhava com o réu; que não sabia se o produto embalado seria do réu, nem sua destinação e se esse era o seu meio de vida. Ou seja, seu depoimento, base da denúncia e pretensa condenação, não restou comprovado na fase judicial.

Não há nenhuma prova nos autos de que os queijos em questão seriam destinados ao consumo humano. Repito, não seria crível supor que queijos estragados pudessem ser ralados e dispostos a consumo humano depois de podres, estragados, azedos ou quase liquefeitos. Penso que não há processamento industrial capaz de tal procedimento. De outra forma, ao desistir de investigar o destino do produto, a autoridade policial deixa de configurar que o produto alegadamente impróprio seria disponibilizado pelo réu para consumo humano.

O depoimento (um verdadeiro interrogatório) da testemunha Osmar Castilho, justificou, de maneira provável, a destinação do queijo para alimentação animal, sendo também de conhecimento público, a velha prática de dar *"lavagem"* (restos de comidas, ainda que estragadas) aos porcos, prática proibida pelas autoridades sanitárias, mas corrente e tradicional em várias regiões do país.

Também não restou comprovado nos autos que o queijo esteve exposto a venda para consumo de quem quer que seja, estavam depositados na propriedade rural, em meio a vegetação (só foram visualizados pelo investigador por que este estava *"correndo"* a propriedade), embaixo de uma mangueira, sendo impossível que qualquer ser humano para lá se dirigisse para adquirir o produto para seu consumo. Mesmo que se alegue que o produto seria destinado a um reprocessamento, não se identificou que seria o responsável, sendo certo que a diligente polícia civil sequer procurou aprofundar as investigações e descobrir o provável destino dos produtos.

A autoridade policial e mesmo a ministerial, em falha maior, deixaram de determinar a realização da necessária perícia no produto apreendido, como determina a legislação (artigo 158, do Código de Processo Penal), salientando-se que, como afirmado, sequer o tipo de queijo encontrado foi definido nos autos, tampouco sua imprestabilidade, fatos que só seriam esclarecidos através da necessária perícia.

Desta feita, muitas foram as dúvidas que permaneceram insanáveis nestes autos, notadamente a ausência da necessária perícia técnica nos produtos apreendidos e a juntada do respectivo laudo pericial nos autos, razão maior da correta absolvição do réu.

A propósito, trago os seguintes julgados do STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/90. EXPOR À VENDA MERCADORIA EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS AO CONSUMO. PRODUTO COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Inviável, na via eleita, o exame de violação de dispositivo constitucional, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da CF. 2. O delito de expor à venda produtos impróprios ao consumo exige exame pericial para a prova da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1342523/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017)

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7º, IX, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.137/1990. LAUDO PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. IMPROPRIEDADE DO ALIMENTO PARA CONSUMO HUMANO. COMPROVAÇÃO. MATERIALIDADE DELITIVA. JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RESPONSABILIZAÇÃO ADSTRITA AO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a*

extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. 2. Conquanto parte da doutrina e da jurisprudência entendam que o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990, crime formal, de perigo abstrato, seja norma penal em branco, cujo elemento normativo do tipo "impróprio para consumo" deve ser complementado pelo disposto no art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que há necessidade de realização de exame pericial nos produtos pretensamente impróprios, a fim de que seja comprovada a sua real nocividade para consumo humano, sob pena de inaceitável responsabilidade penal objetiva. 3. Inexistente prova pericial, produzida diretamente sobre os produtos alimentícios apreendidos, falta justa causa para a persecução penal, sendo insuficiente concluir pela impropriedade para o consumo exclusivamente em virtude da ausência de informações obrigatórias na rotulagem do produto e/ou em decorrência do prazo de sua validade estar vencido. 4. Ausente a prova da materialidade do crime, a eventual responsabilização e punição pelo descumprimento de normas relativas à conservação e exposição, para venda, dos gêneros alimentícios apreendidos no estabelecimento comercial, reserva-se apenas ao âmbito do Direitos Administrativo e Civil. 5. Recurso ordinário provido para determinar o trancamento da persecução penal, por ausência de justa causa. (RHC 69.692/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. PERÍCIA. NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO. 1. Em relação ao delito previsto no inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/1990 - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo - a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a venda de produtos impróprios ao uso e consumo constitui delito que deixa vestígios, sendo indispensável, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal, a realização de exame pericial que ateste que a mercadoria efetivamente é imprópria para o consumo, não bastando, para tanto, mero laudo de constatação (AgRg no RESp 1.556.132/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 31/3/2016). 2. Na espécie, não houve laudo pericial para detectar que o alimento estava impróprio para o consumo, o que contraria o entendimento desta Corte Superior. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1582152/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 7º, IX, Lei 8.137/90. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE SUBSTÂNCIA OU PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. ART. 272, §1º-A, CP. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. 1. A venda de produtos impróprios ao uso e consumo, nocivos à saúde ou com valor nutricional reduzido, constituem delitos que deixa vestígios, sendo indispensável, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal, a realização de exame pericial que ateste a materialidade delitiva, não bastando, para tanto, mero laudo de constatação. Precedentes. 2. Restando apenas a imputação do crime previsto no art. 359, o qual não preenche o requisito objetivo disposto no art. 313, I, CPP, pois a pena máxima correspondente é de detenção de 2 anos, impõe-se a necessidade de revogação da prisão preventiva com relação a um dos corréus, pois os demais já se encontram em liberdade. 3. Recurso em habeas corpus provido, para determinar o trancamento da ação penal em desfavor dos recorrentes quanto aos delitos previstos nos arts. 272, §1º-A, CP, e art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, e conceder a soltura ao recorrente JONAS RICARDO PIRES, o que não impede nova e fundamentada fixação de cautelar penal diversa da prisão. (RHC 45.171/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016)

A condenação exige certeza absoluta dos fatos ocorridos, de forma indiscutível, que demonstre a ocorrência do delito e da autoria, não bastando a probabilidade de terem ocorrido.

Nesse sentido é a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete:

> *Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa, é necessário que adquira a certeza de que foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a ideia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente com a realidades dos fatos. Da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas. Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova. Nesse sentido, ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último. Atendendo-se ao resultado obtido, ou ao menos tentado, provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. pag. 274-275.)

Dessa forma, a prova precisa ser suficiente, robusta e sólida para demonstrar a plausibilidade da tese defendida pelo representante do Ministério Público Estadual, caso contrário, *in dubio pro reo*, pois não se admite uma condenação baseada em indícios.

Assim, entendo não estarem presentes os elementos caracterizadores do delito imputado ao réu, cuja absolvição baseou-se na inexistência de laudo pericial comprovador da impropriedade para consumo humano dos queijos apreendidos, cuja ausência não possibilita a extração do juízo de certeza necessária para a condenação, aliada a notória precariedade do conjunto probatório e pelas inúmeras incongruências, contradições e desacertos que marcaram, especialmente, o inquérito policial que deu origem a presente ação penal, devendo, nesse caso, prevalecer o princípio *in dubio pro reo*.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para manter a absolvição do réu/apelado da imputação do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/1990.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 29 de agosto de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0039839-97.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEDIDOS DE AGRAVAMENTO DA PENA E DO REGIME PRISIONAL – ANÁLISE PREJUDICADA – DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DA NULIDADE DO FEITO – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E CRIME PERMANENTE – PROVAS ILÍCITAS.

O flagrante delito justifica a violação de domicílio (CRFB/88, art. 5º, XI), mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou constatação *icto oculi* da infração nunca pode justificar o posterior flagrante, mesmo em crimes permanentes.

Incumbe à autoridade policial, diante de denúncias anônimas de tráfico de entorpecentes, solicitar ao Poder Judiciário a determinação de expedição do competente mandado de busca domiciliar para legitimar o seu ingresso na residência suspeita, sem o qual são ilícitas as provas obtidas mediante violação de domicílio.

Se a prova ilícita e imprestável foi o berço do processo desde a fase inquisitiva, impõe-se o reconhecimento e decretação da nulidade integral do feito, julgando-se prejudicado o recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, declarar a nulidade *ex officio* do processo e julgar prejudicado o recurso ministerial, unânime.

Campo Grande, 3 de julho de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual, por intermédio de seu representante legal, interpõe apelação criminal (p. 166-175), com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (p. 129-137), que condenou Joceli Lima dos Santos à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, mais 250 dias-multa, à razão unitária mínima, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Pede o *Parquet*, em suma, o afastamento da minorante da eventualidade do tráfico, sob a alegação de estar comprovado nos autos que o apelado se dedicava a atividades criminosas, e o agravamento do regime prisional ao fechado, porquanto o crime é hediondo e as suas circunstâncias concretas são reprováveis.

As contrarrazões defensivas (p. 188-204) vertem-se pela manutenção da sentença e, caso não prevaleça esse entendimento, elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Em parecer lançado às p. 213-218, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

Distribuição por sorteio (p. 205-206).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual, por intermédio de seu representante legal, interpõe apelação criminal (p. 166-175), com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (p. 129-137), que condenou Joceli Lima dos Santos à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, mais 250 dias-multa, à razão unitária mínima, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Narrou a acusação que:

> *(...) No dia 09 de setembro de 2015, por volta das 10h00min, na rua Nísia Floresta, nº 131, residencial Vida Nova, III, nesta capital, o denunciado Joceli Lima dos Santos foi surpreendido por policiais praticando o tráfico de drogas, porquanto matinha em depósito, para a venda, substâncias entorpecentes, sem autorização, em desacordo com as determinações legais e regulamentares.*
>
> *Nas mesmas circunstâncias, o denunciado Wesley da Silva Roberto foi surpreendido pelos mesmos policiais por possuir, no interior da residência, uma arma de fogo de uso permitido, sem autorização, em desacordo com as determinações legais e regulamentares.*
>
> *Infere-se nos autos que os policiais civis Diomar Santos Souza (fl. 04) e Edson Tiago da Silva (fl. 07), durante investigações provenientes de notícia anônima, supreenderam o denunciado Joceli Lima dos Santos mantendo em depósito, para fins de mercancia, 23 (vinte e três porções) de pasta-base de cocaína, totalizando 7,3g (sete gramas e três decigramas), bem como 23 (vinte e três porções) de maconha, totalizando 212g (duzentos e doze gramas).*
>
> *Ademais, no imóvel também foram apreendidas 02 (duas) balanças de precisão, 01 (um) prato com resquícios de cocaína, 01 (uma) faca com resquícios de maconha e R$ 124,00 (cento e vinte quarto reais) em cédulas trocadas, angariadas com a venda de droga efetuada por Joceli Lima dos Santos.*
>
> *De acordo com o seu interrogatório (fl. 10), Joceli confessou o cometimento do tráfico de entorpecentes e relatou que vende os papelotes de droga pelo valor de R$ 10,00 (dez reais) cada unidade.*
>
> *De outro lado, os policiais também apreenderam no interior da residência um revólver calibre 38, Smith & Wesson, n. 297159, carregado com três munições, além de uma munição calibre 9 mm, sendo que a arma de fogo era de propriedade do denunciado Wesly da Silva Roberto e não possuía registro.*
>
> *Diante disso, os denunciados foram presos em flagrante delito e encaminhados à Delegacia de Polícia.*

> *A materialidade delitiva vem demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 24-25) e pelos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 31-32). Os laudos preliminares de constatação apontaram que as substâncias apreendidas se tratam de cocaína e maconha.*
>
> *Portanto, o Ministério Público denuncia Joceli Lima dos Santos pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e Wesley da Silva Roberto pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/03 (...)*

O feito foi desmembrado em relação a Wesley (p. 89-90).

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado nos moldes alhures mencionados.

Discordando do resultado do julgamento, apenas o *Parquet* recorreu, pedindo, em suma, o afastamento da minorante da eventualidade do tráfico, sob a alegação de estar comprovado nos autos que o apelado se dedicava a atividades criminosas, e o agravamento do regime prisional ao fechado, porquanto o crime é hediondo e as suas circunstâncias concretas são reprováveis.

As contrarrazões defensivas (p. 188-204) vertem-se pela manutenção da sentença e, caso não prevaleça esse entendimento, elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Em parecer lançado às p. 213-218, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

Distribuição por sorteio (p. 205-206).

O apelo não comporta provimento.

Na ótica do recorrente, não poderia o magistrado singular ter reconhecido e aplicado a causa especial de diminuição de pena da eventualidade do tráfico (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), uma vez que o apelado confessou que adquiriu drogas e passou a vender as substâncias em sua própria casa, como meio de subsistência, caracterizando a dedicação a atividades criminosas, que é óbice a concessão do benefício.

Não lhe assiste razão.

Inicialmente, insta salientar que a referida confissão do acusado somente ocorreu na fase inquisitiva (p. 14-15), pois, em juízo[1], Joceli negou peremptoriamente a prática do delito.

De seu turno, os depoimentos judiciais[2] das testemunhas policiais, no caso Diomar Santos Souza e Edson Tiago da Silva, não são conclusivos quanto ao tempo que o recorrido estaria vendendo drogas no local.

Afinal, ao que tudo indica, a ação policial foi motivada, não em função de alongada investigação (com campanas, interceptações telefônicas, abordagens, etc.), mas sim por perigosa denúncia anônima, dirigindo-se os policiais à residência tão logo tomaram conhecimento de que ali poderia haver alguma comercialização de entorpecentes.

Nesse cenário, afigura-se grande a incerteza acerca da dedicação do apelado a atividades criminosas, porquanto o caderno processual traz informações sobre a realização de uma única diligência policial, na qual, aliás, segundo se extrai dos depoimentos de Diomar e Edson, nem sequer foi possível constatar ato efetivo

1 Mídia de audiência, p. 128.

2 Mídia de audiência, p. 127.

de venda de drogas e tampouco identificar usuários de fato no local, a fim de que estes, eventualmente, corroborassem a suspeita inicial de comercialização rotineira de substâncias ilícitas.

Diga-se de passagem que os indigitados servidores, em realidade, até disseram que abordaram outras pessoas na frente da residência e as encaminharam à Delegacia, porém, inexplicavelmente, as mesmas acabaram liberadas sem qualquer autuação, por decisão da autoridade policial, possivelmente porque apresentaram versão favorável ao acusado, seja negando o tráfico ou sua prática rotineira.

Noutro giro, é temeroso justificar o afastamento da minorante com base na suposição dos policiais, alicerçada exclusivamente na apreensão de petrechos para a preparação da droga, de que o recorrido as vendia costumeiramente.

Seria o caso, portanto, de se manter a concessão da benesse ao acusado, por ser primário, não ter antecedentes relevantes e não haver provas seguras de que se dedicava a atividades ilícitas ou integrava organização criminosa e, de quebra, conservar o regime aberto e a conversão da corporal em restritivas de direitos, considerando igualmente que as circunstâncias judiciais são favoráveis, a pena-base culminou fixada no mínimo legal e a final não ultrapassou 4 anos de privação de liberdade, além de não se encaixar o chamado tráfico *"privilegiado"* na categoria de crimes hediondos[3].

Contudo, a meu ver, a sentença comporta reformas de ofício que inviabilizam a manutenção da própria condenação.

Primeiramente, é de reconhecer a nulidade do processo, uma vez que a prova foi produzida de forma ilegítima, haja vista que os policiais adentraram no domicílio do acusado, sem autorização do mesmo e desguarnecidos de mandado judicial.

É, pois, o que se verifica do interrogatório judicial de Joceli, negando a autorização, e do confronto com os depoimentos dos policiais, já que Diomar afirmou que ingressaram na residência porque suspeitaram que ali estaria ocorrendo um ato ilegal, enquanto Edson afirmou que a entrada supostamente foi franqueada pelo acusado.

A contradição é muito relevante e dá corpo à versão do acusado, já que, discordando os agentes quanto aos motivos legitimadores da entrada na residência, afigura-se bastante provável que nem sequer tenham existido.

Recobro, por oportuno, que o flagrante delito justifica a violação do domicílio, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, mas a violação do domicílio, sem mandado, consentimento do morador ou constatação *icto oculi* do crime não justifica o flagrante que só ocorreu após o vilipêndio de garantia fundamental constitucionalmente assegurada, restando a prova de materialidade, neste último caso, eivada de ilicitude.

A diferença parece sutil, mas só porque algumas pessoas não costumam emprestar à inviolabilidade do domicílio ou da intimidade o mesmo valor que dão ao direito à vida, à integridade física ou ao patrimônio, embora todas sejam garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas.

Veja-se que ninguém duvidaria da ilicitude da prova se, *in casu*, ao invés da violação da residência do recorrido, fosse dito que a droga só foi descoberta após a realização de tortura.

Pergunta-se: a flagrância não existe em ambas as situações? *"Sim!"* seria a resposta decorrente de um raciocínio lógico formal - o crime é permanente.

3 Conferir: (STF HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, processo eletrônico dje-199 divulg 16-09-2016 public 19-09-2016).

Porém, da mesma forma que não se admite a tortura como meio lícito de se chegar a prova, ainda que presente a situação do art. 303 do CPP, a violação do domicílio também não pode o ser, sob pena se subverter toda a lógica das garantias constitucionais.

Sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da preliminar da paradigmática Ação Penal n. 307-3 – DF, eloquentemente assentou que:

> *(...) ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. (...) A prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, 'por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...' (Ada Pellegrini Grinover, Novas tendências do direito processual, Forense Universitária, p. 62)'. (...) A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.* (Ação Penal 307-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 162/03-340).

Nesse diapasão, caso realmente existissem denúncias anônimas em desfavor do apelante, no sentido de que comercializava drogas em sua residência, caberia à autoridade policial solicitar ao judiciário a determinação de expedição do competente mandado de busca domiciliar, sem o qual, a invasão do domicílio feita, *"manu militari"*, consubstancia ato ditatorial que põe em cheque todos os pilares da democracia brasileira, construída a duros custos.

Tal entendimento está em consonância com o do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 95009/SP, de Relatoria do Min. Eros Grau, no qual, aliás, se critica firmemente a violação de domicílio até quando se esteja de posse de mandados *"que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar"*. Vejamos:

> *(...) AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam*

> *ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. (...)* (HC 95009, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 Divulg 18-12-2008 Public 19-12-2008 Ement vol-02346-06 PP-01275 RTJ Vol-00208-02 PP-00640)

A ilegalidade, portanto, é patente.

Outrossim, ainda que se superasse a nulidade, não seria o caso de manter a condenação.

O recorrido, ouvido em juízo, esclareceu que somente confessou o delito na fase inquisitiva em decorrência de tortura e porque os policiais atiraram no pai dele.

De sua vez, os policiais Diomar e Edson confirmaram que efetuaram um disparo de advertência no chão, mas os estilhaços acertaram o pai do acusado, portador de doença mental e que, de posse de um facão, tinha partido para cima dos agentes quando estes tentaram lhe abordar.

Nesse cenário, mesmo que não seja possível confirmar ou refutar a tortura, cuja ocorrência foi sustentada apenas pelo acusado, soa-me necessário receber com extremas ressalvas a respectiva confissão extrajudicial, pois exsurge deveras plausível que, motivado por medo, tenha assumido falsamente a prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Afinal, havendo a violação de domicílio e o disparo de arma de fogo contra deficiente mental, o que o recorrido poderia esperar de seus captores se não confessasse o delito?

Importante consignar que não se está aqui afirmando que os policiais civis procederam de maneira indevida, mas tão somente que a versão do acusado, nesse sentido, mostrou-se plausível e não foi refutada pelo restante do conjunto probatório, lançando dúvida razoável sobre a prática delitiva que lhe é imputada.

Em acréscimo, não se pode perder de vista que, de acordo com o interrogatório judicial de Joceli, o corréu Wesley também morava na residência, o que pode explicar o fato deste último ter sido encontrado pelos policiais no momento em que tomava banho e, como não é difícil levantar a hipótese de que Wesley era o único proprietário das armas, munições, drogas e petrechos, no meu sentir, a sua oitiva judicial seria indispensável para delimitar seguramente a própria responsabilidade ou a do recorrido.

Nada mais há, portanto, do que frágeis indícios da imputação, situação que, não fosse a nulidade do processo desde a sua fase inquisitiva, obstaria a manutenção da condenação.

Isso porque, conforme leciona Aury Lopes Júnior, *"ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal"*.

O doutrinador continua o escólio destacando a importância do princípio da presunção de inocência em processo penal pautado em garantias constitucionais:

> *No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*
>
> *Tal é a sua relevância que Amilton b. de Carvalho afirma que 'o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é 'pressuposto' – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana'*

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica Ferrajoli, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue Ferrajoli, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária. (...)

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)

Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...) (in Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

Não por outro motivo a jurisprudência pátria já assentou que:

*o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal**, a plena convicção** (e não qualquer convicção). Ou seja, **somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência**.* (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

No Brasil, estas exigências são fruto do dever de respeito ao que preceitua o art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa) e no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), consagrando o princípio da presunção de inocência, que deve ser levado a efeito também em razão da manifestada opção democrática pela liberdade decorrente de um Direito Penal mínimo, como explica Alexandre Morais da Rosa:

> *Essa certeza/racionalidade buscada pelos Sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo -, na seguinte opção segundo Ferrajoli: enquanto para o modelo máximo a certeza deve impedir que "nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido", no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que "nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune". Para o modelo penal mínimo, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é poderá se impor uma sanção, levando a sério a 'presunção de inocência.' De outra face, o modelo penal máximo golpeia essa garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados.* (Guia Compacto do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 40 p).

É a inocência o estado natural, e portanto presumido, do ser humano, devendo assim ser considerado até que prova válida e robusta seja produzida em seu desfavor. Essa é a compreensão que se extrai das claras lições de Guilherme Nucci:

> *O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, por ventura, for acusado da prática de outros delitos. O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode dar-se, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas.(...)*
>
> *Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável.* (Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2 ed. São Paulo: RT, 2012. 264-266 p.).

E arremata asseverando que *"gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver absolvição"* (Ibidem, 267 p.).

Sobre ônus da acusação em produzir prova *beyond all reasonable doubt*, ou seja, que sobreponha qualquer dúvida razoável, são percucientes os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto

foi transcrito no Informativo do Supremo Tribunal de n. 768 (17 a 21 de novembro de 2014), a fim de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada do pensamento daquele Sodalício:

> *(...) É preciso sempre relembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.*
>
> *Cumpre ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por RUI BARBOSA ('Novos Discursos e Conferências', p. 75, 1933, Saraiva), no sentido de que* ***'Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)'.***
>
> *Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo,* ***e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se 'beyond all reasonable doubt' (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.***
>
> *O entendimento que venho de referir encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, 'Código de Processo Penal Brasileiro Anotado', vol. IV/126-127, item n. 765, 3ª ed., 1955, Borsoi; JULIO FABBRINI MIRABETE, 'Código de Processo Penal Interpretado' p. 1.004, item n. 386.3, 11ª ed., 2003, Atlas; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, 'Código de Processo Penal Comentado', p. 679, item n. 48, 5ª ed., 2006, RT), valendo referir, no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ('Código de Processo Penal Comentado', vol. I/655, item n. VI, 5ª ed., 1999, Saraiva):*
>
> *'(...) Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. (...).' (grifei)*
>
> *Em suma: a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova penal convincente e necessária que permita, de modo seguro, a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do ora acusado, no que concerne ao teor da imputação penal contra ele deduzida.*
>
> *Sendo assim, consideradas as razões por mim expostas e tendo em vista, ainda, os votos dos eminentes Ministro Relator e Ministra Revisora, também julgo improcedente a presente ação penal, para, em consequência, absolver o réu, **, da imputação penal contra ele deduzida (...) (AP 858/DF, DJe 7.11.2014, destaques posteriores).*

Desse modo, como a prova ilícita e imprestável foi o berço do processo desde a fase inquisitiva, solução outra não há senão o reconhecimento *ex officio* da nulidade integral do feito, o que praticamente se equipara a absolvição, uma vez que, dado o tempo transcorrido desde os fatos e as circunstâncias do caso concreto, é quase impossível que se descubram outras provas que não se derivem das ilícitas.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, encaminho voto no sentido de declarar, de ofício, a nulidade do processo desde a fase inquisitiva, julgando prejudicado o recurso ministerial.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (revisor)

O Ministério Público Estadual recorre da sentença que condenou Joceli Lima dos Santos a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Pugna o *Parquet* pelo afastamento da eventualidade do tráfico (§ 4º, art. 33 da Lei 11.343/2006) e, aplicação do regime fechado para cumprimento de pena.

O Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, negou provimento ao recurso ministerial e, de ofício, declarou a nulidade do processo desde a fase inquisitiva.

Acompanho integralmente o i. relator, contudo, importante ressaltar que do exame dos autos extrai-se que na realidade, ainda que a intenção dos policiais fosse a apuração da denúncia que teriam recebido, o que, em princípio louvável, acabou havendo precipitação na forma da abordagem. É que os policiais teriam dois caminhos a serem tomados, diante das denúncias que dizem terem recebido: a formulação de pedido de busca e apreensão no judiciário, ou, a verificação se estava havendo venda de droga. Nesta última hipótese, se tivessem constatado alguém adquirindo a droga no local, tornar-se-ia legítima e legal a abordagem de quem estava vendendo e comprando, e aí estará caracterizado a flagrância, permitindo o acesso à residência do apelado, mesmo sem ordem judicial, em razão do estado de flagrância.

Contudo, isso não foi o que ocorreu, segundo se infere dos elementos contidos nos autos. O que houve foi o ingresso dos policiais na residência, sem autorização do réu, diante das informações que a polícia teria recebido, sem ordem judicial e sem o estado de flagrância.

Assim, embora a boa intenção dos policiais e tendo sido encontrado pequena quantidade de droga, uma arma e petrechos de tráfico, não se pode fechar os olhos para ilegalidade da prisão, porque estamos em um sistema democrático de direito e se deve observação ao sistema processual penal para realização de constrição de liberdade e de meios de se colher prova e se adentrar em domicílios.

Com essas ponderações acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (vogal)

Acompanho o e. relator e decreto a nulidade *ex officio* da ação penal desde a fase inquisitiva, com as ressalvas apresentadas pelo e. revisor, julgando prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Declararam a nulidade *ex officio* do processo e julgaram prejudicado o recurso ministerial, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 03 de julho de 2017.

***

1ª Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1600727-58.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO – AFASTADA – MÉRITO – AGRAVANTE REINCIDÊNCIA – FALTA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL – AFASTADA – SISTEMA ACUSATÓRIO – PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE.

Cumpre conhecer de revisão criminal em que se postule a reapreciação de provas ou da pena aplicada, tudo em atenção ao princípio do *in favor rei*, que prestigia a interpretação mais benéfica ao réu e mitiga o formalismo das hipóteses de cabimento da revisional, que não prevê como pressuposto do conhecimento a inexistência de análise dos mesmos argumentos em recurso de apelação.

Os antecedentes negativos e a reincidência devem sempre estar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental a fim de justificar o aumento da pena, não podendo o magistrado, para esse fim, em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988, amparar-se em consultas informais ao sistema informatizado, ainda que seja para complementá-la.

Preliminar afastada. Pedido revisional julgado procedente, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, julgar procedente por maioria, nos termos do voto do Relator, vencidos a Revisora e o 2º Vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Rosivaldo Martins Ruiz, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, ajuizou revisão criminal (p. 657-669) com o objetivo de reformar a sentença condenatória referente ao feito n. 0051629-92.2006.8.12.0001 (p. 516-520) confirmada pelo acórdão da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça (p. 603-608), que transitou em julgado em 22.11.2010.

Pede, em suma, a exclusão da agravante da reincidência, pois a certidão de antecedentes existente nos autos não trouxe informações sobre o trânsito em julgado da condenação utilizada para caracterizá-la.

Em parecer lançado às p. 675-687, a Procuradoria-Geral de Justiça erige preliminar de não-conhecimento da revisional e, no mérito, opina pela improcedência do pedido.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Cuida-se de revisão criminal (p. 657-669) ajuizada por Rosivaldo Martins Ruiz, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, com o objetivo de reformar a sentença condenatória referente ao feito n. 0051629-92.2006.8.12.0001 (p. 516-520) confirmada pelo acórdão da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça (p. 603-608), que transitou em julgado em 22.11.2010.

Pede, em suma, a exclusão da agravante da reincidência, pois a certidão de antecedentes existente nos autos não trouxe informações sobre o trânsito em julgado da condenação utilizada para caracterizá-la.

Em parecer lançado às p. 675-687, a Procuradoria-Geral de Justiça erige preliminar de não-conhecimento da revisional e, no mérito, opina pela improcedência do pedido.

Preliminar

Entende o *Parquet* não ser possível o conhecimento da revisão criminal, pois a tese de não-caracterização da reincidência já teria sido refutada no apelo julgado neste Tribunal de Justiça, inexistindo fatos novos a autorizar o cabimento da ação.

Com o devido respeito, não há como se acolher a prefacial erigida no parecer ministerial, porquanto a alegação do erro judiciário na dosimetria penal amolda-se perfeitamente à hipótese do art. 621, III, do CPP[1], merecendo a revisão criminal, assim, ser apreciada e julgada.

Ora, para se conhecer da impugnação quanto aos moldes condenação após seu trânsito em julgado, a alegação não tem de ser procedente, manifestamente procedente, ou qualquer outra variante. Ao revés, tem apenas que se enquadrar em umas das hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal.

A Seção Criminal desta Corte, por diversas vezes, decidiu que:

> *a revisão criminal pode ser admitida, quando se tratar de reapreciação de provas ou da pena aplicada, de acordo com o princípio in favor rei, que prestigia a interpretação mais benéfica ao réu, e porque a inexistência de análise dos mesmos argumentos em recurso de Apelação não é prevista como pressuposto do pleito revisional* (Seção Criminal - Agravo Regimental em Revisão Criminal n. 2012.000520-3/0001-00 - Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 24.4.2012) (destaquei).

Logo, sem delongas desnecessárias refuto a preliminar.

Mérito

O pleito é procedente.

Colhe-se da sentença que o requerente foi considerado como reincidente em função da certidão existente à p. 56 dos autos originários, cuja cópia foi colacionada às p. 446 neste caderno processual digital.

A análise do referido documento revela que, de fato, não existem informações sobre o trânsito em julgado de condenações criminais, mas tão somente menções a processos possivelmente em andamento, dentre eles, um da 2ª Vara de Execução Penal (001.04.023086-5).

1 CPP Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Tanto a defesa como a acusação recorreram da sentença e, no ponto que interessa a análise da controvérsia, tem-se que o *Parquet* pediu o aumento da pena-base negativando-se os antecedentes, ao passo que o defensor postulou o afastamento da agravante da reincidência.

Nenhuma das pretensões foi acolhida em segunda instância, tendo a 2ª Câmara Criminal decidido à unanimidade, nos termos do voto do relator, e. Des. Carlos Eduardo Contar, que consignou:

> *(...) Rosivaldo pleiteia o afastamento da reincidência, por não existir certidão de objeto e pé para atestar o registro de sentença condenatória transitada em julgado.*
>
> *Não há no ordenamento jurídico qualquer previsão neste sentido, qual seja, necessidade de instrumento tão amplo, com especificações detalhadas para a comprovação da reincidência, bastando para sua caracterização a existência de folha de antecedentes do acusado.*
>
> *Consta nos autos a certidão de antecedentes (f. 56), na qual se verifica a existência da Guia de Recolhimento n.º 001.04.023086-5, 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, em desfavor do recorrente.*
>
> *Consultando o andamento processual dos referidos autos, através do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), constata-se que a referida Guia de Recolhimento encontra-se arquivada[1], no entanto, observa-se que – apesar de beneficiado com livramento condicional – intimado a respeito aos 08 de outubro de 2004, o acusado não cumpriu devidamente as condições referentes ao benefício, razão por que, aos 30 de novembro de 2007, teve a benesse revogada pelo juízo da execução penal.*
>
> *Sendo certo que o delito ora processado foi praticado aos 20 de abril de 2005, quando ainda vigorava o livramento condicional concedido ao sentenciado, resta caracterizada a reincidência nos termos do art. 63 e art. 64, I, ambos do Código Penal.*
>
> *Apenas para esclarecer, colhe-se do referido andamento processual que o acusado cumpriu as condições do livramento condicional somente até o dia 03 de janeiro de 2005 e em audiência de justificação, realizada aos 30 de maio de 2006, relatou que fora preso em flagrante no dia 08 de maio de 2006, pela prática do crime de tentativa de roubo. Também se extrai da referida consulta que o apelante praticou um crime de atentado violento ao pudor em 2006, e outro da mesma espécie no ano de 2007. (...)*
>
> *De seu turno, pugna o Ministério Público pela exasperação da pena-base fixada em razão dos maus antecedentes, bem como alega que a dosimetria da pena não seguiu corretamente o sistema trifásico.*
>
> *As penas-base relativas aos crimes de roubo circunstanciado e de atentado violento ao pudor foram estabelecidas no mínimo legal; e, malgrado aponte o Parquet a existência de ações penais em desfavor do acusado, é certo que com o advento da Súmula n.º 444, do Superior Tribunal de Justiça, restou vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base.*
>
> *Assim, é de se manter incólume a pena-base fixada. (...)*

Nada obstante seja memorável o posicionamento, entendo que merece ser revisto.

Ora, se a acusação não cumpriu com o seu ônus no bojo da ação originária, deixando de promover ou requerer a juntada de antecedentes atualizados antes da prolação da sentença, não há como, em sede de apelo, após precária consulta ao Sistema de Automação da Justiça - SAJ, afirmar a existência de condenações

em desfavor do recorrido, já que o proceder é falível, implica em inovação recursal e manifesto prejuízo aos direitos de ampla defesa e do contraditório do sentenciado.

Como é cediço, no Estado Democrático de Direito o ônus da prova no processo penal recai sobre a acusação, que tem o dever de providenciar a comprovação necessária para afastar a presunção de que o réu é inocente, bem como das circunstâncias autorizadoras de aumento de pena.

Nesse diapasão, preferindo o *Parquet* acreditar na suficiência de certidões que, em realidade, são inaptas para demonstrar a vida anteacta maculada do agente, não caberia ao julgador, a meu ver, suprir a falha probatória do órgão acusador, ainda mais em recurso da defesa apontando justamente essa deficiência, hipótese em que também se vislumbra violação à vedação da *reformatio in pejus*.

Com efeito, a divisão do ônus probatório decorre de uma razão simples: o único juízo válido para qualquer aspecto de uma condenação, inclusive em relação à dosimetria da pena, é o de certeza, sendo que a dúvida deve sempre beneficiar o réu. Como o juiz não deve ter interesse em absolver, condenar ou aumentar a pena acima do mínimo legal, a produção da prova, a insuficiência dela ou a contrariedade a esta, são questões que dizem respeito aos interesses das partes, sendo descabida a atuação do julgador para reforçar a instrução do processo.

Por esses motivos, são oportunas as análises que Aury Lopes Jr. apresenta acerca do papel do juiz no processo penal (Direito Processual Penal, 10 ed., f. 578-581):

> *A problemática busca da verdade no processo penal sempre caminhou junto com o poder, especialmente com esse poder divino do juiz, de revelar a verdade. A verdade como revelação. Essa estrutura fundou o sistema inquisitório que tanto devemos dele nos afastar.*
>
> *Essa 'ambição de verdade', que nunca deixa de perigosamente rondar o processo penal, deve ser limitada, como limitado deve ser o poder (ao qual ela adere para se realizar). A ambição de verdade acaba por matar o contraditório e, portanto, o ponto nevrálgico do processo penal democrático e constitucional. (...)*
>
> *A situação no Brasil é ainda mais grave, na medida em que o sistema acusatório sequer chega na fase processual! Sim, pois o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual).*
>
> *É, ainda, necessário dar-se conta de que a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (o já tratado 'primado das hipóteses sobre os fatos'). Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório. Pior é quando eles, os juízes, sequer se dão conta de quão genial (e perverso, por evidente) é o engenho da inquisição, que lhes faz agir como inquisitores, sem se darem conta! Isso quando não invocam a bondade... bom para que e para quem? (...)*
>
> *Cada vez mais estamos convictos de que o processo acusatório impõe um repensar a construção do saber jurisdicional desde a perspectiva do contraditório, delimitando, portanto, o campo de exercício do poder. Para tanto, imprescindível que a gestão da prova esteja nas mãos das partes (juiz-espectador) e que, para dar eficácia a esse princípio, seja adotada a exclusão física dos autos do inquérito policial (ou qualquer outra forma de investigação preliminar que se tenha), garantindo-se assim a máxima originalidade do julgamento. (...)*

> *E, por fim: vamos dar uma virada cultural, abandonando essa cultura inquisitória tão arraigada. Aos juízes não lhes compete o papel de inquisitores, de guardiões da segurança pública e responsáveis pela 'limpeza social', como muitos – inconscientemente – pensam ser. O papel do juiz no processo penal é de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais do réu a ele submetido. Daí por que não se lhes incumbe, democraticamente, a missão de reveladores da verdade. Lutem contra essa 'ambição de verdade'! Julguem com tranquilidade, com base na prova produzida no processo, e absolvam sem culpa. Por outro lado, condenem, é claro, quando a prova produzida no processo for plena, e disso estiverem realmente convencidos.*
>
> *A dúvida deve dar lugar à absolvição, não ao sofrimento. Quem não for capaz de compreender isso está no lugar errado, fazendo a coisa errada.*
>
> *Do contrário, seguiremos operando no onírico mundo de fantasia do processo penal brasileiro, crendo, ingenuamente, que as coisas vão bem, que o sistema misto é suficiente, e que os juízes julgam com base 'na prova' produzida no processo (...).*

Repisando, entendo que os antecedentes negativos e a reincidência devem sempre estar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental a fim de justificar o aumento da pena, não podendo o magistrado, para esse fim, em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988, amparar-se em consultas informais ao sistema informatizado, ainda que seja para complementá-la.

Nesse sentido:

> *EMBARGOS INFRINGENTES - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES - AFASTADA - CERTIDÕES DE ANTECEDENTES INCOMPLETAS - FALTA DE PROVA DOCUMENTAL DEMONSTRANDO A EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA PRETÉRITA PESANDO CONTRA O RÉU - IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIR TAL FALTA VIA CONSULTAS INFORMAIS AO SISTEMA INFORMATIZADO - RESPEITO AO SISTEMA ACUSATÓRIO - RECURSO PROVIDO. Os antecedentes negativos e a reincidência devem restar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental, não podendo o magistrado, para esse fim, em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988, amparar-se em consultas informais ao sistema informatizado. Recurso provido.* (TJMS - Seção Criminal - EI 0000310-54.2014.8.12.0018/50000 - minha relatoria. J. 22/07/2015).

Feitas essas considerações, excluo a reincidência sopesada na dosimetria penal do voto condutor, porém mantenho as demais disposições, resultando na diminuição da pena originária de 12 anos e 6 meses de reclusão e 10 dias-multa, para o montante de 11 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa.

A exclusão da reincidência, não é demais lembrar, deve surtir todos os efeitos na seara da execução penal, como, por exemplo, nos prazos exigidos para a concessão de benefícios relativos à pena da ação penal objeto de discussão, qual seja: (0051629-92.2006.8.12.0001).

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de rejeitar a preliminar de não-conhecimento e, no mérito, julgar procedente o pedido contido na revisão criminal de Rosivaldo Martins Ruiz, a fim de excluir a agravante da reincidência, o que, após nova dosimetria resulta na pena definitiva de 11 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (revisora)

Rosivaldo Martins Ruiz, intermediado pela Defensoria Pública Estadual, ajuizou revisão criminal (p. 657-669) com o objetivo de reformar a sentença condenatória referente ao feito n. 0051629-

92.2006.8.12.0001 (p. 516-520) confirmada pelo acórdão da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça (p. 603-608), que transitou em julgado em 22.11.2010.

Pede, em suma, a exclusão da agravante da reincidência, pois a certidão de antecedentes existente nos autos não trouxe informações sobre o trânsito em julgado da condenação utilizada para caracterizá-la.

O ilustre relator rejeita a preliminar, e, no mérito, dá provimento ao recurso.

Divirjo do ilustre relator para acolher a preliminar lançada e não conhecer do feito.

Para tanto, registro que a revisão criminal é tida como ação de impugnação vinculada e o art. 621 do CPP traz as hipóteses que, se implementadas, justificam sua admissão: sentença condenatória contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos; sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; descoberta de novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena.

A revisão criminal não consiste em instrumento destinado a discutir aquilo que poderia ter sido mas não foi discutido em sede recursal, ou mesmo também não é este procedimento uma segunda oportunidade de rediscutir critérios interpretativos utilizados pelo julgador na fixação da reprimenda, ao contrário, pois seu objetivo é desconstituir uma falha na prestação jurisdicional decorrente de *error in judicando* ou de *error in procedendo*, observadas as hipóteses legais.

Nesse sentido:

> *EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – PROCEDENTE – PEDIDO DE REAVALIAÇÃO DE PROVAS QUE JÁ FORAM EXAUSTIVAMENTE ANALISADAS POR OCASIÃO DA SENTENÇA E APELAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA NOVA – PRELIMINAR ACOLHIDA – REVISÃO NÃO CONHECIDA. A revisão criminal não se presta a rediscussão da matéria exaustivamente analisada nas instâncias "a quo" e "ad quem", não podendo ser utilizada como uma segunda apelação.* (Revisão Criminal – Nº 1402703-16.2017.8.12.0000 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli – 2ª Seção Criminal – publicação em 20.06.2017)

O objeto desta revisão versa sobre manter, ou não, a agravante da reincidência.

Entretanto, tal matéria já foi objeto de apreciação do recurso apelatório às f. 603 da presente revisional, que consignou que *"havendo certidão que aponta a existência de ação penal, cuja sentença condenatória transitada em julgado antes do cometimento do novo crime já se encontra em fase de execução definitiva, é de se reconhecer a agravante da reincidência (...)"*.

Portanto, foi devidamente atendido o duplo grau de jurisdição, bem como não foi carreada aos autos nenhuma prova nova que autorizasse a rediscussão de tema sobre o qual paira a coisa julgada, sem qualquer outro enfoque ou elemento novo capaz de indicar a correlação do pedido a uma das hipóteses legais, por isso, não se justifica a instauração do procedimento revisional.

A revisão criminal não consiste em instrumento destinado a impugnar de forma genérica o critério do julgador para, em seu juízo de discricionariedade e dentro dos parâmetros de legalidade, estabelecer a pena-base.

Diante dessas considerações, uma vez que as razões apresentadas em momento algum indicam a existência de uma das situações previstas no art. 621 do CPP, não conheço do pedido de revisão criminal.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2° vogal)

Acompanho o voto da revisora.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (3° vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (revisora)

Se superada a preliminar, quanto ao mérito:

Divirjo do relator, pois há elementos seguros que demonstram a reincidência, não havendo qualquer remota dúvida a respeito.

Ademais, a sentença condenatória baseou-se em certidão de antecedentes que assinalava execução de pena pelo réu, e que de fato dizia respeito a processo crime em que o réu tinha sido condenado definitivamente em data anterior ao cometimento do novo crime, configurando-se claramente a reincidência.

Com efeito, já no voto do desembargador relator na Apelação Criminal nº 2010.014686-4/0000-00, interposta pelo ora requerente, esta mesma matéria da reincidência tinha sido analisada e debatida, e ficou assim enfrentada naquela decisão, transitada em julgado:

> *Rosivaldo pleiteia o afastamento da reincidência, por não existir certidão de objeto e pé para atestar o registro de sentença condenatória transitada em julgado.*
>
> *Não há no ordenamento jurídico qualquer previsão neste sentido, ou seja, necessidade de instrumento tão amplo, com especificações detalhadas para a comprovação da reincidência, bastando para a sua caracterização a existência de folha de antecedentes do acusado.*
>
> *Consta nos autos a certidão de antecedentes (f. 56), na qual se verifica a existência da Guia de Recolhimento n.º 001.04.023086-5, 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, em desfavor do recorrente.*
>
> *Consultando o andamento processual dos referidos autos, por meio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), constata-se que a referida Guia de Recolhimento encontra-se arquivada, no entanto, observa-se que apesar de beneficiado com livramento condicional intimado a respeito aos 08 de outubro de 2004, o acusado não cumpriu devidamente as condições referentes ao benefício, razão por que, aos 30 de novembro de 2007, teve a benesse revogada pelo juízo da execução penal.*
>
> *Sendo certo que o delito ora processado foi praticado aos 20 de abril de 2005, quando ainda vigorava o livramento condicional concedido ao sentenciado, resta caracterizada a reincidência nos termos dos arts. 63 e 64, I, ambos do Código Penal.*
>
> *Apenas para esclarecer, colhe-se do referido andamento processual que o acusado cumpriu as condições do livramento condicional somente até o dia 03 de janeiro de 2005 e, em audiência de justificação, realizada aos 30 de maio de 2006, relatou que fora preso em flagrante no dia 08 de maio de 2006, pela prática do crime de tentativa de roubo. Também se extrai da referida consulta que o apelante praticou um crime de atentado violento ao pudor em 2006, e outro da mesma espécie no ano de 2007.*

> *Por fim, incabível a alegação de que apesar de não ter havido aumento da pena, a agravante deveria ser excluída para afastar eventuais efeitos como, por exemplo, aumento do prazo prescricional.* (f. 606)

No seu parecer, a Procuradoria Geral de Justiça assinalou a respeito mais alguns aspectos relevantes, cito:

> *O arquivamento da Guia de Recolhimento n.º 001.04.023086-5 (f. 592-597), citada pelo Desembargador Relator, deu-se, apenas e tão somente, em razão de o ora requerente ter sofrido nova condenação (autos n.º 001.06.017504-5, 4ª Vara Criminal), que originou a Guia de Recolhimento de n.º 001.07.064315-7 (f. 587-591) na qual a execução anterior foi apensada.*
>
> *Analisando os autos, observa-se que a agravante da reincidência foi aplicada em virtude da condenação proferida nos Autos da Ação Penal n.º 640/92 (f. 38-46) de Avaré/SP, que após a Apelação Criminal n.º 136.781-3/5 (3ª Câmara Criminal TJSP), julgada em 08.02.1993 (f. 60-62); e o Recurso Especial n.º 37.041-8/SP, julgado em 20.09.1993, que reformou a condenação, resultando em uma pena total de dezenove (19) anos e quatro (04) meses de reclusão (f. 82-91) deu origem à Guia de Execução Definitiva n.º 372.493 (Vara das Execuções Criminais de São Paulo), onde o ora requerente iniciou o cumprimento de pena privativa de liberdade na Penitenciária "Cabo-PM Marcelo Pires da Silva", Itaí.*
>
> *Ao ser removido para a Penitenciária II de Serra Azul-SP em 23.10.2002 (f. 150), o feito foi encaminhado à Vara das Execuções Criminais de Ribeirão Preto/SP (f. 151), onde passou a tramitar sob o n.º 18.778 (f. 152).*
>
> *Em 20.02.2004 requereu a concessão do Livramento Condicional (f. 209-210). Às f. 211-216 consta o Atestado Comprobatório de Comportamento Carcerário e o Boletim Informativo da vida do preso, onde, às f. 214, consta o Transito em Julgado do Processo de n.º 640/92 na data de 14/12/1993.*
>
> *Com a concessão do benefício do Livramento Condicional (f. 230), na data de 21.05.2004, o ora requerente mudou-se para esta capital, conforme consta às f. 236 (Audiência de Advertência Livramento Condicional). Às f. 238-239 os autos foram remetidos à Vara das Execuções Criminais de Campo Grande/MS, sob o n.º 001.04.023086-5 (2ª Vara de Execução Penal).*
>
> *Verifica-se com isto que o requerente estava em Livramento Condicional quando do cometimento do crime (20.04.2005), ora em revisão, sendo insubsistente a alegação de que a agravante da reincidência fora reconhecida indevidamente, tornando-se incabível a exclusão da referida agravante, uma vez que restou caracterizada a reincidência, nos termos dos artigos 63 e 64, inciso I, ambos do Código Penal.*
>
> *Diante desse contexto, levando em consideração o que dispõe o art. 64, I, do Código Penal, conclui-se que é cabível a incidência da agravante da reincidência com base na condenação anterior acima exaltada, que se trata de condenação por fato anterior com trânsito em julgado também anterior ao fato do processo.(...)*

Vemos nos autos de origem que a sentença foi datada de 2009 e o acórdão de 2010.

Vemos na documentação que consta no presente pedido de revisão que há cópias de processo criminal e guia de execução penal relativos ao revisionando, que tramitaram no Estado de S. Paulo, assim como cópia do processo de origem desta revisão, processo crime que tramitou no Estado de Mato Grosso do Sul.

A documentação é extensa, mas, visando focar no que é essencial para a questão ora debatida, assinalo que inúmeras folhas e peças dos autos se referem a execução de pena e guia de execução penal do revisionando, relativo aos crimes praticados no Estado de S. P., sobretudo peças relativas à execução da sua pena na Penitenciária Compacta de Serra Azul II– SP.

Várias folhas se referem a atos processuais de outros processos e guia de execução de pena do ora revisionando, desde os anos de 2002 (f. 150-151), 2003 (f. 152), 2004 (f. 209 até 230).

Significativas são as peças de f. 2013 – 223, que tratam da guia de execução penal, onde constam inúmeras anotações da vida carcerária do ora revisionando naquela penitenciária daquele Estado, inclusive constam pedidos seus de remição de pena e de livramento condicional. O pedido de livramento condicional, em especial, consta formulado a f. 226 e seguintes, e foi deferido pelo juiz de Ribeirão Preto, SP, em 21/05/2004, como consta de f. 230. Folhas seguintes trazem informação bastante relevante sobre execução da sua pena.

Como bem analisou o procurador de justiça, quando obteve o benefício do livramento condicional (f. 230), na data de 21.05.2004, o ora requerente mudou-se para esta capital, conforme consta às f. 236 (audiência de advertência livramento condicional), então às f. 238-239 os autos foram remetidos à Vara das Execuções Criminais de Campo Grande/MS, sob o n.º 001.04.023086-5 (2ª Vara de Execução Penal).

Conclui-se que o revisionando estava em livramento condicional quando do cometimento do crime neste Estado de MS (20.04.2005), ora em revisão.

A decisão do acórdão embargado assinalou e justificou que da certidão de antecedentes já constava a existência dessa Guia de Recolhimento na 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, e então o relator explicou fundamentadamente sobre essa guia de execução e sobre o livramento condicional.

Tenho para mim que o que consta dos autos é muito mais do que uma certidão como as que costumamos ver, sobre antecedentes, pois a extensa documentação citada acima detalha e relata incidentes da execução da pena, que não deixam margem a dúvida sobre o trânsito em julgado da condenação anterior, muito antes do novo crime cometido neste Estado.

Essa documentação data de alguns anos antes da sentença que condenou o revisionando neste Estado, assim como do acórdão que o revisionando ora questiona.

Assinalo ainda que a certidão base que informava sobre a Guia de Execução da Pena que tramitou na vara de execução penal de Campo Grande, como acima citado, é que permitiu analisar essa situação de execução da pena do sentenciado, como de fato foi analisada.

Ora, essa certidão de antecedentes existia sim antes da sentença e, claro, do acórdão embargado, era um documento que estava nos autos antes da sentença (cf. f. 56 do processo criminal de origem, consta cópia a f. 446 destes autos de revisão), pelo que não se vê qualquer surpresa à defesa nem violação do contraditório e ampla defesa, pois a defesa a ela teve acesso e poderia ter contrariado o que ali constasse.

Vê-se a f. 54 daqueles autos (cópia está a f. 444 destes autos de revisão criminal) que o Promotor de Justiça em 31/10/2006 pediu a juntada de certidão de antecedentes do Cartório Distribuidor local (Campo Grande), assim como pediu os antecedentes do distribuidor de Avaré, SP e dos Institutos de Identificação de DF, MS e SP.

Ora, o seu primeiro pedido foi atendido pela citada certidão de antecedentes de f. 56 (cópia está a f. 446 destes autos de revisão criminal) , que é datada de 06/11/2006, expedida pelo Cartório Distribuidor de Campo Grande, onde já constava essa guia de execução penal que citamos longamente acima.

Outras folhas de antecedentes vieram aos autos, como consta de f. 469-483.

A f. 516 e seguintes consta a sentença que condenou o revisionando, e vê-se que ela é datada de 22/07/2009, cf. F. 520, então, e do teor da sentença vê-se que a juíza assinalou que *"o sentenciado era reincidente, conforme certidão de f. 56"*, exatamente p documento a que nos referimos acima.

Mostra-se assim que a documentação de antecedentes citada acima já estava nos autos, datada de três anos antes da sentença.

Saliento que, analisando o processo criminal de origem, vemos que o réu respondia preso ao processo, vinha escoltado às audiências, e por certo isso não passou despercebido ao juiz, que bem analisou a questão da reincidência.

Pelo exposto, divirjo do relator para indeferir o pedido de revisão criminal.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2° vogal)

Acompanho o voto da revisora.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (3° vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Julgaram procedente por maioria, nos termos do voto do relator, vencidos a revisora e o 2º vogal. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

***

1ª Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1600171-85.2017.8.12.0000 - Miranda
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO EVENTUAL DE ENTORPECENTES – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO DELITO – PROCEDÊNCIA.

O crime de tráfico de entorpecentes, na modalidade eventual ou *"privilegiada"* do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não tem natureza hedionda, devendo os benefícios da respectiva execução penal observar os prazos previstos para crimes comuns.

Pedido revisional julgado procedente para afastar a hediondez do delito, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, julgar procedente por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Naira Helena da Silva Miranda ajuizou revisão criminal e a Defensoria Pública Estadual apresentou a defesa técnica (p. 315-325) postulando a reforma da sentença transitada em julgado que condenou à primeira a 1 ano e 9 meses de reclusão e 175 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Pugna a defesa, em suma, pelo afastamento da hediondez do delito.

Parecer ministerial (p. 330-333) pela procedência do pedido revisional.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (relator)

Naira Helena da Silva Miranda ajuizou revisão criminal e a Defensoria Pública Estadual apresentou a defesa técnica (p. 315-325) postulando a reforma da sentença transitada em julgado que condenou à primeira a 1 ano e 9 meses de reclusão e 175 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Pugna a defesa, em suma, pelo afastamento da hediondez do delito.

Parecer ministerial (p. 330-333) pela procedência do pedido revisional.

A insurgência procede.

Colhe-se dos autos que a paciente foi denunciada pela prática do crime tipificado no art. 33, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/06, uma vez que fora flagrada em 28.12.2014, trazendo consigo, para fins de tráfico, 184g de substância análoga a maconha, na parte íntima, droga essa que entregaria a seu marido, no Presídio de Segurança Máxima desta Capital.

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença[1] que, considerando a confissão de Naira e demais provas dos autos, condenou ambos pelos delitos denunciados, porém reconhecendo em favor da requerente a minorante da eventualidade do tráfico.

Discordando do resultado do julgamento, Naira apelou postulando a absolvição em razão da atipicidade da conduta, sob a alegação de se tratar de crime impossível, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, o aumento da fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico, o afastamento da hediondez do delito e a conversão da corporal em restritivas de direitos.

O recurso de Naira prosperou parcialmente, havendo a 2ª Câmara Criminal, por maioria, nos termos do voto do e. des. Romero Osme Dias Lopes, reconhecido a atenuante da confissão espontânea, aumentado a fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico e convertido a corporal em restritivas de direitos.

O acórdão transitou em julgado em 2.5.2016.

Não há dúvidas sobre a materialidade e autoria delitivas, pois a acusada foi presa em flagrante na posse de drogas durante a revista íntima no presídio, confessou a prática do crime e suas declarações foram corroboradas pelo restante do conjunto probatório, não se verificando a ocorrência de crime impossível, até porque a inserção de drogas na genitália é o meio mais comum de ingresso delas no presídio.

Tanto a sentença, quanto o acórdão, esmiuçaram as provas e mantiveram a condenação, a qual, portanto, dispensa maiores comentários.

No que se refere ao pedido revisional em si, deve ser acolhido.

O Superior Tribunal de Justiça em 23.11.2016 reviu seu posicionamento para reconhecer que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, no julgamento de proposta de revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento pela Egrégia Terceira Seção, em 13/03/2013, do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.329.088/RS, da relatoria do ilustre Ministro Sebastião Reis Júnior (DJe 26/04/2013), o qual embasou o cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido*

1 Cópia p. 156-170.

> *delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016). 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício* ***sob o rito dos recursos repetitivos*** *(Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600). 3.* ***Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça****.* (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016 - destaquei)

Referido entendimento tem por base decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido no *habeas corpus* n. 118533 (j. 23.06.2016), cuja relatoria coube à Ministra Cármen Lúcia, que afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas e, por consequência, a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da lei de drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente.

Conquanto se trate de decisão desprovida de efeito *erga omnes* e caráter vinculante, tal precedente deve ser seguido como solução jurídica nos demais processos, por constituir a orientação fixada pela mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102), como foi reconhecido pelo próprio STJ.

Ademais, a atual jurisprudência coincide com o posicionamento que sempre defendi e que momentaneamente deixei de aplicar por conta da malfadada súmula 512 do STJ, o que fazia sempre com ressalva.

A meu ver, quando o legislador pátrio previu causa especial de diminuição de pena para o réu primário, de bons antecedentes que não se dedicasse à atividade criminosa e nem integrasse organização criminosa, autorizou ao julgador concluir que a conduta do réu, nesses casos, merece um juízo de reprovação mais brando em comparação à praticada na figura típica do *caput* do art. 33, da Lei 11.343/06.

Oportuno mencionar que nem seria necessário ajuizamento da presente revisional, uma vez que o presente entendimento é aplicável mesmo na fase de execução, conforme decidiu o Min. Dias Toffolli em recente julgamento (24.08.2016) do HC n. 136.373/SP. Vejamos:

> *Embora tenha registrado voto em sentido contrário, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 118.533/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, reconheceu, em sua maioria, que o tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não tem natureza hedionda e, por consequência, afastou a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente. Transcrevo do Informativo/STF nº 831 o seguinte excerto relativo àquele julgamento: O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu*

a ordem de habeas corpus para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, chancelar-se a hediondez a essas condutas, por exemplo. Assim, a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O juiz deveria ter a possibilidade de exame quanto à adequação da sanção imposta e o respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresentasse variantes socialmente relevantes em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral. De outro lado, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 mereceria crítica na medida em que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Assentou, ainda, que a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com a natureza hedionda. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não seria equiparado a hediondo. Dessa forma, afirmar que o tráfico minorado fosse considerado hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. (grifos nossos) Dos documentos que instruem a impetração, verifica-se, de plano, que o Juízo da Execução na origem afastou esse entendimento da Corte ao homologar o cálculo das penas do paciente, estando, portanto, caracterizado o constrangimento ilegal. ...Entretanto, considerando que o tema trazido à baila é objeto de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que autoriza o art. 192, caput, do Regimento Interno, concedo a ordem de ofício para cassar a decisão proferida pelo Juízo da Execução que homologou o cálculo das penas do paciente, determinado que outra seja proferida com estrita observância do entendimento da Corte no julgamento do HC nº 118.533/MS.

Segundo o escólio de André Estefam:

seria flagrantemente desigual permitir que duas pessoas, que cometeram o mesmo fato definido em lei penal declarada inconstitucional, recebam tratamento distintos, em que uma cumpra a pena correspondente (porque condenada antes da prolação de novo

> *entendimento jurisprudencial) e a outra não receba qualquer sanção (posto que julgada depois da prolação da decisão com caráter vinculante por parte do STF). A ofensa ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) seria evidente; o mesmo se poderia dizer com respeito ao princípio da proporcionalidade.* (*in* Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136).

Por todas essas razões, cabe concluir que o crime de tráfico de entorpecentes, na modalidade eventual ou *"privilegiada"* do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não tem natureza hedionda, devendo os benefícios da respectiva execução penal observar os prazos previstos para crimes comuns.

Diante do exposto, com o parecer, encaminho voto no sentido de julgar procedente o pedido contido na revisão criminal ajuizada por Naira Helena da Silva Miranda, a fim de afastar a hediondez do delito de tráfico eventual de entorpecentes (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) pelo qual fora condenada.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2° vogal)

Divirjo do relator para julgar improcedente o pedido formulado na revisional.

De acordo com entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, firmado no HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016, o tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, que já tinha entendimento consolidado em sentido contrário, cancelou o Enunciado n. 512 de sua Súmula de Jurisprudência.

Entretanto, como essa decisão do STF não possui efeitos *erga omnes*, tampouco caráter vinculante, considero descabida a aplicação desse entendimento com efeitos retroativos a decisões já com trânsito em julgado na data acima mencionada.

Ressalvado o convencimento pessoal acerca da matéria, passo a adotar o entendimento da Corte Suprema, inclusive de ofício, mas de forma prospectiva, de modo a incidir tão somente sobre os julgamentos ainda passíveis de reforma pela via recursal em 23.6.2016.

No caso destes autos, a sentença condenatória aplicada ao requerente transitou em julgado em 02.05.2016 (f. 307), de modo que, pelas razões acima, deve ser mantido o caráter hediondo do delito praticado pela autora.

Posto isso, julgo improcedente o pedido formulado por Naira Helena da Silva Miranda.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (3° vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Julgaram procedente por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de setembro de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



CPE, o cartório do futuro, é benefício direto para os juízes e para a sociedade - 03/07/2017



A Central de Processamento Eletrônico (CPE) é uma das propostas de maior sucesso da justiça sul-mato-grossense. Iniciou sua atuação em 2013, nas varas de execução penal do Estado. Depois, alcançou as varas dos juizados de comarcas do interior e, desde julho de 2016, tem atuado nos juizados da Capital, iniciando seus trabalhos na 1ª Vara do Juizado Central e apresentando resultado significativo: em apenas três meses foi possível a resolução e conseguinte arquivamento de 1.962 processos.

A Central de Processamento Eletrônico vem ganhando destaque como "Cartório do Futuro". Por ser uma inovação, despertou interesse por parte de vários tribunais brasileiros – alguns, inclusive, já enviaram seus representantes a Mato Grosso do Sul para conhecer, pessoalmente, as instalações da CPE.

Desde abril no comando do projeto, o juiz diretor da CPE, Paulo Afonso de Oliveira, falou um pouco sobre os novos desafios e as propostas a serem implantadas. Leia a entrevista.

Como juiz diretor da CPE, quais são os principais benefícios para os magistrados da atuação da Central de Processamento Eletrônico?

Paulo Afonso: Vislumbro dois benefícios para os juízes. O primeiro, é que eles se desincumbem, em parte, do ônus de fiscalizar diretamente o cartório. Na rotina de trabalho, além de julgar, despachar, realizar audiências, gestionar metas e atender advogados, o magistrado hoje, na grande maioria das serventias, tem a responsabilidade de ser o gestor do cartório, o que não ocorre com tanta intensidade com a sistemática da CPE. Outra benesse é o ganho em eficiência, porque as estatísticas indicam que os processos cumpridos pela CPE são feitos de forma mais rápida, em sua grande maioria.

Para 2017, quais as perspectivas de ampliação dos trabalhos da CPE no número de varas e comarcas atendidas? Como isso refletirá na prestação jurisdicional para a população?

Paulo Afonso: Temos, num primeiro momento, duas ações direcionadas a aumentar a capacidade da CPE, permitindo que absorva mais varas: a otimização de mão de obra e a implantação da CPE de 2º grau. A primeira ação teve início com o deslocamento de alguns servidores do setor de distribuição do

Fórum de Campo Grande para a CPE. Estatísticas haviam indicado que a distribuição da CPE já vinha obtendo bons resultados, o que otimizou ainda mais com o reforço dos servidores que foram alocados do Fórum.

Outra medida, ainda em fase de elaboração de projeto para a sua implementação, é a CPE de 2º grau. Na prática, os processos do Tribunal de Justiça passam, também, para a gestão feita pela CPE e parte dos servidores da Secretaria Judiciária poderão atender à CPE. Estimamos que 50% dos servidores lotados na Secretaria Judiciária seriam suficientes para atender o 2º grau, assim, o restante poderá ser destinado a atender todo o Estado, o que nos permitiria otimizar essa mão de obra.

Outro importante mecanismo que certamente fomentará a produtividade da CPE, é o pagamento do Adicional de Produtividade, cujo estudo para implantação já foi autorizado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, o qual vê com entusiasmo esse incremento.

Existe também, em andamento, a elaboração de edital de concurso público para servidores do Tribunal de Justiça. A ideia é de que parte desses servidores sejam destinados a atender à CPE. Com isso, conseguiríamos atender, senão 100%, algo muito próximo disso, nas varas e comarcas do Estado inteiro.

Dentre os benefícios da CPE está a redução de custos para a administração pública. Em sua opinião, neste momento de crise econômica, com menor número de servidores produzindo com alta eficiência, a CPE é a resposta ideal para a gestão do poder público – aliando economia à qualidade do serviço prestado?

Paulo Afonso: A CPE vem ao encontro dessa necessidade premente de economizar no período de crise. Temos estatísticas apontando que um servidor da CPE produz, em média, de 3 a 5 vezes mais que um servidor de cartório. Isso se deve ao ambiente de trabalho em que ele exerce suas funções, já que fica, de algum modo, isolado e isso permite que tenha mais concentração, com o consequente aumento de produção. Sem dúvidas, a CPE acaba por ajudar o Poder Judiciário no que tange também à economia e eficiência.

Os resultados produzidos pela CPE são recentes e o impacto disso nas metas é esperado para o futuro. O senhor acredita que os resultados podem melhorar?

Paulo Afonso: Temos visto que isso se deve não apenas à CPE, mas, também aos servidores e aos magistrados. Estamos, sim, conseguindo obter bons resultados quantos às metas e, não por acaso, todos os anos, o Tribunal de Justiça tem recebido os prêmios e reconhecimentos concedidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no que se refere ao cumprimento de metas. A CPE, sem dúvidas, é uma ferramenta que permite mais agilidade ao trâmite do processo e, consequentemente, um rendimento maior de cada órgão jurisdicional.

Recentemente, a CPE foi apresentada, no Encontro Nacional de Boas Práticas, como referência. Sendo um projeto pioneiro, seria possível dizer que é um caminho na busca da eficiência?

Paulo Afonso: Sem sombra de dúvidas. Mato Grosso do Sul se destaca nas ações pioneiras, a exemplo do que ocorreu com o antigo juizado de Pequenas Causas. Fomos o primeiro Estado a elaborar e a implantar a lei do Juizado Especial e isso é um motivo de bastante orgulho para todos nós. Podemos mencionar também a implantação do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), já que MS foi um dos primeiros a ter tal sistema. O mesmo se passa com o processo e, agora, com a CPE, que é um modelo vanguardista que vem sendo copiado por inúmeros tribunais do Brasil. Aliás, temos recebido visitas de representantes de outros tribunais nacionais que vêm conhecer a CPE, a fim de implantar a proposta em seus estados.

Essas novidades, em muitos casos, geram um certo estranhamento. O que dizer para os juízes e servidores dos cartórios quanto ao uso da CPE?

Paulo Afonso: Sem dúvida, toda mudança causa certa apreensão no ser humano, e isso é natural. Talvez exista certa preocupação, não só por parte do servidor que não conhece a CPE a fundo, mas também por parte de alguns magistrados. No entanto, o Comitê Gestor da CPE tem recebido diversos pedidos de juízes que querem incluir sua serventia na Central, vez que eles já reconhecem os benefícios proporcionados pelo atendimento feito por essa Central. É um ambiente diferenciado e o Tribunal vem tentando incrementá-lo, implementando medidas para estimular o interesse desses servidores. Inclusive, estamos em fase de elaboração de um projeto para que, na medida em que o servidor tenha uma produtividade maior, seja recompensado financeiramente por isso. Em breve, serão escalonados os pagamentos de acordo com a respectiva produtividade - tudo no sentido de incentivá-la. Esse é um fator que acaba agregando, ainda mais, fazendo com que o servidor sinta-se motivado e queira trabalhar na CPE. Estamos também buscando formas de tornar a CPE mais atrativa para o servidor e ainda mais eficiente no atendimento das necessidades das varas abarcadas pela Central.

Os advogados costumavam ir aos cartórios para ver os processos e isso tornou-se desnecessário com o processo digital, acessível em qualquer local pela internet. Mesmo assim, houve certa relutância desses profissionais com o surgimento da CPE. O que dizer a eles?

Paulo Afonso: A CPE é uma sistemática nova e inderrogável de trabalho à qual teremos que nos adaptar. Antigamente, para saber como estava o andamento do processo, o advogado lia o Diário da Justiça ou ia ao Fórum e pedia para compulsar os autos. Hoje, em dia essa consulta pode ser feita pela internet ele. O que, na prática, muitas vezes acontece (mesmo sendo o processo digital), é que o advogado comparece ao cartório e pede para que uma ou outra providência seja tomada em relação ao feito. Com a transferência do cartório para a CPE, essa sistemática mudou um pouco, já que o acesso direto à CPE não é permitido. No entanto, já existe - e será aprimorado - um sistema de atendimento para o qual o advogado pode ligar e obter informações a respeito do processo.

Estamos estudando uma forma de enriquecer esse atendimento, ampliando a acessibilidade relativa aos advogados, mas, de forma alguma, que eles ficarão sem atendimento, pois reconhecemos a grande importância da função que exercem.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza Jacqueline Machado destaca ações da Coordenadoria da Mulher - 04/07/2017



A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS e pela primeira Vara de Medidas Protetivas do país, esteve no programa Tribuna Livre, da FM Capital, na manhã desta terça-feira (4) para falar sobre a segunda fase do programa Mãos EmPENHAdas Contra a Violência, que capacita profissionais de beleza para serem multiplicadores contra a violência de gênero.

"Sabemos que a mulher enfrenta dificuldades na busca de auxílio para deixar o ciclo de violência, porque a relação com o companheiro é complexa. Ela tem dificuldade até mesmo de buscar ajuda da família. Notamos, então, que em muitos processos, um profissional de beleza é testemunha. Daí, surgiu a ideia de capacitar as pessoas que trabalham em salões de beleza", explicou.

Questionada sobre o conteúdo ministrado nos cursos, a juíza explicou que há uma explanação dos aspectos jurídicos da Lei Maria da Penha, para que se saiba a quais benefícios a mulher tem direito; dos aspectos psicológicos, para que se entenda a razão de a mulher não deixar a relação abusiva por estar no ciclo de violência; dos aspectos sociais, permitindo que se entenda quais as maiores dificuldades dessa mulher, e dos ecaminhamentos que podem ser dados, já que muitas vezes ela não quer denunciar o companheiro por uma série de razões".

Sobre as inúmeras situações em que a mulher acaba o casamento ou a convivência, e posteriormente reata a relação, Jacqueline foi muito clara: isso é prejudicial. "Pesquisas apontam que cada vez que há o retorno a este relacionamento, a violência vai se intensificando. Álcool e drogas não são fatores causadores desse tipo de violência, embora sejam considerados como potencializadores", completou.

A coordenadora deixou claro que as medidas protetivas funcionam. "Tanto que a maioria, 90% das vítimas de feminicídio na Capital não tinham medida protetiva. Em Campo Grande temos 2. 500 medidas protetivas em vigor e isso quer dizer que funcionam, sim. É obvio que, em alguns momentos, o companheiro não vai obedecer às medidas protetivas e a vítima tem que informar rapidamente que a medida está sendo descumprida. Ele vai ver os filhos, por exemplo, e descumpre a medida protetiva e isso tem que ser relatado porque, algum dia, o agressor não vai chegar numa boa".

Importante lembrar que a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não tem como fiscalizar diariamente todas as medidas protetivas e isso significa que a vítima tem que informar o descumprimento, permitindo que as medidas sejam agravadas, como o uso da tornozeleira eletrônica ou a decretação de prisão preventiva.

Como então restaurar a saúde mental do agressor? Caso tenha consciência e queira ajuda profissional, o agressor pode solicitar ao Estado o atendimento psicológico. "Em agosto, a Coordenadoria da Mulher realizará um curso para todos os psicólogos e assistentes sociais do Poder Judiciário sobre grupos reflexivos de agressores. A seguir, implantaremos a proposta em Campo Grande para agressores que estão em medida protetiva ou foram condenados, permitindo que estes tenham consciência de seus atos, o tipo de violência que produz e a causa".

O programa Mãos EmPENHAdas Contra a Violência faz parte da campanha do Poder Judiciário de MS "Mulher Brasileira", inserida na mobilização nacional "Justiça pela Paz em Casa", idealizada pela presidente do STF e do CNJ, Ministra Cármen Lúcia, e encampada pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Balanço: Cijus aproximou a justiça do cidadão na Capital - 07/07/2017



Inaugurado no dia 8 de dezembro de 2016, no primeiro semestre de 2017 o Centro Integrado de Justiça (Cijus) já atendeu 15.935 cidadãos que procuraram os serviços do Poder Judiciário de MS. Localizado estrategicamente no centro de Campo Grande, o Cijus é um prédio moderno que proporciona conforto e agilidade para a população e para os profissionais que ali atuam.

A estatística de atendimentos refere-se aos meses de janeiro a junho, quando todas as audiências das Varas dos Juizados Especiais começaram a ser realizadas no Cijus. Dentre os serviços fornecidos aos cidadãos, o da Atermação é um dos mais procurados todos os dias, pois é o local em que o cidadão pode tirar suas dúvidas e, caso necessite, propor demandas sem a necessidade de um advogado ou defensor público.

De janeiro até 30 de junho foram ajuizadas mais de 26 mil ações, sendo 2.958 criminais e 23.340 cíveis, totalizando 26.298 ações ajuizadas tanto por meio físico quanto digital. Todos os dias há audiências de conciliação e instrução e julgamento.

O juiz diretor dos Juizados Especiais de Campo Grande, Emerson Cafure, enfatiza que o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul está entre os melhores do Brasil devido ao comprometimento de magistrados e servidores. “Além disso, o investimento que a administração do TJMS realizou ao longo dos anos contribuiu para a construção de um judiciário mais eficiente”, completou.

Para o advogado Luis Salgado Rocha, o investimento e a disponibilização do Cijus em um prédio moderno melhorou muito a vida do advogado e das partes que buscam a solução de suas causas, com mais agilidade e sem dificultar a resolução de seus problemas. “O que me surpreendeu positivamente foi o investimento realizado em tecnologia e no conforto das novas instalações, valorizando os profissionais e os demais cidadãos que frequentam o local”.

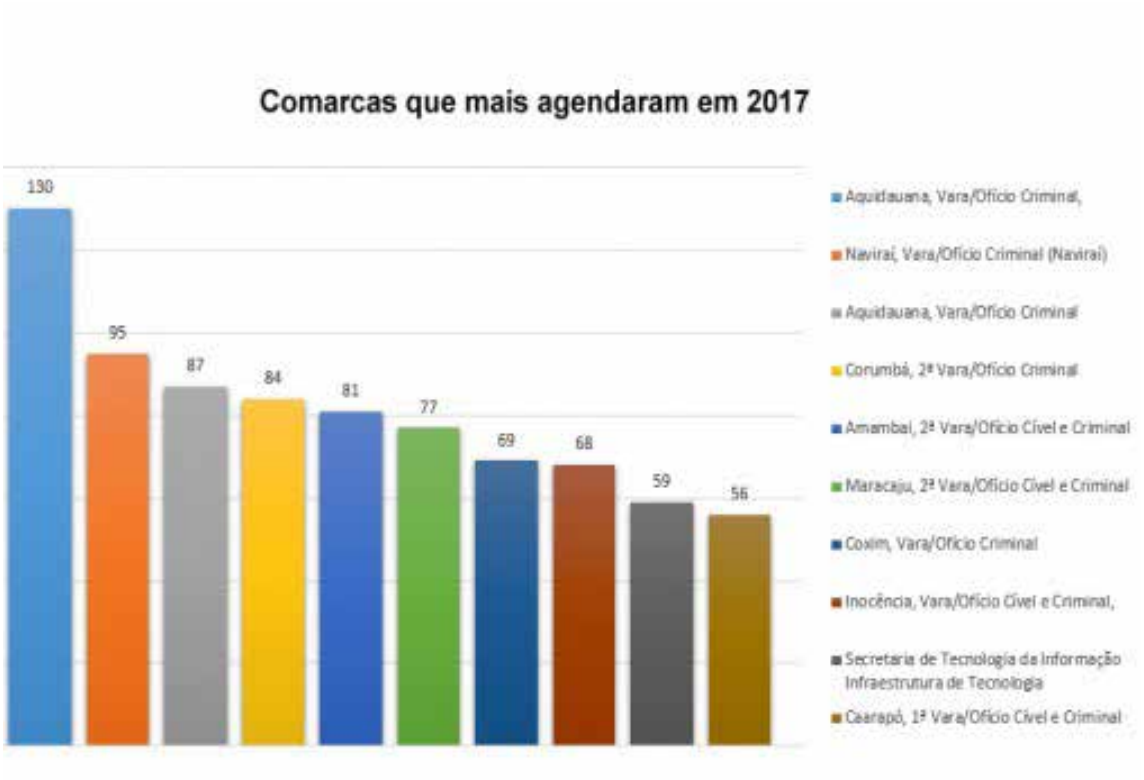
Vale lembrar também que para entrar com uma ação de até 20 salários-mínimos não preciso advogado: basta levar os documentos pessoais e os documentos que comprovem o direito. Foi o caso do corretor de imóveis Dênis Alcântara, que procurou a justiça para receber informações e tirar dúvidas

de procedimentos jurídicos e saiu muito satisfeito. “Muita comodidade e segurança no interior do prédio e de fácil acesso. Fui muito bem atendido e gostei da atenção e dos esclarecimentos dos servidores que trabalham com respeito ao público”.

Além desses atendimentos, o Cijus conta também com um cartório eleitoral onde o cidadão pode emitir o seu título de eleitor, bem como verificar suas pendências perante a justiça eleitoral.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS: Videoconferência evita prescrição de crimes em MS - 10/07/2017



O Poder Judiciário de MS já tem instalado em todos os fóruns os equipamentos de videoconferência. A tecnologia está sendo utilizada amplamente pelas varas cíveis e criminais de MS e garantido que ações penais não sejam prescritas. Atualmente, existe conexão entre comarcas e 15 unidades prisionais no Estado.

Segundo o juiz Giuliano Máximo Martins, da Vara Criminal da comarca de Aquidauana, a utilização da videoconferência na oitiva de réus e testemunhas tem garantido celeridade processual e economia para os cofres públicos. "A utilização desta tecnologia tem sido muito positiva e, por isso, usamos muito essa forma de trabalho, que tem previsão no Código de Processo Penal e garante o princípio da identidade física do juiz".

A Vara Criminal de Aquidauana agendou para este ano 146 videoconferências com outras comarcas e 71 com presídios da comarca e de outras pelo Estado. "Este serviço diminuiu muito, por exemplo, o tempo para se ouvir uma testemunha. Antes mandávamos uma carta precatória e, em algumas ocasiões, corria o risco de prescrever o crime. Assim, temos um impacto grande para garantir que não haja prescrição do delito", garantiu o juiz.

Giuliano Martins pontua ainda que nunca houve entrave, por parte de advogados ou dos envolvidos no processo para que a audiência seja realizada por meio eletrônico. "Na realidade, as pessoas gostam de falar com o juiz da sua ação, mesmo que não seja pessoalmente, porque, no caso da precatória, outro magistrado irá ouvir a testemunha ou a parte etc. E quando alguém se insurge contra a videoconferência, podemos utilizar o método tradicional", explica.

A videoconferência é utilizada em caso cíveis e criminais, inclusive em casos do Tribunal do Júri. A tecnologia também pode ser utilizada entre Tribunais de outras unidades da Federação e com outros países, desde que haja compatibilidade tecnológica e legal.

Os agendamentos de recursos (salas) de videoconferência devem ser realizados unicamente via sistema, disponível em https://www.tjms.jus.br/videoconferencia/.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça empossa novos juízes substitutos de MS - 19/07/2017



O presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, empossou, na tarde desta quarta-feira (19), os 18 novos juízes substitutos do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

A partir de agora, integram o quadro da magistratura sul-mato-grossense os juízes Marcelo da Silva Cassavara, Mário César Mansano, Alan Robson de Souza Gonçalves, Larissa Luiz Ribeiro, Edimilson Barbosa Ávila, Carolinne Vahia Concy, Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva, Bruno Palhano Gonçalves, Camila de Melo Mattioli Gusmão Serra Figueiredo, Vinícius Aguiar Milani, Bruna Tafarelo, Diogo da Silva Castro, Diogo de Freitas, Milton Zanutto Jr, Daniel Foletto Geller, Aldrin de Oliveira Russi, Daniel Raymundo da Mata e Juliano Luiz Pereira.

Em nome dos empossandos falou Marcelo da Silva Cassavara, afirmando que o ingresso na magistratura sul-mato-grossense será um marco divisor em suas vidas. “Somos conscientes de que o exercício da magistratura exigirá dedicação, extensa jornada de trabalho e muitas noites mal dormidas. Não serão raras as vezes em que o exercício do cargo público não irá pedir escolhas, mas sim renúncias”.

Ele falou ainda sobre o momento que o país atravessa. “Enfrentaremos os desafios de atender aos anseios e as necessidades da população em um momento delicado da história brasileira. As expectativas da população sobre o Poder Judiciário crescem. O Juiz não se restringe à figura do Juiz-Julgador, mas também engloba o Juiz-Gestor, Juiz-Conciliador, dentre outras funções interdisciplinares. Viemos dos mais diferentes estados e o Mato Grosso do Sul a partir de agora será nossa casa. Alguns por nascimento, outros por opção, somos todos sul-mato-grossenses”.

Em nome do Tribunal de Justiça, a mensagem de boas-vindas ficou sob a responsabilidade do Des. João Maria Lós, que lembrou aos novos juízes não ser preciso ser doutor em Direito para desempenhar

a contento a missão para a qual foram talhados, bastando que tenham, ao par de manter o compromisso firmado, simplesmente bom senso, que é o que um jurisdicionado espera de um juiz.

Nunca olhem para um processo como um estorvo. Em cada processo existe um drama humano que busca o bálsamo da justiça para acalmar os ânimos e restabelecer a paz de espírito às pessoas. A partir de agora, os senhores estão investidos de poderes de julgar seus semelhantes, resolvendo conflitos de interesse, dando a cada um o que é seu. Tais poderes, no entanto, não os transformam em deuses. (…) Por isso, antes de envaidecer-se do cargo, tenham a conduta humilde, sem subserviência, mas com humildade para compreender, como um igual, os problemas e dramas daqueles que acorrem à procura do juiz."

Em nome dos advogados falou Mansour Elias Karmouche, presidente da OAB/MS, lembrando que a sociedade reconhece no Poder Judiciário o protagonismo essencial que consolida o Estado Democrático de Direito, sendo esse um dos motivos de o Judiciário gozar de prestígio e confiança de largas camadas sociais.

"Confiamos na sabedoria e sensibilidade dos homens e mulheres que comandam a estrutura de nosso sistema de leis. Estamos construindo um Brasil melhor. Parabéns aos novos juízes, parabéns aos magistrados. Vamos continuar seguindo em frente e lutando para que tenhamos o melhor sistema de justiça que nossa sociedade merece".

O Procurador-Geral de Justiça Paulo Cézar dos Passos discursou em nome do Ministério Público e agradeceu aos familiares dos empossandos por emprestarem filhos, netos, esposos, esposas, noivas e noivos para a causa da justiça.

"Vossas Excelências iniciam aqui uma extraordinária jornada, com o poder de distribuir justiça de forma corajosa e independente, como uma das pilastras de sustentação do edifício republicano. Não tratarão os senhores de processos, mas de homens, mulheres e crianças que confiam e dependem da justa decisão dos senhores. O MP confia no Poder Judiciário deste Estado e tem a certeza que V.Excias servirão a justiça com abnegação, imparcialidade e serenidade".

O presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), Fernando Chemin Cury, considerou a data especial por coroar o esforço, a dedicação e o empenho de cada um dos novos juízes. "Começa agora uma nova etapa da vida, com muitos desafios, dificuldades, alegrias, angústias, recompensa e satisfação em poder contribuir para uma sociedade mais justa e solidária. Tenham sempre a ternura de uma mãe, a firmeza da espada e a humildade de um sábio. Que Deus acompanhe cada um nessa caminhada", celebrou.

Conheça – Para que a sociedade saiba um pouco sobre cada um dos empossados, confira abaixo seus currículos:

Marcelo da Silva Cassavara, 31 anos. Nascido em Caarapó (MS), é formado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados, em 2008. Foi servidor do TJMS de 2007 a 2010, lotado na 2ª Vara de Caarapó e na Vara Única de Iguatemi. Desde 2010 ocupava o cargo de Defensor Público em Alta Floresta (MT).

Mario César Mansano, 39 anos. Natural de Paiçandu (PR) e formado pela Universidade Estadual de Maringá, em 2006. Pós-graduado em Direito Tributário pela PUC-MINAS. Foi servidor do TJPR, Procurador do Município de Maringá e analista judiciário da Justiça Federal.

Alan Robson de Souza Gonçalves, 32 anos. Natural de Blumenau (SC). Formado em Direito na Univali, em 2009. Tem especialização em Direito Público e Prática Jurídica, ambas pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Foi assessor por seis anos no TJSC, em primeiro grau. De 2009 a 2011, cursou a Escola Superior da Magistratura de SC (Esmec).

Larissa Luiz Ribeiro, 29 anos. Nascida em Campos Gerais (MG). Formada em Direito na Faculdade de São Lourenço (MG), em 2011. Aprovada na OAB antes mesmo de formada. Advogou por cinco anos até a aprovação no concurso de juiz substituto de MS.

Edimilson Barbosa Ávila, 36 anos. Natural de Paranaíba (MS). Formado em Direito pela Universidade Estadual de MS/Paranaíba, em 2006. Possui especialização em Direito do Estado, pela Esmagis, em 2007. Cursou a Escola Superior da Magistratura de MS (Esmagis). Foi assessor de juiz na 1ª Vara Cível de Nova Andradina. Foi assessor de desembargador. Ocupava o cargo de Defensor Público na comarca de Corumbá.

Carolinne Vahia Concy, 31 anos. Nascida em Nova Friburgo (RJ), formada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Foi residente na PGE/RJ, de 2012 a 2014, e juíza leiga no TJRJ, de 2014 a 2017.

Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva, 30 anos. Formada em Direito pela Universidade Anhanguera Uniderp, em 2010. Foi assessora de juiz e servidora efetiva do TJMS de 2010 a 2013, ano em que pediu exoneração para assumir o cargo de analista do TRT da 24ª Região. Em setembro de 2013 assumiu o cargo de juíza no TJBA, exercendo-o até agora.

Bruno Palhano Gonçalves, 27 anos. Nascido em Campo Grande (MS). Formado em Direito pela Instituto IBMEC, no Rio de Janeiro (RJ), em 2012. Cursou pós-graduação na Escola Paulista de Direito (EPD), com ênfase em Direito Civil e Processual Civil.

Camila de Melo Mattioli Gusmão Serra Figueiredo, 29 anos. Formada em Direito pela Universidade Federal de MS (UFMS), em 2009. Por quatro anos foi assessora no Ministério Público de MS. Aprovada no concurso da magistratura no TJPR, tomou posse em dezembro de 2014.

Vinicius Aguiar Milani, 31 anos. Natural de Guarapuava (PR). Formado em Direito, em 2009, pela Unicesumar em Maringá. Estagiou com juízes nas comarcas de Maringá e Sarandi, ambas no Paraná. Foi assessor de magistrado em Sarandi de 2012 até a nomeação no concurso para magistratura do TJMS.

Bruna Tafarelo, 29 anos. Natural de Astorga (PR) e formada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, em 2012. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e em Direito Processual Civil pela Uninter. Foi assistente de juiz nas comarcas de Astorga, Santa Isabel do Ivaí, Santa Fé e Apucarana.

Diogo da Silva Castro, 32 anos. Nascido em Santos (SP) e formado em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI), em 2010. Atuava como advogado em Sorocaba (SP).

Diogo de Freitas, 32 anos. Natural de Poços de Caldas (MG) e formado em Direito pela PUC/Minas. Pós-graduado em Ciências Criminais, advogou por três anos. Exerceu o cargo de Delegado de Polícia no Espírito Santo por mais de cinco anos. Professor de Direito Constitucional e Administrativo em universidades e cursos preparatórios para concurso.

Milton Zanutto Jr., 26 anos. Natural de Terra Roxa (PR) e formado em Direito na Universidade Estadual de Maringá (UEM), em 2012. Foi assessor no 3º Juizado Especial Cível de Maringá e atuou como conciliador no Juizado Especial de Toledo. É advogado.

Daniel Foletto Geller, 36 anos. Natural de Santo Ângelo (RS). Formado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), em 2004. Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público Estadual de MS por 12 anos.

Aldrin de Oliveira Russi, 34 anos. Natural de Tupã (SP), formado em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista (FADAP), em 2005, e pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera, em 2014. Possui mais de 10 anos de exercício da advocacia. Foi assessor na Vara Cível e da Infância e Juventude de Tupã, por sete anos.

Daniel Raymundo da Matta, 31 anos. Nascido em Volta Redonda (RJ) e formado em Direito pela UNIFOA, em 2009. Possui pós-graduação pela Escola da Magistratura do RJ, em 2014. Judicou como juiz substituto por mais de um ano no Ceará até ser nomeado para o cargo de Juiz Substituto do TJMS.

Juliano Luiz Pereira, 29 anos. Natural de Ponta Grossa (PR) e formado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, em 2009. Cursou a Escola da Magistratura em 2010, em Curitiba. Desde 2011 foi assessor jurídico no TJPR, onde permaneceu até a nomeação ao cargo de juiz substituto de MS.



Tribunal de Justiça empossa novos juízes substitutos de MS



Tribunal de Justiça empossa novos juízes substitutos de MS



Tribunal de Justiça empossa novos juízes substitutos de MS

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DE SAUDAÇÃO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOÃO MARIA LÓS POR OCASIÃO DA POSSE DOS NOVOS JUÍZES SUBSTITUTOS

Aos dezenove dias do mês de julho de dois mil e dezessete

Saudações.

Com a posse dos senhores, mais uma vez este Tribunal promove uma renovação nos seus quadros, essencial para manutenção da presteza da resposta do Estado-Juiz na sua missão constitucional de prestar a jurisdição. Todos sabem que tivemos um concurso longo e os senhores foram bastante exigidos em todas as fases, notadamente na última, prova oral da qual tive a honra de participar como Presidente deste Sodalício, que então era, juntamente com os demais membros eleitos pelo Plenário, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Dorival Renato Pavan, e do competente representante da OAB - MS advogado Carlos Magno Coelho Couto, aos quais, como Presidente da Comissão, me cabe agradecer o apoio, dedicação e competência com que executaram o 'munus' de examinar todos os candidatos. A todos, muito obrigado!

Neste momento, os senhores tomam posse, prestam o compromisso e são apresentados formalmente à comunidade jurídica guaicuru.

O compromisso prestado foi de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis.

Não é um compromisso qualquer, é um compromisso com o Estado, consigo mesmo e com os jurisdicionados de bem prestar a jurisdição de forma célere, descomplicada e efetiva.

Qualquer que seja a postura filosófica que os senhores adotem, por mais cultura jurídica e humanística que possuam, dificilmente saberão as responsabilidades e dificuldades do cargo que assumem.

Nenhum dos senhores precisa ser doutor em Direito para que desempenhem a contento a missão para a qual foram talhados, bastando que tenham, ao par de manter o compromisso firmado, *bom senso* simplesmente, que é o que o jurisdicionado espera do seu juiz.

Nunca olhem para um processo, do mais simples ao mais complexo, como um estorvo! Tenham em conta que, em cada processo existe um drama humano que busca o bálsamo da justiça para acalmar os ânimos e restabelecer a paz de espírito às pessoas.

Tenham sempre em conta que a partir de agora os senhores estão investidos de Poderes Divinos, qual seja, a de julgar os seus semelhantes, resolvendo os conflitos de interesses, dando a cada um o que é seu.

Tais poderes, no entanto, não os transformam em deuses. Ao contrário, somos todos humanos e sujeitos a cometer erros, como todos os outros. E, os cometemos, como os senhores também os cometerão, certamente.

Por isso, antes de envaidecer-se com o cargo que agora assumem, devem ter sempre, consigo, a conduta humilde, sem subserviência, por óbvio, mas humilde para compreender, como um igual, os problemas e os dramas daqueles que acorrem à procura do juiz.

Hoje é um marco inicial na vida de cada um dos senhores. Todos certamente passaram por momentos muito difíceis até chegarem a este dia de coroamento de um ideal, vivenciado por muitos desde os bancos da faculdade de Direito. Foram anos de estudo, de abnegação, de segregação dos familiares, entes queridos e amigos, em prol de uma causa em relação à qual, ao final, sagraram-se vitoriosos.

Não pensem que esses momentos difíceis deixarão de existir no exercício da magistratura, que deve ser pelos senhores entendida como novo desafio, dia após dia, com renovação constante dos estudos e do aprimoramento técnico e cultural, na medida em que se a sociedade evolui, alterando-se padrões de comportamento e de alteração da legislação para enquadramento das novas categorias surgidas, os senhores também terão que evoluir, jamais abandonando os estudos e dedicação ao trabalho, preparando-se diuturnamente para darem continuidade às funções jurisdicionais que passarão a desempenhar, que traz em si, sempre, novos desafios, para os quais devem estar adequadamente preparados.

E para que esses novos desafios sejam vencidos, um a um, cada um dos senhores terá de ser havido e considerado pela sua comunidade, simplesmente, como um *bom juiz*. Não um juiz excepcional, mas sim apenas um *bom juiz,* vocacionado para o exercício da função jurisdicional e que sabe de sua importância para a comunidade em que passarão a atuar.

Mantenham-se como magistrados. Não busquem situar-se como parte no processo. Não cabe ao juiz, subir em árvores, escondido, para flagrar menores ao volante de veículos. O juiz não deve exercer seu cargo, como se fosse um delegado ou policial. Essa conduta é própria dessas autoridades. Não do juiz.

Como também ao proferir suas decisões, não desconsiderem as vicissitudes que a vida reserva para os mais humildes. Não se deve arbitrar fiança em valores exorbitantes para o réu humilde, por exemplo.

Os senhores passam a ser homens e mulheres que servirão de exemplo nas comarcas em que serão designados para trabalhar. Serão espelhos de portadores de conduta proba, digna, honesta, em que se mirarão os cidadãos, tendo-os como competentes, discernidos e retos.

O bom juiz é aquele que sabe ver no processo os dramas vivenciados pelas partes que ali estão a pleitear, simplesmente, a aplicação do direito cabível na espécie *in concreto,* diante dos fatos colocados à apreciação, sem elaborar teses na sentença que somente a ele mesmo interessam, dificilmente para as partes e seus advogados.

Lembrem-se que *sentença* vem do verbo *sentire,* que exprime uma ideia de *sentimento,* de avaliação dos fatos e da justiça a ser feita no caso apresentado.

A respeitabilidade do magistrado, que representa todo o Poder Judiciário, quando aplica a lei, decorre da correção de suas sentenças.

Queira Deus que os senhores consigam responder satisfatoriamente a esse questionamento, mas por hora lhes digo que ser juiz é se ver na condição de quem será julgado, é se colocar na posição daquele que procura o Judiciário e tem pressa em ser atendido. Ser Magistrado é ser Humano, é tratar o seu semelhante com humanidade, é respeitar o preso, é dar tratamento igualitário para as partes.

O juiz justo, tem o respeito de seus pares, exatamente porque decide corretamente. Não é pela severidade da pena que se obtém o respeito. Isso aplicado, sem o devido amparo das provas, produz a imagem do juiz temido. Aquele que incute medo ao jurisdicionado.

O juiz não deve ser temido. Deve, sim, ser respeitado pelo conteúdo de suas decisões.

Nunca produzam uma decisão preocupados com a sua repercussão. Preocupem-se, em suas decisões, em analisar corretamente os fatos, as provas, o Direito.

Assim, certamente terão o respeito de seus jurisdicionados.

O bom juiz é aquele que decide exemplarmente, de forma rápida, tutelando tempestivamente o direito daquele que tem direito, mantendo o prestígio que o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul tem perante seus cidadãos e perante o Conselho Nacional de Justiça, que o considera um dos mais céleres do País, sem perder a qualidade da prestação jurisdicional exarada no Estado.

É aquele que não tem temor de receber e receber bem o advogado, o qual muitas vezes não consegue colocar todo o drama vivenciado por seu cliente em uma petição, e que necessita da atenção do magistrado para a causa.

Assim os senhores também devem proceder, lembrando-se também de sempre tratar a todos com urbanidade, atenção e dedicação, bem assim aos servidores do Poder Judiciário e outros Órgãos do aparelhamento estatal, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Lembrem-se dos ensinamentos de **Sócrates**, que afirmou que um magistrado deve estar dotado de **quatro características essenciais**: *escutar com cortesia, responder sabiamente, ponderar com prudência e decidir imparcialmente,* qualidades essas que os senhores terão que aprender a delas se imbuírem para bem poder decidir.

A juventude que trespassa cada um dos senhores não pode servir de escudo para deixarem de *sentir* o que se qualifica como Justo ou Injusto. Muitos não viveram - talvez jamais viverão - experiências pessoais idênticas às das partes no processo. Mas esse *sentimento* deve estar ínsito em suas almas porque estudarão e observarão as experiências alheias, das almas alheias, dali colhendo o essencial para que, sensíveis ao aprendizado, possam também *sentir* para bem decidir.

Todos os senhores se destacaram pela juventude, pelo conhecimento e a dedicação aos estudos, e são detentores de qualidades que engrandecem este Tribunal. Sentimo-nos honrados com o ingresso de cada um nos quadros da magistratura, recebendo-os e acolhendo-os como novos integrantes que contribuirão para a manutenção e melhoria da qualidade da prestação jurisdicional.

Todavia, esperamos simplesmente que exerçam o seu dever, a sua missão, de bem e fielmente cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis, e se destaquem ao longo da carreira pelas qualidades pessoais que os trouxeram até aqui, a que deve se agregar as virtudes de um magistrado, acima destacadas, desprovidos da soberba, repletos de humildade, consciência das próprias limitações, vontade de superar os obstáculos, amor pelo Direito e pela Magistratura, sem a qual não é possível a manutenção de um verdadeiro Estado de Direito Democrático.

Não se distanciem da realidade da vida! Lembro-me hoje, quando no distante ano de 1981, ao assumir esse mesmo cargo, ouvi, do então Presidente do Tribunal, Des. Jesus de Oliveira Sobrinho, a recomendação que deveria estar sobre a mesa de todos os juízes e outras autoridades: ‘os senhores estão indo para as Comarcas para resolver problemas, e não para criar problemas.’ Tenham esse lema como um norte na carreira.

Enfim, tenham sempre em mente que devem julgar de acordo com vossas consciências, pois ela é Deus vivo em casa um de nós!

Sucesso e Felicidades.

Muito Obrigado.

DISCURSO DO DR MARCELO DA SILVA CASSAVARA NA POSSE DOS NOVOS JUÍZES SUBSTITUTOS

Aos dezenove dias do mês de julho de dois mil e dezessete

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Desembargador Divoncir Maran, que preside este ato, na pessoa de quem cumprimento os demais Desembargadores desta Egrégia Casa de Justiça. Excelentíssimo Senhor Presidente da AMANSUL, Dr. Fernando Cury, na pessoa de quem cumprimento os Juízes de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul.

Saudações.

Excelentíssimo Senhor Fernando Cesar Caurim Zanele, Procurador Geral Adjunto do Estado, Representando O Governador Do Estado De Mato Grosso Do Sul, Reinaldo Azambuja;

Prefeito de Campo Grande, Senhor Marcos Trad;

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça, Paulo Cézar dos Passos

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso Do Sul, Mansour Elias Karmouche;

Defensoria Pública Geral em Exercício, Júlia Fumiko Hayashi Gonda;

Senhoras e Senhores. Ilustres colegas de concurso. Expresso minha imensa alegria em representá-los nesse momento tão especial em nossas vidas.

O caminho que nos trouxe a esta solenidade de posse não foi nada fácil, marcado por dedicação e comprometimento a uma extensa rotina de estudos. Muitas vezes tivemos que substituir as poucas horas de lazer pelos estudos, conciliando a vida profissional com a preparação para o concurso da magistratura.

E se a trajetória até aqui foi árdua, feita de angústias, tropeços, e recomeços, tivemos a oportunidade de apreender. Era o destino. Já dizia Chico Xavier: "*É exatamente disso que a vida é feita, de momentos. Momentos que temos que passar, sendo bons ou ruins, para o nosso próprio aprendizado. Nunca esquecendo do mais importante: Nada nessa vida é por acaso. Absolutamente nada.*"

O ingresso na magistratura sul-mato-grossense é um marco divisor em nossas vidas. Essa solenidade de posse representa, a um só tempo, o fim e o início. O fim de uma fase da vida destinada a aprovação no concurso público da magistratura. O início de uma fase da vida destinada ao pleno exercício da magistratura.

Nós somos conscientes que o exercício da magistratura exigirá dedicação, extensa jornada de trabalho e muitas noites mal dormidas. Não serão raras as vezes em que o exercício do cargo público não irá pedir escolhas, mas sim renúncias.

E se temos ciência das obrigações que a magistratura exige, sabemos que somos vitoriosos em poder exercer tão relevante cargo público. Em sua conhecida obra Oração aos Moços, Rui Barbosa faz referência a magistratura como "*a mais eminente das profissões a que um homem se pode entregar neste mundo.*"

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul é reconhecido nacionalmente pela excelência do serviço prestado a sociedade. Isso é fruto de trabalho incansável de Desembargadores, Juízes, Servidores e Colaboradores deste Tribunal.

Ingressamos no cargo de Juiz Substituto sabendo da difícil responsabilidade em dar sequência ao excelente trabalho que vem sendo desenvolvido pela magistratura sul-mato-grossense há décadas.

Enfrentaremos os desafios de atender aos anseios e as necessidades da população em um momento delicado da história brasileira. As expectativas da população sobre o Poder Judiciário crescem. O Juiz não se restringe a figura do Juiz-Julgador, mas também engloba o Juiz-Gestor, Juiz-Conciliador, dentre outras funções interdisciplinares.

O Poder Judiciário está em constante transformação. E nós, novos Juízes Substitutos, devemos acompanhar e fazer parte dessa transformação. Precisamos ouvir e dialogar com a sociedade. Lembrando sempre, o jurisdicionado é a razão do nosso existir.

Não vamos esquecer caros colegas que a prestação jurisdicional exige do Juiz a conciliação e equilíbrio de dois vetores: eficiência e celeridade. Entregar ao jurisdicionado uma decisão de qualidade e dentro de um prazo razoável, embora difícil a equação desses fatores, é o que devemos buscar na nossa atuação.

Nós, 19 novos Juízes, viemos dos mais diferentes Estados, e o Mato Grosso do Sul a partir de agora será nossa casa. Alguns por nascimento, outros por opção, somos todos sul-matogrossenses. E aos nossos queridos familiares e amigos. Nenhuma vitória é órfã. E se hoje somos vitoriosos, foi graças a vocês. Dividiram os momentos de angústias. Acreditaram na nossa vitória em momentos de incerteza. Ofereceram o carinho necessário para que tivéssemos forças para continuar. Foram compreensivos nos momentos em que tivemos que substituir o convívio familiar pelos estudos. O nosso muito obrigado a família e amigos por viverem a cada dia este sonho conosco. Que o desejo de entregar justiça sempre nós acompanhe nessa nova trajetória.

Muito obrigado a todos.

Corregedor-Geral de Justiça de MS participou do 75º Encoge - 21/07/2017



Foto: Ascom/TJMG

O corregedor-geral de Justiça de Mato Grosso do Sul, desembargador Romero Osme Dias Lopes, participou, entre os dias 28 e 30 de junho, do 75º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil (Encoge), realizado em Belo Horizonte - MG.

Nessa edição do evento, que teve como sede o Palácio da Justiça da capital mineira, foi abordado o tema "A Corregedoria, o Planejamento Estratégico e a Gestão na Justiça de 1ª Instância".

O 75º Encoge tratou sobre as alternativas para o aprimoramento da prestação dos serviços judiciais e extrajudiciais no país. O objetivo do encontro, que acontece desde 1994, é estimular a troca de experiências, o compartilhamento de conhecimento e a aproximação da Justiça com a população.

Em sua solenidade de abertura, o 75º Encoge contou com a apresentação da Orquestra Jovem do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e discursaram o corregedor-geral de Justiça do Estado de São Paulo e presidente do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil, desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, o corregedor-geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e vice-presidente do CCOGE, desembargador André Leite Praça, e o presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desembargador Herbert José Almeida Carneiro.

A palestra inicial foi proferida pelo ministro João Otávio de Noronha, corregedor nacional de Justiça e integrante do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O evento também foi constituido por diversos debates e painéis distribuídos ao longo dos três dias, e, por fim, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proferiu a palestra de encerramento.

Carta de Belo Horizonte – Ao final do encontro, o Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil elaborou a Carta de Belo Horizonte, como resultado do 75 º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil (ENCOGE).

Entre os principais pontos da carta, destacam-se a proposta de que todas as Corregedorias adotem programas próprios de Gestão Estratégica de Unidades Judiciárias, segundo o normativo e peculiaridades de cada Tribunal; a criação de um grupo de trabalho para o aprofundamento dos estudos relativos ao Operador Nacional de Registro (ONR) do Sistema de Registro de Imóveis Eletrônico (SREI), previsto na Medida Provisória 759/2016; incentivar a adoção do protesto extrajudicial de sentença para a satisfação rápida, eficaz e econômica de obrigações reconhecidas judicialmente; recomendar aos magistrados a importância do enfrentamento e diminuição dos impactos das demandas predatórias, a fim de assegurar o bom funcionamento do Poder Judiciário.

A carta fala ainda em incentivar os magistrados a adotarem formas de solução pacifica dos conflitos (mediação e conciliação); incentivar a construção e a implantação de APAC's – Associações de Proteção e Assistência ao Condenado, como medida alternativa e eficaz para a humanização das prisões, recuperação e reintegração social de presos, proteção da sociedade e promoção da Justiça, sem olvidar a finalidade punitiva da pena.

Confira a íntegra da Carta de Belo Horizonte no link http://www.tjmg.jus.br/data/files/E6/75/38/19/76D1D51014A991D5B04E08A8/Carta%20de%20BH.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comitê estadual discute alternativas para diminuir judicialização da saúde - 26/07/2017



O Salão Pantanal do Tribunal de Justiça, na manhã desta quarta-feira (26), sediou mais uma reunião do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde, sob a coordenação do Des. Nélio Stábile.

Na pauta algumas solicitações e sugestões para discussão, já que o Comitê tem a função de aconselhar e sugerir aos entes federativos, magistrados, classe médica e demais operadores do Direito envolvidos com saúde pública, medidas que visem amenizar o problema da judicialização da saúde.

Assim, os presentes discutiram profunda e abrangentemente a possibilidade de se criar uma vara especializada em saúde na Fazenda Pública, o que permitiria tratar do assunto de forma mais complexa – inclusive com a realização de perícia judicial. A especialização permitiria que as causas de até 60 salários mínimos não fossem mais direcionadas para os juizados especiais – como o são hoje.

Vencidos os pontos críticos, os presentes concordaram que a judicialização da saúde nasce no consultório médico, quando o profissional prescreve o medicamento; ressaltaram o grande número de processos que tramitam sobre o tema na 6ª Vara do Juizado Especial, atualmente com mais de 10 mil processos, e lembraram que o Sistema Único de Saúde (SUS) está à beira do abismo, resultando até em prejuízo para o jurisdicionado.

Houve a proposição de criação de uma Câmara de Conciliação para possibilitar o diálogo direto entre quem pede e quem pode fornecer o medicamento ou tratamento. A ideia da Câmara é que se judicialize somente o que não for efetivamente conciliado. Entretanto, na impossibilidade de se criar tal órgão, restou a sugestão de se utilizar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os Cejuscs, do Poder Judiciário.

Os participantes consideraram também a proposta de se designar um juiz especificamente para judicar nas ações que versam sobre questões de saúde, citaram projetos exitosos de outros estados, apontando suas estruturas e visão social sobre a saúde.

A possibilidade de se criar um corpo de peritos para assessorar os juízes também foi levantada, porém o Des. Nélio explicou que essa prática não é possível na justiça estadual porque os profissionais que atuam como peritos são credenciados e nomeados para os casos em que há necessidade de seu auxílio, mas não constituem um grupo de servidores do Poder Judiciário.

Dentre os assuntos em pauta estavam também as prescrições médicas (medicamentos e tratamentos), sob o ponto de vista da clareza, pertinência e cumprimento de normas legais; atuação do CRM e CRF quanto a prescrições e aviamentos de medicamentos pelo SUS e segundo a Rename; e a eficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS quanto ao controle de origem, laboratório e capacidade técnica.

Das discussões resultaram sugestões e recomendações, estas são as que o Comitê entende que devem ser feitas. Assim, duas recomendações serão encaminhadas à administração do Poder Judiciário: a criação de uma vara especializada ou, alternativamente, a designação de um juiz para julgar questões específicas referentes à saúde, e a criação de uma Câmara para conciliar e mediar. Caso não seja possível a criação, a utilização dos Cejusc para tentar resolver essas questões.

Questionado sobre a eficácia das discussões, o desembargador explicou que todos os integrantes buscam a discussão de questões relevantes de saúde principalmente para evitar a judicialização, embora esta seja uma solução. Contudo, Stábile ressalta que a judicialização deve ser a última solução a ser alcançada porque o atendimento é mais demorado, muitas vezes posterior ao necessário e a um custo elevadíssimo porque movimenta a máquina do Judiciário, a Defensoria Pública, Estado, Município, entre outros.

"O Comitê discute essas questões para evitar a judicialização, mas como forma primeira de melhor atender o paciente, que deve receber o tratamento ou o medicamento necessários sem ter que buscar a justiça. Essa é a intenção do Comitê: atender bem ao que precisa e evitar a judicialização pelas causas repetitivas ou aquelas que não deveriam vir. Sem dúvida alguma, as discussões no Comitê elucidam e instruem todos nós", concluiu.

Participaram da reunião, além do desembargador coordenador, o secretário estadual de Saúde, Nelson Tavares, o secretário municipal de Saúde, Marcelo Vilela, os juízes David de Oliveira Gomes Filho, Alexandre Branco Pucci e José Eduardo Neder Meneguelli, e representantes do Ministério Público Estadual e Federal, da Defensoria Pública Estadual e da União, do TRF, do Procon, da OAB, das Procuradorias do Estado e do Município, do COSEMS, de hospitais da Capital e do Núcleo de Apoio Técnico (NAT).

O próximo encontro do Comitê está agendado para o dia 1º de setembro.





Reunião uniu representantes de diferentes órgãos para discutir o tema



Reunião uniu representantes de diferentes órgãos para discutir o tema

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ encerra Campanha do Agasalho com arrecadação de mais de 5,6 mil peças - 28/07/2017



Chega ao fim nesta sexta-feira (28) a Campanha do Agasalho do Tribunal de Justiça, por meio do Pacijus, que mobilizou a população de Campo Grande. Durante toda a campanha, foram distribuídos 570 cobertores e aproximadamente 5.064 peças de roupas, conseguindo amenizar o frio de muitas famílias atendidas.

Ao todo conseguimos atender projetos e comunidades como o Projeto Semeando Vidas, do Jardim Campo Belo e Jardim Noroeste, CAPS AD EUA Unidade de Acolhimento (Desintoxicação) – MP, Comunidade Índigena Darcy Ribeiro, Creche Anandamóyi, Associação dos Moradores do Bairro Arnaldo Estêvão Figueiredo, Clube de Mães do Bairro Estrela Dalva, Mulheres da Associação de Apoio Social Clínica da Alma, Projeto Fome de Quê?, Escolinha Filhos da Misericórdia, Projeto Mãe Águia, Famílias do Jardim Itamaracá, além das crianças de instituições de acolhimento da Capital.

O Tribunal de Justiça tem buscado parcerias que se integrem no propósito de organizar ações capazes de trazer um pouco mais de conforto e dignidade às pessoas necessitadas, o que tem sido alcançado com muito êxito.

Nesta edição, mais uma vez foi possível aquecer o lar de muitas famílias carentes com as doações advindas de cada um dos que colaboraram com a campanha, sendo voluntários, que disponibilizaram seu tempo ajudando nas entregas e pedágios relativos à campanha, doadores que colaboraram com cobertores e roupas ou parceiros.

O resultado positivo da campanha foi possível pela união de esforços dos parceiros e colaboradores e da adesão do público, que se dispôs a ajudar.

O Cartório do 5º Ofício, a Justiça Federal de MS, a Mécari Distribuidora, a SEMAD da IEADMS, o Moto Clube DDW, o TRE-MS, o Moto Clube HOG, a Harley Davidson – Rota 67, o Ministério Público, a Organização Conexão do Bem, o Hospital do Coração, o Grupo Capital MS de Comunicação, o Colégio Auxiliadora, a Capital 95 e a Página Brasil foram parceiros da edição 2017 da Campanha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Carreta da Justiça disponibiliza cadastramento biométrico em Novo Horizonte do Sul - 31/07/2017



Nesta segunda-feira (31), a Carreta da Justiça começou seu atendimento no município de Novo Horizonte do Sul, onde ficará durante toda a semana. O serviço do Poder Judiciário naquela cidade contará com uma novidade: o cadastramento biométrico.

Resultante de uma parceria com o Tribunal Regional Eleitoral, o TJMS tornará acessível a toda população novo horizontina do sul o cadastro biométrico para as próximas eleições, além do requerimento da 1ª via do título.

Com a intenção de tornar o processo eleitoral cada vez mais seguro, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução n° 23.330/2015, institui em todo o país o cadastro biométrico dos eleitores, uma vez que é um método tecnológico que permite reconhecer, verificar e identificar uma pessoa por meio de suas impressões digitais por não existirem duas impressões iguais.

Para requerer o cadastramento biométrico, o eleitor deve se dirigir aos postos de atendimento eleitoral munido de comprovante de endereço original e atualizado, documento de identidade com foto (original e cópia) e o título de eleitor original. O recadastramento é obrigatório e o não comparecimento do eleitor acarretará na perda do título, além de direitos como, por exemplo, renovar matrículas em escolas e universidades e inscrições em concursos públicos.

O atendimento da Carreta da Justiça está sendo feito em frente da Secretaria de Assistência Social, ao lado da Prefeitura, situada na Av. João Ramalho Sobrinho, 130.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS instala a 6ª Vara de Família e Sucessões da Capital nesta terça-feira - 31/07/2017



A partir desta terça-feira, dia 1º de agosto, Campo Grande passa a contar com mais uma vara judicial. De acordo com o Provimento nº 395, do Conselho Superior da Magistratura, será instalada no Fórum Heitor Medeiros a 6ª Vara de Família e Sucessões.

A medida faz parte da repaginação que está sendo feita no setor, na qual as Varas de Família voltaram a competência de tempos atrás e passam a receber também processos de competência das Sucessões. Assim, além da criação da 6ª Vara, a vara especializada de sucessões foi transformada na 5ª Vara de Família e Sucessões.

Com isso, a configuração antiga, formada por quatro varas de família e uma vara de sucessões passará a vigorar a partir do dia 1º de agosto com a dupla competência num total de seis varas.

O acervo dos processos da então Vara de Sucessões será dividido equitativamente entre a 5ª e 6ª de Família, de modo que ambas varas tenham uma mesma média de processos sob sua responsabilidade. Já os processos novos relacionados à matéria serão distribuídos por sorteio entre as seis varas de família e sucessões.

Ainda conforme o provimento, o antigo cartório da Vara de Sucessões passará a atender a demanda da 5ª e 6ª Varas de Família e Sucessões.

A instalação da 6ª Vara acontecerá às 11 horas desta terça-feira (01), no saguão do 4º andar do Fórum da Capital, com a presença do presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran.

A recém-criada vara será comandada pela juíza titular da 1ª Vara de Família e Sucessões, Saskia Elisabeth Schwanz, conforme escala de substituição, até que seja promovido um juiz a ocupar o cargo de titular.

Mudança – O presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, explicou que para as alterações considerou-se a necessidade de atendimento da demanda, em razão do elevado número de processos iniciados mensalmente e de processos em curso perante as varas com essas competências.

Segundo números da Coordenadoria de Estatística do TJMS, na primeira semana de julho, foram contabilizados na 1ª Vara de Família a tramitação de 4.794 processos; na 2ª Vara de Família havia 5.317, na 3ª Vara de Família, 5.545 e na 4ª Vara de Família, o número chegava a 5.562 processos. Na Vara de Sucessões tramitavam 6.165 feitos. No total, somente nessas cinco varas o número de processos em andamento era de 27.383.

Assim, como forma de estabelecer uma melhor distribuição processual nestas Varas, propôs-se a fusão da competência. Não se pode esquecer que parcela importante dos procedimentos pertinentes às sucessões foi deferida às serventias extrajudiciais e que o remanejamento de competências proposto tem a finalidade de otimizar a prestação jurisdicional na comarca de Campo Grande, com severa repercussão social, dada a natureza das demandas deduzidas perante as Varas de Família.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal inicia o curso Formação em Grupos Reflexivos de Gênero - 31/07/2017



Começou na manhã desta segunda-feira (31) o curso Formação em Grupos Reflexivos de Gênero, realizado pelo Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial de MS e da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

O evento ocorre no Novotel com a presença dos palestrantes Felippe Lattanzio e Rebeca Rohlfs, ambos membros do Alban - Instituto Mineiro de Saúde Mental e Social, pioneiro na formação de grupos reflexivos no Brasil, que atua desde 1998 levando conhecimento sobre questões de gênero e violência.

A capacitação de servidores, psicólogos e assistentes sociais visa o entendimento acerca dos diferentes modos de violência contra a mulher e o conhecimento sobre o atendimento ao homem autor de violência, com especial atenção à escuta do agressor e intervenções em grupo, com a finalidade de reeducar os provedores da agressão.

O diretor-geral da Ejud-MS, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, fez a abertura do curso e lembrou aos participantes a importância de se debater o tema. “A importância do curso está principalmente em fazer com que o Judiciário como um todo conheça e olhe com mais atenção para as questões que são levadas diariamente à justiça, que tratam da violência contra a mulher”.

A juíza Jacqueline Machado, responsável pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, titular da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e instrutora de um dos módulos do curso, lembrou que os debates serão extremamente relevantes para tornar possível a percepção dos casos de feminicídio. No entender da magistrada, a capacitação é indispensável para o melhor entendimento e conhecimento do trabalho a ser realizado.

"A violência contra a mulher atingiu níveis alarmantes nos últimos anos. Dados da última pesquisa do Instituto Datafolha, divulgada em 8 de março de 2017, indicam que a cada 90 minutos uma mulher é vítima de feminicídio no Brasil e que a cada dois minutos cinco mulheres são espancadas. Diante desse cenário, mostra-se urgente e necessário formar a equipe psicossocial do TJMS para atuar nessa área tão frágil e complexa, a fim de que esteja preparada para as demandas solicitadas, com a compreensão das questões de gênero que afetam as relações íntimas e familiares".

O coordenador metodológico do Alban, Felippe Lattanzio, destacou a relevância desse tipo de capacitação para o Poder Judiciário e lembrou que o trabalho de levar informação sobre o tema é fundamental para dar visibilidade aos casos de violência, que antes eram abafados pela sociedade por questões culturais e históricas.

"Vivemos em uma sociedade na qual a lógica positivista do direito penal sobrepõe-se às lógicas de intervenções, que visem as mudanças sociais. A Lei Maria da Penha deu visibilidade para os vários tipos de violência que até então eram invisíveis, porque se aconselhava que em briga de marido e mulher não se metia a colher. Assim, a norma é considerada um grande avanço, já que a própria lei prevê a intenção de coibir e prevenir a violência, já que nossa sociedade está baseada na lógica punitiva", disse Felippe, ressaltando que a punição, por meio da prisão, é insuficiente por não gerar mudanças fixas nas pessoas.

Ao final, ele destacou aos participantes que a punição por si só não gera mudança social, o que tornaria a prisão punição insuficiente. "Uma punição insuficiente não gera uma mudança efetiva nas pessoas. Isso significa que o grupo de reflexão não é uma simples punição, mas uma tentativa de socializar, tornar diferente a forma como aquele homem age".

O curso tem previsão de três módulos: Violência e Relações de Gênero, Escuta do Autor de Violência Contra a Mulher e uso de Grupos Reflexivos no Atendimento ao Homem Autor de Violência Contra a Mulher.

No último dia, a juíza tratará de temas como a violência de gênero, violência doméstica e familiar contra a mulher e medidas protetivas de urgência na Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Ela falará também da implantação do programa Mãos emPENHAdas Contra a Violência, proposta com a qual concorre ao Prêmio Innovare, e do Projeto Atena nas comarcas do interior – razão pela qual ressaltou a importância da participação de servidores de todo o Estado.

Conheça – O programa Mãos emPENHAdas Contra a Violência e o Projeto Atena são iniciativas do Poder Judiciário de MS e visam reduzir os índices de violência doméstica e familiar em Mato Grosso do Sul, além de fomentar a cultura da paz.

O programa Mãos emPENHAdas Contra a Violência faz parte da campanha Mulher Brasileira, inserida na mobilização nacional Justiça pela Paz em Casa, idealizada pela presidente do STF e do CNJ, Ministra Cármen Lúcia, e encampada pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran.

O Projeto Atena promove a realização de oficinas de sexualidade para as mulheres em situação de violência doméstica atendidas pela 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, situada na Casa da Mulher Brasileira. Cada edição é realizada em cinco encontros quinzenais e faz parte da Campanha Mulher Brasileira em prol das vítimas de violência.

No mês de agosto, a exemplo de anos anteriores, o Poder Judiciário de MS participará do Agosto Lilás, uma proposta do Governo Estadual executada em parceria com a 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a primeira Vara de Medidas Protetivas do país.

Além disso, será protagonista na 8ª semana da Paz em Casa, a ser realizada de 21 a 25 de agosto, com foco na valorização e empoderamento da mulher.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inteligência Artificial é a nova fronteira tecnológica para Justiça - 04/08/2017



Durante os dias 3 e 4 de agosto, magistrados e servidores do Judiciário sul-mato-grossense participaram da 5ª edição do Fórum de TIC na Justiça. Realizado no Hotel Deville Prime, em Campo Grande, o evento discutiu o que já existe em tecnologia da informação, disponível para o setor público, como o Poder Judiciário, mas, principalmente, como será o futuro das instituições com a utilização das ferramentas de TI na gestão e governança. Várias empresas do ramo da tecnologia e telecomunicações também participaram trazendo inovações e grandes especialistas para debates e conferências.

Da solenidade de abertura participaram o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, presidente do comitê de governança de TIC do TJMS, o diretor de TI do CNJ, Lucio Melre da Silva, o promotor e assessor especial da PGJ, Paulo César Zeni, o presidente do Dataprev, André Leandro Magalhães, o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, e o diretor para a América Latina da área de Segurança Pública e Justiça da Microsoft, Alfredo Deak Junior.

Para o juiz da 1ª Vara do Juizado Especial, Vitor Guibo, o tema central do evento foi a utilização da Inteligência Artificial (IA) na melhoria do trabalho de magistrados, permitindo atender melhor a sociedade. "Parece ser uma tendência muito forte a utilização de soluções tecnológicas baseadas em inteligência artificial para maximizar a atuação do magistrado em seu gabinete e também no atendimento aos jurisdicionados", diz.

Ainda segundo o juiz, a justiça brasileira está passando por uma revolução tecnológica, que não é sentida por muitos, mas que transformará o modo de trabalho com as ferramentas de inteligência artificial, com a garantia de uma análise ética do magistrado. "O componente humano não é afetado pela inteligência artificial, um recurso que não tem o sentimento ético de empatia, dor e entendimento", completa o juiz.

O diretor do Departamento de Sistemas Administrativos do Tribunal de Justiça, Gilliard Santos Cordeiro, explica que neste Fórum ficou claro, pela explanação das empresas, que a inteligência artificial é algo promissor e que, em médio prazo, será uma realidade nos Tribunais.

"Os softwares de inteligência artificial podem fazer uma classificação automática de textos, classificando o tipo de matéria ou ainda identificar as decisões passadas do magistrado, mostrando como decidiu sobre temas semelhantes, bastando fazer o juízo de valor se mantém o mesmo entendimento ou não. Isso agilizaria o dia a dia do magistrado, maximizando os resultados, em benefício da sociedade", afirmou, explicando que existe viabilidade técnica e financeira para que, em poucos anos, experiências nessa área comecem a ser implementadas.

No primeiro dia de evento (3) foram apresentados os temas "Resoluções CNJ/CNMP – Desafios para a TI Atingir a Conformidade"; "Tendências de Tecnologia e o Impacto na Justiça"; "A Robotização da Justiça e Inteligência Cognitiva, BI e Big Data"; "Solução de Preservação Digital de Documentos"; "Interconexão e Segurança da Informação"; "Transformação Digital na Justiça - Novas Fronteiras de Negócios Digitais" e "Fábrica de Software".

No segundo e último dia de evento (4), os temas dos painéis e palestras foram "Desafios e Benefícios da Computação em Nuvem para a Justiça"; "Inteligência Artificial e o Robô Advogado"; "Soluções disruptivas: o futuro da Justiça Brasileira"; Inteligência Artificial a serviço do Judiciário"; "Segurança da Informação e os Desafios da Justiça"; "Agilidade, eficiência e segurança na entrega de aplicações, do data center ao usuário final"; "Governança e Controle na Tomada de Decisões"; "Blockchain: Conceitos e Desafios para o Judiciário". E no final a apresentação dos resultados do Workshop Design Sprint – Inovações no Judiciário.

Ao final do evento foi divulgado o novo local para realização da 6ª edição do Fórum TIC, que será no Rio de Janeiro, nos dias 2 e 3 de agosto de 2018.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Decano: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte completa 30 anos no TJMS - 07/08/2017



Este dia 7 de agosto é especial para o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, data em que comemora seu natalício e completará 30 anos como integrante da mais alta Corte do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Ele tomou posse como desembargador na vaga correspondente ao quinto constitucional reservada aos advogados em 1987 e, desde então, vem atuando na distribuição da justiça.

Apesar do ar sério e compenetrado, Claudionor é um profissional alegre e de bem com a vida. Muito querido e respeitado no meio jurídico, dele só se ouvem elogios. Decano dos 35 desembargadores sul-mato-grossenses, ele só não é o mais antigo em atividade no Brasil porque uma desembargadora do TJAC ingressou naquela corte em 1984 e um componente do TJRO, em 1983. Mas, com certeza, é o desembargador com mais tempo no exercício do cargo oriundo do quinto constitucional na magistratura nacional.

Nascido em Albuquerque, pequeno distrito de Corumbá, ele se formou em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito e ingressou no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul em 1987.

Claudionor foi Corregedor-Geral de Justiça, no biênio 1993/1994; vice-presidente e corregedor do TRE/MS, no biênio 2001/2002; presidiu o TRE/MS no biênio 2003/2004; e presidiu o Tribunal de Justiça no biênio 2005/2006. Integra o Órgão Especial, a 1ª Seção Cível e a 4ª Câmara Cível.

No Judiciário foi também Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura em 2001/2002. Antes de assumir o cargo de desembargador, exerceu o de Procurador do Estado de Assuntos Administrativos e o de Secretário de Justiça. Nesta condição foi um dos signatários do Decreto expropriatório que deu origem ao Parque dos Poderes. Presidiu ainda a OAB/MS no biênio 1985/1986.

Sobre sua preferência pela área cível ou criminal, Claudionor declarou que não se pode fugir daquilo que surge naturalmente na vida. Certa vez, ele confidenciou: "*Eu gosto mais é de fazer justiça, quando posso. Minha formação é no cível, mas gosto de Direito Penal também*".

Ao falar sobre o tempo passado no Judiciário, ele contou que chegar ao TJMS foi uma coincidência. "*Houve uma lista de votação na qual estavam Carlos Stephanini, Arnaldo de Oliveira - pessoas capacitadíssimas - e o Claudionor. O então governador Marcelo Miranda escolheu o Claudionor. Mas não houve disputa entre os três concorrentes. Fomos escolhidos pelo Tribunal, formou-se uma lista, os desembargadores nomearam e não houve concorrência. Me senti honrado por participar da lista e passei a ter uma vida nova, a partir daquele 7 de agosto de 1987*".

Questionado se a mudança foi um choque de realidade, ele concordou e explicou que na vida é necessário fazer opções. "Eu tive que dizer: a partir de hoje não vou mais advogar e vou ser juiz. Foi uma escolha. Abandonar o escritório, conviver com pessoas novas, muito trabalho - foi uma escolha. Na época, no Tribunal havia estrutura mínima. Tínhamos apenas chefe de gabinete e não tínhamos assessor. Fazíamos tudo sozinhos", rememora.

Alguns integrantes do Poder Judiciário fizeram questão de manifestar o carinho que têm pelo decano da Corte. O presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, não escondeu a satisfação em falar sobre o Des. Claudionor e lembrou que, quando ingressou na carreira, em 1981, ele fazia parte da banca examinadora do concurso.

"*Sempre com sisudez, exigente, observador, mas muito humano. Fui aprovado e ingressei na magistratura. Desde então, tenho por ele grande estima, apreço a admiração. Estima e apreço pelo homem que é e admiração pelo trabalho que desenvolve há tanto tempo, sempre com rigidez de conduta, muito operoso, diligente e assíduo. Posso dizer que o Tribunal é a casa dele. Ele ama o que faz e é um orgulho tê-lo como nosso decano e companheiro*".

Para o presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Paschoal Carmello Leandro, a data deve ser comemorada pelo Poder Judiciário. "O Des. Claudionor é o baluarte da nossa Corte. Seu conhecimento jurídico tem auxiliado profundamente, engrandecendo o Poder Judiciário com seus ensinamentos. É uma satisfação tê-lo conosco no Tribunal".

O vice-presidente do TRE/MS, Des. João Maria Lós, é amigo de Claudionor desde que ingressou na magistratura. "*Ele foi examinador do meu concurso. Quando assumiu a administração, tive o prazer de ser seu vice e, ao longo dos anos, sempre foi profissional competentíssimo, com postura retilínea e, acima de tudo, um amigo leal. Hoje, sua voz e postura no TJMS são referenciais para todos os outros desembargadores e juízes, seja pelo profundo conhecimento do Direito, seja pelo bom senso e equilíbrio em todas as decisões, seja pela sensibilidade que tem no ato de julgar. É um grande profissional e pessoa querida. Parabéns!*".

Oriundo da advocacia pelo quinto constitucional assim como o decano do TJMS, o Des. Alexandre Bastos reconheceu em Claudionor o conhecimento e a imparcialidade. "Um homem que se consolidou na advocacia, respeitado entre seus pares advogados. Viu nascer a Constituição Federal de 1988 já como desembargador, aplicando-a sempre de forma republicana e fiel a seus princípios. Acompanhou as transformações do Direito, mantendo-se ao lado da Justiça. Exemplo de representante do 5º constitucional, honrando tanto a classe que lhe permitiu o ingresso no Tribunal, quanto aos magistrados que jamais opuseram distinção de origem por sua conduta reta e imparcial. É decano não só e simplesmente por ordem cronológica, mas, sobretudo, pela sabedoria sempre demonstrada. Tenho orgulho de tê-lo como grande exemplo a seguir!!!".

Questionado sobre a data, Claudionor respondeu alguns questionamentos.

Passados 30 anos, valeu a pena ter escolhido ser desembargador?

Des. Claudionor: Tudo vale a pena quando a alma não é pequena, em especial quando se tem a oportunidade de participar da formação de um Estado novo e pujante, com um Judiciário extremamente profissional. Tenho muito orgulho de integrar o Judiciário do meu Estado natal e sigo firme no compromisso de honrar o meu juramento de posse, até a minha aposentadoria. São anos idos e vividos, com realce para os vividos. Com sinceridade, sou muito agradecido a Deus pela oportunidade de continuar trabalhando, considerando que sou o terceiro Desembargador em exercício, no Brasil, em tempo de serviço. Nomeado pelo Quinto Constitucional, o primeiro. Já se disse, com algum acerto, que a magistratura não é uma profissão que se escolhe, mas uma predestinação que se aceita.

Desejou fazer alguma coisa e não conseguiu nesse período de Poder Judiciário?

Des. Claudionor: O estilo é o homem. Ao meu modo, nestes anos de magistratura, sempre me preocupei com a prestação jurisdicional em tempo razoável e sem apego ao formalismo. Dentro destes parâmetros, imagino ter resolvido os casos sob a minha relatoria, dosando a lei, a real distribuição da jurisdição, tudo à luz da equidade.

Se pudesse fazer diferente, o que mudaria em sua trajetória?

Des. Claudionor: Não faria nada de diferente. Ao longo da carreira, além de julgar de forma ininterrupta, convivi com pessoas com as quais muito aprendi, com auxiliares qualificados e leais, muito deles, hoje, meus colegas magistrados. Se fosse para fazer alguma coisa diferente, talvez a lhaneza de tratamento seria maior da minha parte ou, no mínimo, na mesma proporção do carinho e respeito com que sempre me trataram.

O que espera do tempo que tem ainda no Judiciário?

Des. Claudionor: Enquanto permanecer no Judiciário, espero, simplesmente, corresponder à expectativa do jurisdicionado, mantendo o serviço em dia e de portas abertas para todos. Aprendi, nestes anos, ao menos, a ouvir e, com certeza, deve o magistrado falar menos e ouvir mais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

30 anos: Procurador-Geral de Justiça homenageia Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - 09/08/2017



Foto: Ana Paula Leite/Assecom MPMS

No início da sessão do Órgão Especial desta quarta-feira (9), o Procurador-Geral de Justiça, Paulo Cezar dos Passos, pediu a palavra para fazer uma saudação ao Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, decano da mais alta Corte de Justiça de MS e que completou 30 anos no Tribunal de Justiça na segunda-feira (7).

Antes de parabenizá-lo, o Procurador enfatizou que aquela seria uma homenagem em nome do Ministério Público e em seu nome, tanto de forma profissional quanto pessoal. Em sua fala, Paulo Passos ressaltou a admiração, respeito e o carinho que tem pelo desembargador em sua atuação como advogado, professor e membro do Poder Judiciário.

"Vossa Excelência traduz aquilo que aprendi desde cedo: é preciso ter coragem para enfrentar os desafios da vida. Tem uma passagem do antigo primeiro ministro da rainha Vitória que diz que a vida é muito curta para ser pequeno. A vida de V. Excia jamais será curta e pequena. Meus cumprimentos e do Ministério Público a Vossa Excelência e ao Poder Judiciário".

Ao final, o Procurador entregou uma lembrança ao desembargador.

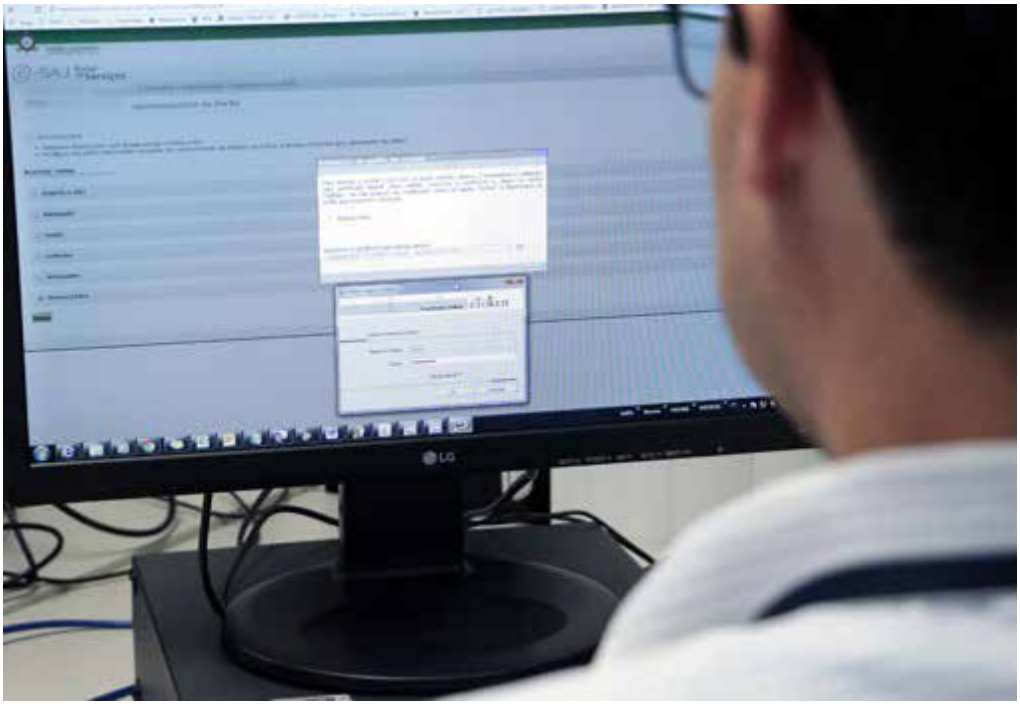
Perfil - Nascido em Albuquerque, pequeno distrito de Corumbá, o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte se formou em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito e ingressou no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no dia 7 de agosto de 1987.

Claudionor foi Corregedor-Geral de Justiça, no biênio 1993/1994; vice-presidente e corregedor do TRE/MS, no biênio 2001/2002; presidiu o TRE/MS no biênio 2003/2004; e presidiu o Tribunal de Justiça no biênio 2005/2006. Integra o Órgão Especial, a 1ª Seção Cível e a 4ª Câmara Cível.

No Judiciário foi também Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura em 2001/2002. Antes de assumir o cargo de desembargador, exerceu o de Procurador do Estado de Assuntos Administrativos e o de Secretário de Justiça. Nesta condição foi um dos signatários do Decreto expropriatório que deu origem ao Parque dos Poderes. Presidiu ainda a OAB/MS no biênio 1985/1986.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inovação: Cidadão pode entrar com ação judicial nos Juizados pela internet - 14/08/2017



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul mais uma vez inova e traz uma ferramenta tecnológica para facilitar a vida dos cidadãos. A partir desta segunda-feira (14), qualquer pessoa tem a possibilidade de entrar com uma ação judicial pela internet, de qualquer lugar, e para o foro desejado. É o Peticionamento Eletrônico de Pessoa Física para processos que tramitam no Juizado Especial. A iniciativa é do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, sob a supervisão do Des. Paschoal Carmello Leandro.

A nova funcionalidade do sistema e-SAJ foi normatizada pela Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, pelo Provimento nº 140/2016. Para peticionar eletronicamente, a parte deverá possuir certificado digital válido, da cadeia ICP-Brasil, atendendo aos requisitos contidas nos Provimentos 70/2012 e 305/2014 e demais atos normativos disciplinadores do processo eletrônico e do acesso ao sistema e-SAJ.

A funcionalidade está disponível apenas para processos de competência dos Juizados Especiais e, por isso, as causas não podem exceder a 20 salários-mínimos, já que a Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais, permite que, nestes tipos causas, de menor valor, as partes possam comparecer sem a presença de um advogado. Além de poder peticionar sem ir a um prédio da Justiça, a novidade possibilita, ainda, a consulta e a visualização dos processos no e-SAJ.

As vantagens serão inúmeras, especialmente porque passará a ser desnecessário o deslocamento das partes até o Juizado e o acesso às informações dos processos será facilitado, além de se eliminar o uso do papel desde a propositura da ação, contribuindo para um meio ambiente equilibrado e sustentável.

Confira como fazer para utilizar a nova funcionalidade no arquivo anexo.

Manual sobre o Peticionamento Pessoa Física.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cijus conta com sala exclusiva para audiências por videoconferência - 21/08/2017



A partir desta segunda-feira (21), o Centro Integrado de Justiça (Cijus) terá uma sala exclusiva para atender as audiências por videoconferência. Assim, o Cijus passa a compor o rol de 54 salas de videoconferência facilitando ainda mais as comunicações para a eficiência da prestação jurisdicional.

A sala está disponível para todo o Estado, onde os magistrados poderão marcar audiências com as partes que residam em Campo Grande. Esta técnica possibilita a comunicação em tempo real entre magistrado e as partes em locais distintos, com transmissão de áudio e vídeo simultaneamente, utilizando-se de câmeras de vídeo, microfones, monitores de vídeo e caixas de som. A Capital agora conta com duas salas: uma no Fórum e a outra no Cijus.

Além de todas as Comarcas do Estado, integram o sistema unificado de videoconferência do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul 19 Unidades Penais, por meio do termo de cooperação mútua firmado entre a Agepen e o TJMS. Além disso, todas as salas possuem computadores com programas compatíveis para realizar as audiências a distância.

Cada sala é composta de TV, câmera, microfone e equipamento específico de videoconferência e são administradas pelos gestores de vídeos e as pautas são organizadas pelo sistema de agendamento disponível (www.tjms.jus.br/videoconferencia).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Alexandre Bastos é novo membro da Academia Sul-mato-grossense de Direito Público - 21/08/2017



Foto: Aurélio Marques

Em solenidade realizada na última sexta-feira (18), no plenário do Tribunal de Contas de MS, o Des. Alexandre Bastos foi empossado como membro da Academia Sul-mato-grossense de Direito Público (ASDP).

Na cerimônia, outras quatro personalidades do Direito do Mato Grosso do Sul foram recepcionadas como novos membros pela Academia: o Procurador do Estado Nilton Kiyoshi Kurachi, o advogado Leonardo Avelino Duarte, a Defensora Pública Cláudia Bossay Assumpção Fassa e a Juíza Federal Raquel Domingues do Amaral.

A posse aos novos integrantes foi dada pelo presidente da ASDP, conselheiro Ronaldo Chadid. O evento contou com a participação da atual diretoria da academia, composta pelo Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence (vice-presidente), pelo advogado Daniel Castro (secretário geral), pelo Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa (segundo secretário), pelo Juiz Federal Ronaldo José da Silva (tesoureiro) e pelo Promotor de Justiça Alexandre Lima Raslan (segundo-tesoureiro), além de demais autoridades presentes.

A solenidade contou ainda com uma homenagem feita ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Reynaldo Soares da Fonseca, que na ocasião recebeu das mãos do presidente da Academia, conselheiro Ronaldo Chadid, o certificado de Membro Honorário da Academia Sul-Mato-Grossense de Direito Público.

Saiba mais – A Academia Sul-mato-grossense de Direito Público é uma associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, regida pelas disposições do Código Civil Brasileiro e por seu Estatuto.

É composta por profissionais que atuam em diversas carreiras jurídicas, como advogados, defensores, promotores, juízes, desembargadores, conselheiros, todos com experiência na docência e, principalmente, com o objetivo comum de compartilhar conhecimento.



Des. Alexandre Bastos é novo membro da Academia Sul-mato-grossense de Direito Público.

Autor: Aurélio Marques

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Assessoria de Comunicação do TCE/MS

Carreta da Justiça: Programa Judiciário em Movimento completa 1 ano - 24/08/2017



"A Carreta é um sucesso. Por onde passamos, a receptividade sempre é muito grande, a população se sente prestigiada e os índices de atendimento são muito bons. É um serviço que atende uma demanda reprimida e que a população precisava muito, além de ser uma vitrine para o Poder Judiciário".

A análise é do juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, que percorreu as comarcas com a Carreta da Justiça este ano, colocando em prática o programa Judiciário em Movimento, lançado pelo Poder Judiciário no dia 24 de agosto de 2016 e que nesta quinta-feira completa um ano contabilizando sucessos e muitas histórias de cidadãos que utilizaram os serviços da justiça para resolver seus problemas.

O objetivo da proposta, apoiada pelo presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, é aproximar o Judiciário da população e dar cidadania àqueles que nunca tiveram atividade judicial e judiciária em sua cidade. "As pessoas ficam felizes com a presença dos servidores da justiça e do próprio juiz e, ao final, quando a gente vai embora, o agradecimento é generalizado. Acredito que essa forma de trabalho deve ser mantida e, quando possível, ampliada - sempre com apoio das prefeituras que nos recepcionam e insistem para que a unidade móvel da justiça volte ao município", completou Luiz Felipe.

Importante lembrar que o programa Judiciário em Movimento tornou 100% dos municípios sul-mato-grossenses sedes de comarcas. Na solenidade de lançamento do programa, prestigiada por autoridades do Executivo e Legislativo, foram sancionadas diversas leis e, entre elas, a Lei nº 4.904, que regulamentou Emenda Constitucional permitindo o acréscimo do art. 112-A à Carta Magna de MS.

Com isso, os municípios de Alcinópolis, Antônio João, Aral Moreira, Bodoquena, Caracol, Corguinho, Coronel Sapucaia, Douradina, Figueirão, Guia Lopes da Laguna, Japorã, Jaraguari, Jateí, Juti, Ladário, Laguna Carapã, Novo Horizonte do Sul, Paraíso das Águas, Paranhos, Rochedo, Santa Rita do Rio Pardo, Selvíria, Tacuru, Taquarussu e Vicentina tornaram-se sede de comarcas de primeira entrância.

Como as novas sedes de comarcas ainda não possuem estrutura física para o atendimento à população, a Carreta da Justiça vai até esses municípios. A carreta é uma miniatura de um fórum e tem gabinete para o juiz, salas para Defensoria Pública e Ministério Público, recepção, espaço para advogado, além de copa e banheiros.

Luiz Felipe destacou o ineditismo do programa, já que vai em direção aos hipossuficientes e àqueles que não têm condições de se deslocar até a sede da comarca. "Isso traz para o magistrado a satisfação de trabalhar para uma prestação jurisdicional a essas pessoas que, muitas vezes, não conseguem ter seus direitos atendidos porque precisam se deslocar até os fóruns".

Atendimentos – A unidade móvel tem jurisdição em todo o Estado e competência para apreciar e julgar todas as ações de natureza cível, criminal e juizados especiais distribuídas durante suas jornadas, assim como atuar em mutirões processuais, além de processos do Tribunal do Júri.

Em um ano de atendimento, a Carreta da Justiça já percorreu as cidades de Rochedo, Corguinho, Taquarussu, Guia Lopes da Laguna, Aral Moreira, os distritos de Rochedinho e Anhandui, Bodoquena, Caracol, Coronel Sapucaia, Paranhos, Tacuru, Japorã, Laguna Carapã, Vicentina, Jateí, Novo Horizonte do Sul e até amanhã estará em Juti.

Os próximos atendimentos serão em Douradina (de 28 de agosto a 1º de setembro), Santa Rita do Pardo (de 11 a 15 de setembro), Selvíria (de 18 a 22 de setembro), Paraíso das Águas (de 2 a 6 de outubro), Jaraguari (de 6 a 10 de novembro), Figueirão (de 20 a 24 de novembro) e Alcinópolis (de 27 de novembro a 1º de dezembro).

Para o ano de 2018, Ladário será a primeira a receber a Carreta da Justiça, de 29 de janeiro a 2 de fevereiro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Depoimento Especial será realizado por videoconferência em comarcas do interior - 24/08/2017



Com o intuito de manter a boa prestação jurisdicional e racionalizar o gasto público no âmbito do Poder Judiciário Estadual, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, por meio da Portaria nº 007/2017, designou uma comissão para acompanhar e supervisionar as atividades do Depoimento Especial. Esta nova medida será por videoconferência e tem como objetivo prestar apoio técnico aos magistrados e servidores, bem como auxiliar nas ações, nos projetos e nos programas institucionais da justiça infanto-juvenil em todo o Estado.

Esta comissão de Supervisão do Depoimento Especial é composta pelas servidoras Rosa Rosângela do Carmo e Doêmia Ignes Ceni, que atualmente são tutoras do CNJ em matéria do Depoimento Especial no âmbito nacional e atuarão em todas as Comarcas de Mato Grosso do Sul, com a finalidade de aprimorar a técnica e as rotinas do Depoimento Especial, bem como reunir os dados estatísticos das audiências do Poder Judiciário do Estado.

Na prática, os servidores (assistentes sociais e psicólogos) não farão mais viagens para outras comarcas, diminuindo custos com diárias, passagens, uso de carros oficiais, tudo isto ganhando tempo para realizar outras tarefas.

Assim, a comissão não precisará dirigir-se até as comarcas para assistir as audiências especiais e fazer supervisão in loco, realizarão todos os acompanhamentos e supervisões por meio de agendamento com as equipes de entrevistadores forenses. Além disso, as servidoras poderão realizar estudos técnicos ou científicos de casos reais de Depoimento Especial, preservando a identidade das partes.

A Lei nº 13.431/2017 normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, sendo que o Poder Judiciário de MS saiu na frente de outros tribunais, uma vez que desde 2013 vem realizando capacitações das equipes técnicas e de Juízes na metodologia

PEACE de entrevista forense em audiências onde tenha crianças e adolescente e vem estruturando salas especiais nas comarcas. Atualmente 15 cidades já contam as salas com estrutura completas e 36 salas estão realizando as audiências especiais de forma adaptadas. Existe a previsão de estruturar 100% das comarcas com salas de depoimento especial em MS.

Já foram capacitados por meio do curso EaD oferecido pela Ejud/CIJ, mais de 80 servidores desde 2013 e a 1ª turma de 2017 iniciou-se no dia 3 de agosto com término em outubro, dos novos entrevistadores forenses no Judiciário de MS.

A Coordenadora da Infância e da Juventude, juíza Katy Braun do Prado, pretende utilizar-se da videoconferência para reuniões com outros juízes.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

MS é o 2º Estado do país que mais prende nas audiências de custódia - 24/08/2017



Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul está entre os mais severos do país na realização das audiências de custódia. De todas as audiências de custódia realizadas em MS, 64,69% resultaram na decretação da prisão preventiva dos envolvidos.

O índice não é apenas superior à média nacional que ficou em 55,32%, no comparativo individual, MS é o segundo Judiciário que mais prende no país. Ainda assim, apesar do número apresentado, as prisões existentes no Estado estão dentro dos padrões de legalidade, revelando apenas o crescimento do índice de criminalidade, afirma o supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O número de manutenção de prisões ou de decretação de prisões após a audiência de custódia decorre do elevado número de fatos delituosos, especialmente do tráfico de drogas, por se tratar de Estado fronteiriço com dois países que são conhecidos como produtores de maconha e cocaina, com um grande número de réus oriundos de outras unidades da Federação, circunstâncias que demandam a necessidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública e aplicação da Lei Penal.

A Covep organizou mutirão carcerário que terminou no mês de junho de 2017, quando houve o reexame de todas as prisões preventivas no Estado, com a manutenção daquelas que estavam com os requisitos legais preenchidos.

Início – As audiências de custódia foram implantadas em 2015 em cumprimento à determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e estão presentes hoje em todas as capitais do país e em fase de interiorização. De lá para cá foram realizadas 258,4 mil audiências no Brasil.

Das 11.842 audiências de custódia realizadas em MS no período, 4.182 (35,31%) acusados obtiveram a concessão da liberdade provisória, atrás apenas do Rio Grande do Sul, que registrou 15,17% de soltura. Os dados referem-se ao período de 5 de outubro de 2015 a 5 de julho de 2017.

Este índice de soltura chega aos 61,25% na Bahia e 50,38% em Santa Catarina. No vizinho Mato Grosso, o índice de concessão de liberdade provisória é de 56,28%. A média nacional registrada foi de 44,68%.

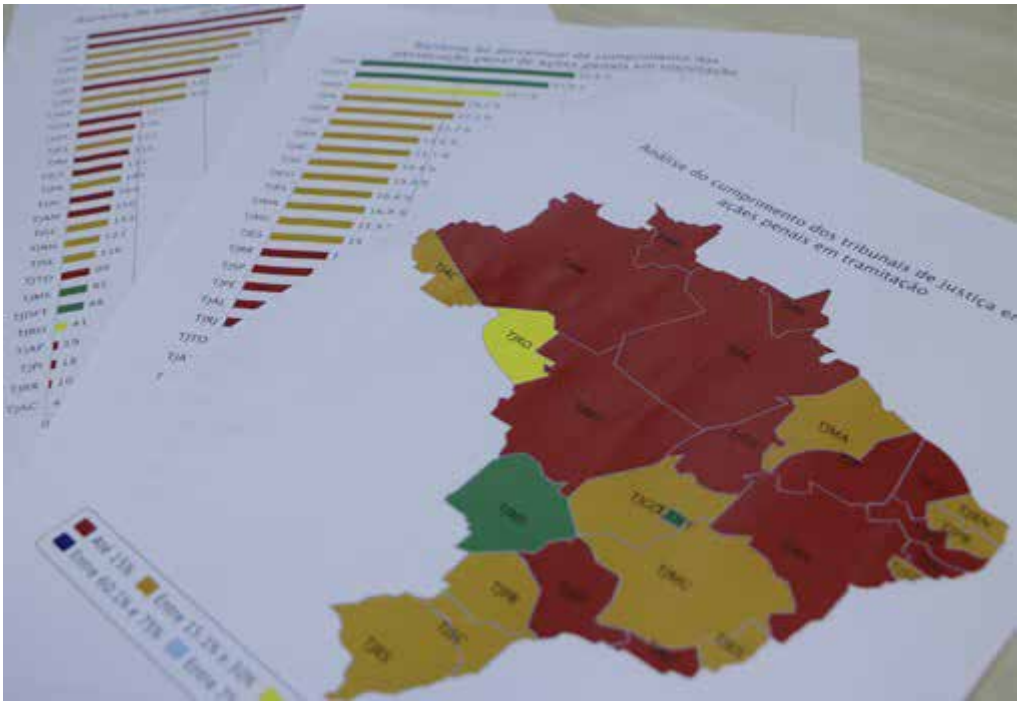
Evidência – Em agosto de 2106, o TJMS foi mais uma vez destaque no CNJ, entre os três Estados do país, além do Distrito Federal que, à época, implantaram as audiências de custódia em todas as comarcas.

A Audiência de Custódia foi instalada em Mato Grosso do Sul no dia 5 de outubro de 2015, em solenidade com a participação do então presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski.

A instalação no âmbito das comarcas de MS teve como objetivo proceder à oitiva informal do preso em flagrante delito, ao exame da legalidade da prisão e de sua manutenção no prazo de 24 horas após a prisão, devendo o juiz verificar, especialmente, os seguintes aspectos: a ocorrência de indícios de abuso físico e/ou psicológico ao preso, determinando, se for o caso, as medidas judiciais que a situação exigir; e a necessidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é a Corte que mais julga casos do Júri no Brasil - 24/08/2017



A Justiça estadual tem conseguido dar efetividade e uma resposta rápida aos crimes que mais chocam a sociedade – os homicídios. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referentes à chamada Meta Enasp, o Tribunal de Justiça de MS figura em primeiro lugar, proporcionalmente, como a Corte que julga mais processos de competência do Tribunal do Júri – há pelo menos três anos. Evitar que estes crimes caiam no esquecimento é o maior legado deixado à sociedade, é o que diz o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran.

Com um cumprimento de 50,8% da Meta Enasp (julgar ações penais de crimes dolosos contra a vida iniciadas até 31 de dezembro de 2012 (denúncia recebida) e que não tenham sido julgadas até 31 de outubro de 2016, excluídas as suspensas), o presidente do Tribunal de Justiça explica que estar na frente de todos os outros Tribunais do país se deve ao engajamento dos magistrados sul-mato-grossenses em dar uma resposta célere e efetiva à sociedade.

"O que se deve evitar, sempre, é que estes crimes dolosos contra a vida caiam no esquecimento. O que significa, no aspecto formal, que não incida uma prescrição. E os nossos juízes têm feito o seu melhor e evitado que sejam retardados os julgamentos, envidando todos os esforços para realizar mais julgamentos em menos tempo", ressalta o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Desde 2015 o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul desponta em primeiro lugar no cumprimento da Meta Enasp e, apesar das dificuldades que envolvem o julgamento do tribunal do júri, um processo mais burocrático que os demais, "os processos têm razoável tramitação e os casos em que nossos juízes não conseguem finalizar o processo são por questões alheias", como explica o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida.

O juiz cita a extensa faixa de fronteira, que MS tem com Bolívia e Paraguai, como um destes entraves. "Nosso Estado, além de ser um corredor do crime, principalmente na questão do tráfico de drogas e armas, para manter esta rede criminosa muitos homicídios são cometidos nesta faixa de fronteira. E

as dificuldades existem para levar os acusados para um julgamento", diz Luiz Cavassa, enfatizando que "apesar da posição geográfica desfavorável, os magistrados têm se revelado bem produtivos".

A alta produtividade também se deve pelo grande investimento em tecnologia da informação com o uso de videoconferência, na fase instrutória e, também, durante a realização do julgamento. Um dos exemplos ocorreu em novembro do ano passado, quando a 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande realizou o julgamento por videoconferência do réu N.P., que está preso na cidade de Guarulhos, em São Paulo, evitando 4 mil km de deslocamento, gastos da escolta com diárias e combustível e, ainda, os riscos inerentes do transporte de um detento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça de MS cria exposição Memória em Movimento - 25/08/2017



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul vai divulgar a sua história promovendo a exposição itinerante "Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul". A mostra já está à disposição do público para visitação no prédio do Tribunal de Justiça, no Parque dos Poderes, e é aberta ao público e gratuita. A iniciativa é do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária, em com parceria com a Secretaria de Comunicação e com a colaboração das secretarias de Bens e Serviços e Obras.

A exposição "Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul" é um resgate da memória do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, apresentando para a sociedade imagens, documentos, fatos e personagens históricos que, de alguma forma, contribuíram na construção da justiça e da cultura sul-mato-grossense.

Todo o trabalho foi realizado por servidores do Poder Judiciário. A seleção do material foi feito pelos servidores do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária. Os expositores e stands foram produzidos na marcenaria do TJMS, vinculada à Secretaria de Bens e Serviços, em parceria com a Secretaria de Obras. A divulgação e elaboração das artes gráficas feita pela Secretaria de Comunicação.

Os visitantes terão acesso a este importante acervo com fotografias de prédios antigos, pessoas e momentos importantes, além de processos anteriores à separação do antigo Mato Grosso, com fatos curiosos que chamam atenção na atualidade, por seus relatos e pela dinâmica processual, um tempo em que a tecnologia da informação ainda não fazia parte da vida das pessoas, nem do Judiciário.

A exposição também tem uma seção que conta não apenas a história da comarca, mas a comarca na história. Fatos como a Guerra do Paraguai e seus personagens, como Guia Lopes, Tenente Antônio João e Barão de Melgaço, assim como o Ciclo da Erva Mate, são muito bem retratados, por serem momentos que destacam o Estado na historiografia nacional.

Além disso, são apresentados processos com histórias curiosas, demonstrando como eram os crimes e as demais demandas da justiça no passado e, também, casos pitorescos, como o do falso juiz, que atuou como magistrado em uma comarca do interior. Fotos do ato de posse do usurpador estão expostas neste trabalho.

Depois do Tribunal de Justiça, a Exposição "Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul" será apresentada no Fórum de Campo Grande e depois no Centro Integrado de Justiça (Cijus). Em seguida, a mostra irá a algumas comarcas do interior.

Grupos escolares e universitários podem agendar uma visita guiada, dentro do Programa "Conheça o Judiciário", para comparecerem ao prédio do TJMS e verem a exposição itinerante e também conhecerem como funciona o Poder Judiciário.

Os interessados devem agendar a visita pelo telefone (67) 3314-1378.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Instituto CrerSer + CIJ+ Constelação Familiar = proteção da criança e adolescente 29/08/2017



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), firmou mais um acordo de Cooperação Técnica, desta vez com o Instituto CrerSer, para proporcionar atendimento terapêutico à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência. O presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, e a coordenadora da Infância e da Juventude, juíza Katy Braun do Prado, assinaram a minuta do contrato.

Este acordo é mais uma ação da CIJ em prol da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência e suas respectivas famílias ou, ainda, em situação de acolhimento, mediante a aplicação das técnicas da psicoterapia e da constelação familiar, conforme calendário a ser estabelecido de comum acordo entre o Instituto CrerSer e a Coordenadoria da Infância e da Juventude, inicialmente pelo período de um ano.

A Constelação Familiar busca uma abordagem sistêmica ao reconstruir a árvore genealógica de cada indivíduo, para que se possa analisar se os problemas atuais são frutos ou reprodução de problemas ou situações transgeracionais, ou seja, estigmas transmitidos pelos membros das famílias durante o tempo.

Saiba mais – O método psicoterapêutico de abordagem sistêmica foi desenvolvido pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger e tem como foco o sistema familiar, pois a família, desde a primeira geração, é uma espécie de rede em que todos os integrantes estão conectados, mesmo que não se conheçam ou tenham vivido na mesma época.

Assim, questões mal resolvidas em uma família podem conduzir seus integrantes – mesmo aqueles que não têm ou tiveram nada a ver com o problema – a um redemoinho de dor, sofrimento, tristeza e até solidão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ouvidoria do TJMS tem índice positivo de mais de 80% de satisfação - 29/08/2017



A Ouvidoria do Tribunal de Justiça é realmente um órgão democrático, onde a população e os advogados podem contar com um ouvidor presente, que liga para o reclamante para dar uma resposta. Assim é o ouvidor, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, que desde outubro de 2015 está a frente da Ouvidoria do TJMS.

Os resultados são expressivos. De 2015 para 2016, apesar do aumento no número de reclamações, de 1.184 para 1.916, as demandas são atendidas rapidamente. De janeiro até o começo de agosto deste ano, 1.521 pedidos já haviam sido formalizados – média de 7 por dia – e 87% já estavam solucionados.

O resultado positivo é alcançado com uma equipe formada por quatro servidores e mais o Des. Marcos de Brito, que atendem os questionamentos, reclamações e pedidos de forma proativa. As solicitações e pedidos são feitos pelo telefone gratuito 0800-6476161 e pelo correio eletrônico ouvidoria@tjms.jus.br.

"Para se ter ideia, nós respondemos este ano a quase 1.800 e-mails de indagação que nos foram dirigidas. E desde que eu estou a frente da Ouvidoria, a nossa preocupação é dar atenção a quem nos procura. Obviamente que eu não posso ligar para todo mundo, mas as situações mais intensas eu procuro ligar para quem fez a reclamação, além de ligar, também, para os colegas (juízes)", explica o Ouvidor.

Segundo o Desembargador, existe uma cultura demandista muito forte no Brasil e as pessoas acham que quanto mais um processo demora melhor é. "As pessoas acham que processo bom é aquele que demora, quando deveria ser o contrário. Quanto mais rápido o advogado soluciona o processo, mais bem pago deveria ser ele", pontua.

Os processos da Ouvidoria estão em dia, ou seja, tudo que entra de pedido em um ano é solucionado no mesmo período. Isto explica o elevado grau de satisfação do usuário.

"Nós temos esta finalidade de ouvir o cidadão e, na medida de nossas possibilidades, atender essas reclamações e essas demandas. Nosso índice de satisfação para com o nosso público-alvo é sempre superior a 80%. Acredito que isto se deve porque nós não temos pendência nenhuma dos anos anteriores", conta o ouvidor. "É muito importante que nós tenhamos esta interlocução com as pessoas porque, muitas vezes, a pessoa não quer, tão somente, a solução do caso, ela quer uma atenção, ser ouvida e saber que tem alguém por ela", finaliza.

Atendimento – As pessoas que queiram entrar em contato com a Ouvidoria Judiciária podem fazer isto, pessoalmente, no prédio do Tribunal de Justiça ou no Fórum de Campo Grande, ou entrar em contato, via e-mail (ouvidoria@tjms.jus.br), ou por meio do canal "Alô Justiça", nos telefones 0800-6476161/ (67) 3314-1314 (TJMS) e (67) 3317-3549 (Fórum da Capital).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inédito: Cejuscs de Dourados e Corumbá realizam mediação por videoconferência - 30/08/2017



Trabalhando em parceria, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) das comarcas de Dourados e Corumbá realizaram, na segunda-feira (28), a primeira sessão de mediação por videoconferência em Mato Grosso do Sul.

A ação inédita e inovadora na área de mediação, que integrou as comarcas separadas por 570,5 km, tratava-se de um pedido de guarda, distribuída pela Defensoria Pública na 1ª Vara Cível de Corumbá.

A mediação foi conduzida por dois mediadores: Miguel Gonçalves de Moraes, que acompanhava a autora (mãe) em Corumbá, e Daniela Viana de Matos Alves, de Dourados, que acompanhou o requerido (pai). Com a comunicação restabelecida, as partes chegaram a um acordo em que o filho foi o maior beneficiado.

A realização da mediação por vídeoconferência é algo inovador dentro do Judiciário sul-mato-grossense e teve como incentivadores os juízes Maurício Cleber Miglioranzi Santos, de Corumbá, e Marcus Vinicius de Oliveira Elias, de Dourados, supervisores dos Cejuscs das comarcas envolvidas, que veem a retomada da comunicação como o principal fundamento deste tipo de composição.

O desfecho da ação foi célere, contribuindo para a diminuição de distribuições e atos processuais, como a expedição de carta precatória, por exemplo, sobretudo quanto à esperada perenidade do acordo ajustado pelas próprias partes.

Para o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, coordenador da Mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), a utilização da tecnologia é cada vez mais frequente em favor da Justiça sul-mato-grossense. “Em especial a videoconferência, que é uma ferramenta eficaz na condução das sessões de mediação e conciliação, propiciando o não deslocamento das partes e celeridade na solução de conflitos”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de Bandeirantes realiza ações pela Paz em Casa durante todo o mês de agosto - 30/08/2017



O juiz Vitor Dias Zampieri, da comarca de Bandeirantes, junto com o promotor Victor Leonardo Miranda Taveira, também participou da 8ª edição da Semana da Justiça pela Paz em Casa, porém com ações desenvolvidas durante todo o mês de agosto.

Com material informativo recebido da coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, juíza Jacqueline Machado, ambos fizeram palestras focadas no combate à violência contra a mulher nas escolas estaduais Ernesto Solon Borges e João Ribeiro Guimarães e na escola municipal José de Anchieta, na zona rural.

Zampieri e o promotor estiveram também nos Centros de Educação Infantil Recanto Feliz, Patotina e Leontina Luciana da Silva, locais em que falaram para pais e alunos e assistiram a apresentações. As ações receberam o apoio dos Projetos Bom de Bola e Bom de Nota, com a divulgação da Semana da Justiça pela Paz em Casa, por meio de faixas apresentadas pelos atletas no início dos jogos.

Saiba mais – A Lei Maria da Penha é uma das três mais avançadas do mundo em relação à proteção da mulher e mais de 90% dos brasileiros conhecem a norma, ainda que de ouvir falar. Além disso, o Brasil é o 18º país da América Latina a ter uma lei de proteção integral à mulher e isso é importante, pois o país é o 5º que mais mata mulheres.

Importante lembrar que a pesquisa de vitimologia, realizada pelo DataSenado a cada dois anos, perguntou às vítimas os motivos pelos quais as mulheres não denunciam seus agressores.

O resultado mostra que 24% apontam a preocupação com a criação dos filhos; 21% têm medo de vingança do agressor, 16% acreditam que sofreram violência pela última vez, 10% acreditam que não existe punição para o agressor, 7% têm vergonha da agressão e 16% escolheram outra opção.

Sobre os agressores, é fato no Brasil que quem mais mata são os ex-maridos, os ex-namorados e ex-companheiros. Destaque-se que as mulheres sofrem violências mais graves quando propõem o final do relacionamento e as três consequências psicológicas que comprometem a capacidade de decisão da mulher são a síndrome do desamparo aprendido, a síndrome da mulher maltratada e o mito do esquecimento.









Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judicialização da Saúde: Ações de Comitê refletem em processos de MS - 01/09/2017



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul sediou na manhã desta sexta-feira (1), no Salão Pantanal, a terceira reunião neste ano do Comitê Estadual do Fórum Judiciário para a Saúde, sob a coordenação do Des. Nélio Stábile. O órgão tem a função de aconselhar e sugerir aos Entes Federativos, Magistrados, classe médica e demais operadores do Direito envolvidos com saúde pública, medidas que visem amenizar o problema da judicialização da saúde, além de estreitar laços com as principais esferas políticas, por meio de política judiciária voltada ao gerenciamento da área da saúde.

De acordo com o coordenador do Comitê, já há resultados dos dois primeiros encontros de 2017, realizados nos meses de junho e julho. "Como resultado prático da atuação do Comitê temos a suspensão dos processos que pedem medicamentos excepcionais, ou seja, aqueles que não estão na relação nacional de medicamentos, que é uma determinação do Superior Tribunal de Justiça. Nós fizemos a recomendação à Presidência do Tribunal e esta foi repassada aos magistrados. Então vários processos relacionados à área da saúde que estavam em curso não estão mais. Estes estão suspensos até que o STJ decida a questão. Isso significa que o processo não corre, mas o direito de receber a urgência que vem ao caso é analisada. O processo é analisado até a concessão ou não da tutela de urgência. Concedido ou não o processo fica suspenso", destacou o Des. Nélio.

Como desdobramento das reuniões do Comitê foram feitas ainda outras três recomendações. "A primeira encaminhada ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e ao Tribunal Regional Federal que atende nosso Estado, que é a criação de varas específicas para questões da saúde, uma que seja dedicada única e exclusivamente a estes processos. A segunda recomendação é que, enquanto não se cria essa vara, seja designado um juiz especifico para cuidar das questões da saúde. E a terceira recomendação é que os Entes Públicos criem Câmaras de Conciliação para questões de saúde, ou órgão assemelhado, para atuação prévia e preventiva, de forma a evitar a judicialização", ressaltou o coordenador.

Pauta – A reunião desta sexta-feira (1) abordou diversos assuntos relacionados à judicialização da saúde e medidas que podem ser tomadas para melhorar o atendimento à população nos hospitais sul-mato-grossenses.

Ficou deliberado no encontro que será enviado um ofício ao Estado e ao Município de Campo Grande solicitando a nomeação ou designação de médicos para o Núcleo de Apoio Técnico (NAT) para tornar possível a atividade, além de um nutricionista, em razão da proliferação de casos de nutrição e dietas para idosos e crianças.

Será encaminhada também uma recomendação formal do Comitê para o Estado e município de Campo Grande e outros municípios, eventualmente, formalizarem convênios com as universidades e faculdades de medicina para que residentes, mestrandos e doutorandos atuem voluntariamente no NAT, em auxílio à equipe atual.

O Comitê ainda encaminhará recomendação aos magistrados, respeitada a autonomia destes, para que determinem cirurgias e procedimentos em hospitais públicos ou conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), e com materiais e medicamentos do SUS.

A outra recomendação, por sugestão e incentivo do Ministério Público Federal, atendido pelo Ministério Público Estadual, é de formalizar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com os entes públicos do Estado e municípios em relação às vagas de cirurgias ortopédicas judicializadas.

A última recomendação decidida na reunião é que o Hospital Regional e demais hospitais públicos integrem o sistema de rede de regulação de pronto atendimento.

Participaram da reunião, além do desembargador coordenador, o secretário municipal de Saúde, Marcelo Vilela, os juízes Fernando Paes de Campos e José Eduardo Neder Meneghelli, e representantes do Ministério Público Estadual e Federal, da Defensoria Pública Estadual e da União, do TRF, do Procon, da OAB, das Procuradorias do Estado e do Município, do COSEMS, do CRM, CRF, de hospitais da Capital e do Núcleo de Apoio Técnico (NAT).

O próximo encontro do Comitê está agendado para o dia 10 de novembro.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadora visita Casa da Mulher e ressalta importância dos serviços oferecidos 05/09/2017



A Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, magistrada dedicada às causas sociais e empenhada na luta contra a violência doméstica, fez uma visita na Casa da Mulher Brasileira para conhecer o trabalho realizado em favor da mulher e contra toda forma de violência.

Na oportunidade, a desembargadora conheceu de perto a estrutura e os serviços disponíveis para o atendimento das mulheres que chegam ali em busca de ajuda, que incluem um posto da Defensoria Pública, do Ministério Público, posto médico, salas para o atendimento psicossocial, alojamento para as mulheres em situações mais delicadas, brinquedoteca para os filhos das mulheres em atendimento, além da primeira Vara de Medidas Protetivas do Brasil.

Maria Isabel destacou que a estratégia de ter os mais diversos serviços disponíveis em um só lugar facilita e agiliza o atendimento, uma vez que a mulher não precisa deslocar-se de um local para outro. Outro ponto que chamou sua atenção foram as diversas capacitações oferecidas aos servidores, viabilizando melhorias constantes no atendimento, hoje considerado muito bom em razão das pessoas atenciosas e dedicadas.

A visita foi acompanhada pela juíza Jacqueline Machado, responsável pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS e titular da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, conhecida como Vara de Medidas Protetivas. Acompanhou também a visita a coordenadora-geral da Casa da Mulher Brasileira, Tai Loschi.

Coincidentemente, no dia da visita da desembargadora, os servidores assistiam a uma palestra ministrada por uma antropóloga e por uma socióloga, oportunidade que a magistrada aproveitou para expressar sua satisfação em ver a Casa da Mulher tão bem-sucedida. Maria Isabel destacou a importância de reconhecer o pioneirismo desse serviço e das capacitações recebidas ali, uma vez que precisam estar preparados para atender todos os tipos de casos.

"Estou encantada com a organização e a estrutura ampla e abrangente, com espaços adequados à prestação dos serviços. O lugar não tem aquele ar de delegacia, é confortável e acolhedor. MS está de parabéns por essa Casa da Mulher Brasileira, que está muito bem plantada".

Embora tenha apreciado a visita, a Desa. Maria Isabel mostrou-se preocupada com o número de mulheres que buscam auxílio na justiça e os casos de feminicídio. "Na verdade, estou muito assustada com os constantes casos de feminicídios, que ocorrem não só em MS, mas em todo o país. São muitos crimes e isso é muito grave e crescente. É importante o trabalho da juíza Jacqueline, atendendo tanto as mulheres como os homens, em um exercício de conscientização, orientação e mudança de cultura", concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza participa de conferência em Portugal sobre violência doméstica - 06/09/2017



Começou nesta quarta-feira (6) a II Conferência Europeia de Violência Doméstica, sediada na cidade do Porto, em Portugal, e a juíza Jacqueline Machado, coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em Mato Grosso do Sul, está participando e representando o Judiciário sul-mato-grossense no evento.

Questionada sobre a oportunidade de participar de um evento internacional para discutir uma realidade tão presente do seu dia a dia, Jacqueline garantiu que está achando muito interessante, com uma visão abrangente da questão da violência doméstica.

"Pela manhã assisti um workshop sobre o centro europeu de justiça familiar, onde tratam de um atendimento e proteção das vítimas de violência doméstica e crianças abusadas, sob todos os aspectos, materiais e emocionais, e do qual fazem parte vários órgãos, incluindo o sistema de justiça e a polícia. A conferência desta tarde trata de violência doméstica e educação".

Promovido pela Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, a conferência objetiva permitir a troca de conhecimentos, boas práticas e metodologias que melhor contribuam para a proteção das vítimas e a erradicação da violência doméstica e de gênero; partilhar trabalhos e resultados científicos que ajudem à construção de políticas sociais e legais sobre a violência doméstica e de gênero; desenvolver redes de investigação e de boas práticas, métodos e ferramentas para a prevenção e o combate da violência doméstica, além de promover o networking entre profissionais e especialistas na área.

Entre os temas em discussão até sábado, quando termina o evento, estão Violência doméstica nas relações de intimidade, Violência doméstica contra idosos, Violência doméstica contra crianças, Avaliação e gestão do risco, Sistemas de intervenção, Violência sexual, Prevenção da violência doméstica, Profissionais e práticas de atendimento e apoio à vítima, Intervenção com perpetradores, Violência doméstica e sistema de justiça, O papel dos movimentos sociais e feministas no combate à violência doméstica, Violência doméstica e tráfico de seres humanos, Feminicídio, Custos humanos e sociais da violência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Curso de formação inicial trata de temas de segurança pessoal e institucional de magistrados - 12/09/2017



Os 18 juízes substitutos que participam do curso de Formação Inicial, desde o dia 31 de julho, estão tendo uma semana diferente. Nos dias 11, 12 e 13 de setembro as aulas são na Academia de Polícia Civil (Acadepol) e no Autódromo de Campo Grande.

O Delegado-geral de Polícia Civil de MS, Marcelo Vargas Lopes, – que será um dos instrutores do curso – iniciou o programa prático de qualificação ao dar as boas-vindas e ressaltar a importância da colaboração estabelecida entre o Poder Judiciário e a Polícia Civil.

"Sintam-se acolhidos pela nossa instituição, que trabalha ao lado da justiça, em busca da paz social. Como vocês, temos o compromisso de levar o melhor até a população, por isso, parcerias como essa são tão importantes. Todos os nossos instrutores são altamente qualificados e vão dividir com os senhores conhecimentos importantes e muito úteis para integrantes da magistratura", apontou.

Na segunda-feira (11), a aula foi sobre Tipos de Armamentos e Técnicas de Tiro, com o delegado Marcio Shiro Obara e sobre programa de Defesa Pessoal, com o investigador Lincoln Silva Cristóvão. Na manhã desta terça, todos foram ao autódromo com o escrivão Wilson Xavier Paiva, que focou as informações em Direção Defensiva e Evasiva e, no período da tarde, o médico legista Ronaldo Rosa falou sobre Primeiros Socorros.

Amanhã de manhã, os juízes substitutos terão a continuação do programa de Defesa Pessoal, também com o investigador Lincoln Silva Cristóvão e terminam o dia com uma aula de Segurança pessoal e institucional, legislação e Normas, com os delegados Marcelo Vargas Lopes e Ivan Bandeira.

Questionada sobre as aulas práticas, a juíza Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva garantiu que o curso de formação está sendo bem dinâmico e apontou que a Ejud preocupou-se em prepará-los para enfrentar as mais diversas situações, inclusive no que tange à segurança pessoal.

"Certamente sairemos mais confiantes e menos vulneráveis à violência que vem aumentando constantemente. O TJMS está investindo muito em nossa formação. E é justamente por isso - preocupação com a formação interdisciplinar do magistrado - que nosso tribunal é reconhecido como um dos melhores do país e sempre se destaca no cumprimento das metas do CNJ. Estou muito satisfeita em pertencer aos quadros do TJMS e o curso de formação superou minhas expectativas. A Ejud está de parabéns", afirmou.

Outro a comentar a fase prática do curso foi o juiz Juliano Luiz Pereira. "Essa semana do curso de formação tem propiciado o contato com questões sensíveis na área de segurança. São conhecimentos importantes, que poderão ser utilizados para garantia da integridade física do magistrado e seus familiares. Em que pese a carga horária dedicada a esses assuntos seja pequena, tem sido suficiente para despertar o interesse dos colegas e demonstrar a necessidade de ampliação desses conhecimentos. Agradecemos ao pessoal da Ejud e da Acadepol pelo empenho e profissionalismo na direção e organização desse módulo".



Juízes substitutos estão na fase prática do curso

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Congresso de Direito Processual Civil reúne comunidade jurídica na capital - 14/09/2017



Teve início, na manhã deste quinta-feira (14), o IV Congresso de Direito Processual Civil de MS que traz a Campo Grande renomados doutrinadores e juristas brasileiros. O evento ocorre no Novotel até o dia 15 e de sua abertura participaram o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Ejud-MS e coordenador geral do congresso, que representou o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, o coordenador acadêmico Luiz Henrique Volpe Camargo, o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, vice-diretor da EJUD-MS, o Des. Vilson Bertelli, o presidente da Amamsul, Fernando Chemin Cury, o Dep. Estadual Paulo Corrêa, O procurador-geral do Município de Campo Grande, Alexandre Ávalo, o vereador João Rocha, o professor Nilton César Antunes da Costa.

Com o plenário lotado de operadores do Direito, o IV Congresso de Direito Processual Civil de MS irá debater os temas mais palpitantes do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105). O encontro objetiva debater principais alterações do CPC/2015, 500 dias após sua entrada em vigor e oportunizar aos participantes um ambiente de discussão e aprendizagem.

Com 23 painéis de debates, o IV Congresso de Direito Processual Civil de MS é apresentado, de modo inovador, no formato "stand up jurídico". No início dos trabalhos, Paulo Lucon apresentou o tema Sustentabilidade de Vícios em Grau Recursal, tendo como presidente do painel, o Des. Odemilson Fassa, e José Miguel Garcia Medina falou sobre Fundamentação da Decisão Judicial, juntamente com o Des. Nélio Stábile.

"Serão dois dias de intensos debates e de grandes aprendizados, porque conseguimos reunir valorosos juristas que são o melhor que se existe, atualmente no Brasil, em termos de Direito Processual Civil", disse na abertura o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Ejud-MS e coordenador geral do congresso.

O IV Congresso de Direito Processual Civil de MS é uma parceria do Tribunal de Justiça de MS, por intermédio da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), com a Escola de Direito Processual Civil (Edpc) e acontece em homenagem ao Professor Antônio Carlos Marcato.

Dentre os renomados profissionais e doutrinadores do Congresso estarão Antônio Carlos Marcato, Alexandre Freire, Dierle Nunes, Flávio Cheim Jorge, Luiz Henrique Volpe Camargo, Rogéria Fagundes Dotti e Ronaldo Cramer.

Ainda nesta quinta-feira (14), serão tratados os temas: Arbitragem e Agronegócio, com André Monteiro; Limites aos Poderes Judiciais no Novo CPC, com Maurício Cunha; Tutela Provisória, com Lia Carolina Batista Cintra; Cumulação de Pedidos de Divórcio e Reparação de Danos, com Regina Beatriz Tavares da Silva; Dogmas Probatórios, com Willian Santos Ferreira; Meios Executivos Atípicos na Execução de Pagar Quantia Certa, com Daniel Amorim Assumpção Neves; Apelação e Agravo de Instrumento no Novo CPC, com Pedro Miranda de Oliveira; Mediação no novo CPC, com Ana Marcato; A Paternidade na visão dos Tribunais, com Lauane Andrekowisk Volpe Camargo; Novidades do CPC de 2015 no cumprimento da sentença e na execução, com Ricardo Aprigliano.

Já no último dia do Congresso (15), os temas serão: Decisão Parcial de Mérito, com Rogéria Fagundes Dotti; Os Recursos Extraordinários e Especial e o CPC/15, com Flávio Cheim Jorge; Julgamentos Repetitivos no STJ e seu Impacto em 1º e 2º Graus, com Alexandre Freire; Direito Material e Processo no Novo CPC 2015, com Rodrigo Mazzei; A Intervenção do Amicus Curiae, com Carolina Moraes Migliovacca; Poderes do Relator, com Fabiano Carvalho; Questões Prejudiciais e Coisa Julgada, com Eduardo Talamini; A Força dos Precedentes no Novo CPC e os Instrumentos de Alegação Distinção, com Luiz Henrique Volpe Camargo; Artigo 942 do novo CPC – Técnica de Ampliação do Colegiado, com Ronaldo Cramer; Algumas Questões Polêmicas do Juízo de Admissibilidade dos Recursos Extraordinários, com Dierle Nunes.

No final, Antônio Carlos Marcato fecha o evento com a Palestra 500 dias do Novo CPC e recebe a homenagem pela obra e serviços prestados na construção dos estudos e dogmática do Processo Civil no Brasil.



Congresso de Direito Processual Civil reúne comunidade jurídica na Capital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

IV Congresso de DPC de MS termina com homenagem a Antônio Carlos Marcato - 15/09/2017



Nos dias 14 e 15 de setembro, durante o IV Congresso de Direito Processual Civil de MS, a comunidade jurídica de Mato Grosso do Sul fez uma imersão no Código de Processo Civil de 2015. O evento ocorreu no Novotel e foi finalizado com uma homenagem ao professor Antônio Carlos Marcato, notável personalidade e referência para todos os operadores do Direito. A realização do Congresso foi uma parceria do Tribunal de Justiça de MS, por intermédio da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), com a Escola de Direito Processual Civil (Edpc).

Foram 23 painéis de debates, apresentados de modo inovador, no formato "stand up jurídico". Com o plenário sempre lotado, o IV Congresso de Direito Processual Civil de MS exauriu os temas mais palpitantes do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), oportunizando um ambiente de discussão e aprendizagem, 500 dias após sua entrada em vigor.

E foi justamente sobre os 500 dias do novo CPC que Antônio Carlos Marcato apresentou sua palestra, última do evento, pontuou as principais matérias da novel norma ainda não estabilizadas e ressaltou tópicos que necessitam de aperfeiçoamento para alcance da efetividade.

Ao final, Antônio Carlos Marcato recebeu uma justa homenagem por sua atuação jurídica, que influenciou toda uma geração de operadores do Direito. Um momento de intensa emoção para todos. O Des. João Maria Lós, em nome do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, que representou o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, entregou a homenagem ao professor Marcato.

"Antônio Carlos Marcato foi, com certeza, professor de pelo menos 70% dos Mestres e Doutores no Brasil. Ele, desde quando atuou no Tribunal de Justiça de São Paulo, sempre buscou novas ideias, tanto na seara do Processo como do Direito Civil, novas correntes e segmentos no exterior para inovar a justiça no Brasil", disse o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Ejud-MS, explicando porque Marcato recebe a homenagem da comunidade jurídica sul-mato-grossense.

Luiz Henrique Volpe Camargo, coordenador acadêmico do Congresso, destacou que, por onde passou, Marcato sempre foi um profissional excepcional. "O professor ocupou função no Ministério Público, no Poder Judiciário e hoje exerce a Advocacia. Ele foi notável. Mas, sem dúvida, sua maior notabilidade foi na docência. Ele tem uma clareza no que diz e uma capacidade de transformar assuntos complexos em temas de fácil entendimento. Então, toda uma vida dedicada ao ensino jurídico o faz merecedor desta homenagem", disse.

O próprio Antônio Carlos Marcato reconhece, além de sua relevante atuação em diversas áreas do Direito, seu brilhante trabalho docente. "Não é falsa modéstia, mas eu nunca me senti jurista, mas agora, sem falta modéstia, eu me sinto um bom professor. Esta homenagem que estou recebendo, que me é muito gratificante, é fruto da minha atividade docente, mais do que tudo. Um reconhecimento de ex-alunos, que em menor ou maior intensidade, eu influenciei, positivamente, em suas vidas profissionais. Mas é uma homenagem merecida, não só a mim, mas àquilo que eu represento – uma homenagem aos professores, que é uma classe, hoje, tão pouco valorizada", agradece o professor Marcato.

Antônio Carlos Marcato também recebeu o Título de Cidadão sul-mato-grossense, concedido pela Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul. O presidente da Casa de Leis, Junior Mochi, entregou a homenagem, que foi uma proposição dos deputados estaduais Zé Teixeira e Paulo Corrêa, com aprovação unânime de todos os legisladores.

Participaram do IV Congresso de Direito Processual Civil de MS o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Ejud-MS, que representou o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, vice-diretor da Ejud-MS, o Des. João Maria Lós, o Des. Sideni Soncini Pimentel, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, o Des. Marcelo Câmara Rasslan, o Des. Vilson Bertelli, o Des. Nélio Stabile e o Des. Alexandre Bastos, além de representantes do Ministério Público de MS, da Defensoria Pública de MS, da OAB, de procuradores, deputados e vereadores.



Dia de homenagens a Antônio Carlos Marcato

Autor da notícia: Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS participa do Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça - 15/09/2017



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, participa, desde ontem (14), em Cuiabá (MT), do 112º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça. Presidentes ou representantes dos Tribunais de Justiça estão presentes no evento. O Des. João Maria Lós, que desde setembro de 2016 ocupa a vice-presidência regional do Conselho dos TJs como representante da região Centro-Oeste, também participa do Encontro.

Na manhã desta sexta-feira (15), os desembargadores acompanharam duas palestras. A primeira palestra do dia ficou a cargo da assessora-chefe de Gestão Socioambiental do STJ, Ketlin Feitosa Scartezini, que discorreu sobre Sustentabilidade na Administração Pública.

Em seguida, a juíza assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Cristiane Hoppe, falou sobre Estratégias para buscar a independência financeira do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

No turno da tarde, os presidentes dos tribunais estaduais discutem assuntos internos. Ao final do encontro será elaborada a Carta de Cuiabá.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Reunião programa calendário da Carreta da Justiça para 2018 - 19/09/2017



O ano Judiciário de 2018 começa apenas no dia 8 de janeiro, mas o juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, que responde pela Carreta da Justiça, já está trabalhando para que todos os municípios sejam contemplados com a segunda visita da unidade móvel da justiça.

Para que o roteiro contemple os 25 municípios que se tornaram sede de comarca e ainda não têm um Fórum, Luiz Felipe reuniu-se com a chefe de cartório da Carreta, Renata Queiroz Alves Nakamura, e o assessor militar do TJMS, Cel. Geraldo Garcia Orti, para preparar uma sugestão de calendário e datas para as novas visitas.

"O documento será encaminhado ao presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, para que a administração homologue nossa sugestão ou altere datas e itinerário. Depois de passarmos pela maioria das cidades, já que terminaremos o programado para 2017 até o final do ano, é possível afirmar que muitos estão ansiosos pelo retorno da Carreta da Justiça", comentou o juiz.

A Carreta da Justiça faz parte do programa Judiciário em Movimento, que tornou 100% dos municípios sul-mato-grossenses sedes de comarcas. Com isso, Alcinópolis, Antônio João, Aral Moreira, Bodoquena, Caracol, Corguinho, Coronel Sapucaia, Douradina, Figueirão, Guia Lopes da Laguna, Japorã, Jaraguari, Jateí, Juti, Ladário, Laguna Carapã, Novo Horizonte do Sul, Paraíso das Águas, Paranhos, Rochedo, Santa Rita do Rio Pardo, Selvíria, Tacuru, Taquarussu e Vicentina serão atendidos pela unidade móvel até que tenham um Fórum.

Para quem não conhece, a carreta é uma miniatura de um fórum e tem gabinete do juiz, sala para Promotor, Defensor Público, sanitário, uma pequena copa e a varanda na frente para recepção das pessoas, totalizando 44 m².

O objetivo da proposta é aproximar o Judiciário da população e dar cidadania às pessoas que nunca tiveram atividade judicial e judiciária em sua cidade, por isso, a Carreta permanece nas cidades conforme a demanda do município e roteiro previamente definido.

A Carreta da Justiça tem jurisdição em todo o Estado e competência para apreciar e julgar todas as ações de natureza cível, criminal e juizados especiais distribuídas durante suas jornadas, assim como atuar em mutirões processuais, inclusive em processos do Tribunal do Júri.

Questionado sobre o calendário de 2018, Luiz Felipe contou apenas que a sugestão é que os atendimentos comecem por Ladário, por ser uma comarca afastada. "Com a experiência das viagens realizadas até agora, já conhecemos as estradas e temos uma noção do trabalho a ser realizado. Este ano, os atendimentos superaram as expectativas. Nossa sugestão de itinerário e datas obedece à questão geográfica. A decisão agora é da administração do Tribunal de Justiça", concluiu o juiz.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comunicação Não-Violenta é tema de palestra no Encontro de Justiça Restaurativa - 22/09/2017



O Tribunal de Justiça sedia, nos dia 21 e 22 de setembro, o II Encontro de Justiça Restaurativa em Mato Grosso do Sul, trazendo ao Estado profissionais renomados nacionalmente, permitindo a troca de experiências entre os participantes com a finalidade de capacitar e promover o treinamento de voluntários para passarem a atuar na área.

O início dos trabalhos desta sexta-feira (22) contou com a apresentação cultural de jovens que participaram de práticas restaurativas. Logo após, o professor Marcelo Pelizzolli abordou o tema "A Comunicação Não-Violenta: Método de prevenção e resolução de conflitos". Ele é Doutor, Phd e organizador de mais de 16 livros pela Universidade Federal de Pernambuco. Facilitador com experiência no sistema carcerário em Recife/PE. Coordenador do espaço de Diálogo e Reparação da UFPE, professor dos Cursos de Mestrado em Saúde Coletiva e em Direitos Humanos, além de formação em Constelação Familiar e Comunicação Não-Violenta.

Segundo Pelizzolli, "ao invés de se fazer um julgamento moral e uma compreensão superficial, acreditando que as pessoas vão se corrigir no caso de uma violência apenas com uma correção punitiva, temos visto que pode-se gerar até mais mal-estar. Precisamos ir às causas que não são fundalmentamente econômicas mas também de reconhecimento, de reestruturação dos laços que têm a ver com o trabalho da justiça restaurativa, por meio da escuta transformadora, do restabelecimento de um processo de diálogo e da comunicação, que é a base dos procedimentos dos ciclos restaurativos".

O palestrante também tratou da necessidade de empoderamento das comunidades para tentar lidar com estes ferimentos sociais que estão dentro da violência, que nada mais é do que uma resposta, uma linguagem, defende ele.

O professor elencou que as principais origens dos conflitos derivam de necessidades diversas do ser humano, de suas emoções e sentimentos (que geralmente governam os conflitos), e também da comunicação.

Para solucionar os conflitos, ele aponta que não se pode tratar primordialmente com a ideia de punição, acreditando que uma pena é capaz de mudar comportamentos, prática, aliás, que tem se demonstrado ineficaz. E sim, defende uma punição mais terapêutica, embora não descarte tal conduta mais impositiva, em última instância, quando nada mais funciona.

Ele explica ainda que resolver conflitos é uma parte da Justiça Restaurativa, que trabalha também a questão do empoderamento dos indivíduos e das ações preventivas, de oportunidades sociais e de construção de relacionamentos, a fim de evitar inclusive dimensões punitivas maiores.

A técnica, acrescenta ele, pode ser utilizada não apenas para adolescentes, mas para adultos em geral, pois, segundo pontua, "as diferenças são de adaptação a cada espaço, mas as necessidades humanas, os sentimentos, ferimentos e a forma como as pessoas usam a violência como linguagem é praticamente a mesma. Há sempre por trás a questão de exclusão de dor e necessidades. Não que seja justificativa para se cometer uma infração, mas, se eu não entendo desta forma, eu não vou conseguir resgatar corretamente este indivíduo, não vou dar o remédio correto. Eu vou dar um remédio defensivo, vingativo, frio e punitivo, que não conecta com as necessidades humanas, com a real dimensão sistêmica das relações e aí é um fracasso", finaliza.

Saiba mais – Justiça Restaurativa é um programa da Coordenadoria da Infância e da Juventude subdividido em Justiça Restaurativa na Escola e Justiça Restaurativa Juvenil.

A Justiça Restaurativa na Escola atende 26 escolas, sendo 21 da Rede Estadual de Educação e 5 da Rede Municipal de Educação, com previsão de ampliação para mais quatro escolas e extensão para a rede estadual de Dourados. É executado em ações conjuntas entre o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretaria Estadual de Educação – SED e a Secretaria Municipal de Educação – SEMED.

Entre as principais atividades desenvolvidas pelo programa estão ações preventivas, por meio de diálogos restaurativos com os alunos, visando trabalhar questões relacionadas à violência na escola, além de resolução de conflitos, reunião com os pais e capacitação de multiplicadores. A equipe é muito pequena para as proporções quantitativas de alunos e para isso é necessária a adesão de voluntários.

A equipe da Justiça Restaurativa na Escola é composta de pedagogos, psicopedagogos, psicólogos, servidores do Tribunal de Justiça e professores que realizam diariamente visitas às escolas, nos turnos matutino e vespertino, para os atendimentos de resolução de conflitos e o desenvolvimento das ações preventivas. Sendo cinco cedidos pela SED e quatro cedidos pela SEMED.

O programa da Justiça Restaurativa Juvenil é executado em conjunto entre o Tribunal de Justiça e a Secretaria de Justiça e Segurança Pública (Sejusp) para os casos judicializados. Atende adolescentes infratores de pequeno potencial ofensivo no resgate dos valores, realizando acordos consensualizados, sendo apresentado como um novo modelo de justiça, que busca soluções pacíficas, cujo foco está em prevenir conflitos, propiciando a execução de uma justiça mais educativa.

A Justiça Restaurativa objetiva, além da resolução de conflitos e da prevenção de processos, instaurar a Cultura da Paz, incentivando o respeito à vida, o ouvir e compreender o outro por meio dos valores declarados.



Apresentação cultural de jovens que participaram de práticas restaurativas

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

II Encontro de Justiça Restaurativa em MS amplia debates sobre cultura da paz - 22/09/2017



Atuando em 30 escolas públicas de Campo Grande, contemplando aproximadamente 4.000 alunos, a Justiça Restaurativa foi o tema amplamente debatido no TJMS nestes dias 21 e 22 de setembro no II Encontro da Justiça Restaurativa em Mato Grosso do Sul. Reunindo diversos profissionais da área, tanto da equipe de facilitadores do Judiciário como também dos professores e demais profissionais ligados à proposta alternativa de prevenção e resolução de conflitos.

O evento é uma parceria da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) com a Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), e trouxe ao Estado três grandes nomes e especialistas em Justiça Restaurativa que palestraram sobre o início dos trabalhos, os exemplos de sucesso e os debates e questionamentos que permeiam o uso da modalidade alternativa à judicialização e a mera punição de infratores, fugindo do binômio vítima-agressor e contemplando as origens da violência e a restauração de um relacionamento harmonioso.

De acordo com a coordenadora da Justiça Restaurativa nas Escolas, Márcia Regina Soares Pereira, neste ano foram realizados mais de 300 círculos preventivos, contemplando aproximadamente 4.000 alunos. Segundo ela, “os resultados têm sido muito positivos em 2017, com apenas 4 atendimentos de conflitos, comparado com o ano passado, quando apenas no segundo semestre foram seis. Acredito que esta redução já é resultado do trabalho preventivo que vem sendo desenvolvido”.

O evento buscou fomentar a discussão e difundir a prática da Justiça Restaurativa, além de servir como espaço de troca de experiências e capacitação para uma modalidade que vem ganhando cada vez mais espaço na Capital e o Poder Judiciário tem a pretensão de iniciar a expansão dos atendimentos para o interior do Estado, começando em cidades como Dourados, Três Lagoas, Corumbá e Ponta Porã.

Conforme Márcia, "quando há um conflito instaurado, quando há uma quebra de confiança desses alunos, pais de alunos e direção, nós atuamos para restaurar estas relações, e a partir do momento que as partes contam seus valores, suas histórias, abrem seus corações para o acontecido, eles passam a se ver como iguais e se eu enxergo o outro igual a mim é muito mais difícil eu ofendê-lo".

Neste contexto, explica ela, "a justiça não funciona como remédio que vem curar , ela é realmente um tratamento, um plantio, que precisa ser cuidado e cultivado para que gere seus frutos, assim é a justiça restaurativa".

Entre os participantes do encontro, a pedadoga Márcia Nunes Benevides, coordenadora da E.E. Prof. Carlos Henrique Shrader, falou da necessidade de mudança de paradigma: "o evento nos trouxe uma fundamentação do que realmente é a justiça restaurativa, que transcende a questão de um academicismo ou de um pré-julgamento e sim a perspectiva da humanização das relações por meio da escuta honesta e amorosa, da observação e do compartilhamento. Bastante diferente da tendência da justiça punitiva, que já traz o preconceito e uma caixinha pronta com um modelo pré- estabelecido do que é certo ou errado. Já a restaurativa traz o componente emocional, de como o homem se percebe, embora expressando emoções, raivosas, contraditórias, a própria angústia, o não-pertencimento e a exclusão". Segundo a pedagoga, a prática da Justiça Restaurativa "é uma relação possível e está disponível para quem esteja disponível em construir esta cultura da paz".

O Evento - A abertura ocorreu às 19 horas da quinta-feira (21) com a apresentação do Coral do TJMS. Logo após, a palestra de abertura foi conduzida pelo ícone da Justiça Restaurativa Nacional, Dr. Leoberto Brancher, com o tema "Os Caminhos percorridos para a implantação de uma sociedade restaurativa rumo à construção de uma Comunidade Pacificadora".

Ainda na quinta, em uma dinâmica sistêmica, a atual equipe da Justiça Restaurativa elaborou um vídeo de gratidão em homenagem aos pioneiros neste programa, entregando um símbolo da paz para as autoridades que assinaram os primeiros termos de cooperação técnica e para os primeiros facilitadores de Justiça Restaurativa no Estado.

Na sexta-feira (22), as atividades tiveram início às 8 horas com a apresentação cultural juvenil de adolescentes que participaram das práticas restaurativas. Na sequência, o Dr. Phd Prof. Marcelo Pelizzolli abordou o tema "A Comunicação Não-Violenta: Método de prevenção e resolução de conflitos".

Já na tarde, foi a vez da exposição da psicóloga e professora Mônica Mummi, que tratou dos "Círculos de Construção de Paz – Instrumento para Cultura de Paz Restaurativa". No final do evento, os dois palestrantes do dia participaram de uma mesa redonda presidida pela promotora de justiça Vera Aparecida Cardoso Bogalho Frost Viera.

Como balanço do encontro, a coordenadora Márcia Regina aponta que o evento foi "um sucesso! Os participantes compreenderam a essência da Justiça Restaurativa e acolheram os palestrantes com especial carinho e amorosidade".

Saiba mais – A Justiça Restaurativa é um programa da Coordenadoria da Infância e da Juventude subdividido em Justiça Restaurativa na Escola e Justiça Restaurativa Juvenil. A Justiça Restaurativa na Escola atende 30 escolas, sendo 23 da Rede Estadual de Educação e 7 da Rede Municipal de Educação, com previsão de ampliação para mais quatro escolas e extensão para a rede estadual de Dourados.

O programa é executado em ações conjuntas entre o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretaria Estadual de Educação – SED e a Secretaria Municipal de Educação – SEMED.

Entre as principais atividades desenvolvidas pelo programa estão ações preventivas, por meio de diálogos restaurativos com os alunos, visando trabalhar questões relacionadas à violência na escola, além de resolução de conflitos, reunião com os pais e capacitação de multiplicadores. A equipe é muito pequena para as proporções quantitativas de alunos e para isso é necessária a adesão de voluntários.

A equipe da Justiça Restaurativa na Escola é composta de pedagogos, psicopedagogos, psicólogos, servidores do Tribunal de Justiça e professores que realizam diariamente visitas às escolas, nos turnos matutino e vespertino, para os atendimentos de resolução de conflitos e o desenvolvimento das ações preventivas. Sendo cinco cedidos pela SED e quatro cedidos pela SEMED.

O programa da Justiça Restaurativa Juvenil é executado em conjunto entre o Tribunal de Justiça e a Secretaria de Justiça e Segurança Pública (Sejusp) para os casos judicializados. Atende adolescentes infratores de pequeno potencial ofensivo no resgate dos valores, realizando acordos consensualizados, sendo apresentado como um novo modelo de justiça, que busca soluções pacíficas, cujo foco está em prevenir conflitos, propiciando a execução de uma justiça mais educativa.

A Justiça Restaurativa objetiva, além da resolução de conflitos e da prevenção de processos, instaurar a Cultura da Paz, incentivando o respeito à vida, o ouvir e compreender o outro por meio dos valores declarados.

Círculos de Construção da Paz - As práticas circulares são sigilosas, mas normalmente são casos de agressões físicas. Em primeiro lugar, a conversa é feita com a vítima, perguntando quais são suas necessidades, qual era o sentimento que ficou depois daquilo e se ela deseja voluntariamente participar do ciclo. Depois, o diálogo é estabelecido com o suposto ofensor, tudo resolvido de forma consensual, fazendo os mesmos questionamentos a ele e o convite para sua participação voluntária. Eles aceitando, são reunidas as partes envolvidas e a família conforme a decisão feita em comum e começa-se o trabalho da prática circular que é feita basicamente com perguntas e respostas, quando é possível ouvir o que eles precisariam ter falado antes daquela situação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da execução penal de MS conhece modelo alternativo de presídio - 27/09/2017



O juiz da 2ª Vara de Execução Penal (VEP) de Campo Grande, Mário José Esbalqueiro Jr., esteve nesta terça-feira (26), juntamente com uma comissão formada pelo magistrado e quatro promotores de MS, em visita técnica ao estado de Minas Gerais para conhecer o funcionamento das APACs (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), como unidades de cumprimento de pena alternativas ao sistema penitenciário tradicional.

Segundo Esbalqueiro, a ideia partiu do arcebispo de Campo Grande, Dom Dimas Lara Barbosa. O tema foi então discutido em reunião que contou com a presença do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), do juiz Mário Esbalqueiro, além do próprio arcebispo e o Secretário de Segurança Pública do Estado.

O Ministério Público formou uma comissão para estudar as APACs e o estado de Minas, que já possui unidades instaladas há 15 anos e é referência no tema. A comissão conheceu a APAC de São João Del Rei, acompanhando o funcionamento e as instalações desta que é considerada uma das melhores nesse modelo de unidade prisional.

Conforme o juiz de MS, as APACs podem abrigar todos os regimes de cumprimento de pena, mas, diferem em muito do funcionamento de um presídio tradicional. “Elas são geridas pela sociedade e o trabalho interno é todo executado pelos presos ou por pessoas da comunidade. Além disso, não há policiamento, nem agentes penitenciários”.

O juiz conheceu a unidade acompanhado pelas promotoras Paula Volpe e Renata Goya Marinho, que atuam na execução penal em Campo Grande, além do promotor Juliano Albuquerque, da execução penal de Dourados e da promotora da execução penal de Naviraí, Letícia Rossana Pereira F. Berto de Almada.

APAC – A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados é um modelo de humanização do sistema penitenciário, possuindo uma metodologia focada na valorização humana, estabelecendo melhores condições para os condenados se recuperarem. A APAC tem o propósito de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça.

Trata-se de uma entidade civil, sem fins lucrativos, que se dedica à recuperação e reintegração social dos presos. Com a filosofia de "matar o criminoso e salvar o homem", adota uma disciplina rígida caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado, defendendo que todo o ser humano é recuperável, desde que haja um tratamento adequado.

A primeira APAC surgiu em São José dos Campos em 1972, idealizada pelo advogado e jornalista Mário Ottoboni e um grupo de amigos cristãos. Atualmente, a APAC tem se tornado uma referência nacional e internacional do modelo de humanização no cumprimento de pena. O método socializador da APAC tem se espalhado pelo território nacional, que já conta mais de 100 unidades, e também no exterior.

O método trabalha em diversas frentes tais como trabalho, religião, participação da comunidade e da família, assistência jurídica, médica e psicológica.

Outra vantagem é a economia: o custo de cada preso para o Estado no sistema penitenciário tradicional é de quatro salários mínimos enquanto na APAC é de um salário e meio. O índice de reincidência também despenca dos 85% para 8,62% para quem cumpre pena numa APAC.

Com informações www.ambito-juridico.com.br

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

TJMS apoia campanha contra abuso sexual nos transportes coletivos - 27/09/2017



A partir desta semana, a campanha "Juntos podemos parar o abuso sexual nos transportes" - coordenada pelo TJSP, receberá apoio do Tribunal de Justiça de MS. Peças publicitárias da campanha serão disponibilizadas nas redes sociais do Poder Judiciário sul-mato-grossense, que contatará as empresas de transporte coletivo na Capital na tentativa de divulgar nos próprios veículos.

A intenção é promover uma mudança de cultura que estimule vítimas de abuso sexual nos transportes coletivos e/ou pessoas que presenciem qualquer tipo de incidente a denunciar os agressores, e, consequentemente, inibir futuras iniciativas, pois a culpa nunca é da vítima: a culpa é de quem abusa, de quem constrange.

De acordo com a juíza Tatiane Moreira Lima, da Vara de Violência Doméstica e Familiar do Butantã (SP) e uma das idealizadoras da campanha, quando há mobilizações dessa natureza, o número de denúncias aumenta e o que se busca é sensibilizar as pessoas que fazem o primeiro atendimento das vítimas, para que não ocorra nenhum pré-julgamento.

Em Mato Grosso do Sul, casos envolvendo violência sexual em transporte coletivo não são comuns – se existem não são judicializados. Contudo, a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS e atende caso de violência de gênero quando chegam à Vara de Medidas Protetivas, ressalta que é preciso acabar com toda forma de violência – seja ela qual for.

"Essas campanhas são essenciais, já que são inúmeros os assédios cometidos em transporte público diariamente, ainda que nem todos cheguem ao Judiciário".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS realiza I Seminário Sul-mato-grossense de Gestão Socioambiental - 27/09/2017



No próximo dia 6 de outubro, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio de sua Escola Judicial (Ejud-MS), realiza o I Seminário Sul-mato-grossense de Gestão Socioambiental no Poder Judiciário, a fim de fomentar o desenvolvimento de temas ligados à sustentabilidade e gestão socioambiental nos órgãos públicos e estimular o implemento do Plano de Logística Sustentável. As inscrições são gratuitas e estarão disponíveis no Portal do TJMS de 27 de setembro a 5 de outubro.

A abertura do I Seminário Sul-mato-grossense de Gestão Socioambiental no Poder Judiciário será feita, às 9 horas, pelo presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, no Plenário do Tribunal Pleno, no TJMS. O evento tem apoio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que enviou o seu Assessor-chefe de Gestão Ambiental da Corte, Ganem Amiden Neto, que irá conduzir dois painéis: o primeiro, às 9h30, será "Responsabilidade Socioambiental: Eficiência do Gasto Público e Valor de Atributo Judiciário para a Sociedade", e o segundo, às 16 horas, será "Sustentabilidade na Justiça Eleitoral, Resultados e Perspectivas".

Ganem Amiden Neto foi por oito anos coordenador de Gestão Socioambiental do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo participação atuante na elaboração da Resolução CNJ 201/2015, que determina a criação do Núcleo Socioambiental no Poder Judiciário, importante diploma que fomenta práticas e o uso sustentável de recursos naturais e bens públicos.

Às 10h45 será realizado o painel "Práticas Ambientais Sustentáveis na Administração Pública", com Eliane Maria Garcia, chefe da Unidade de Educação Ambiental e Coordenadora da Comissão Interinstitucional de Educação Ambiental do Estado de Mato Grosso do Sul (Imasul).

Na parte da tarde, às 14 horas, acontece o Painel "Educação Ambiental – da Emergência da Problemática Ambiental à Sociedade Sustentável", com a Professora Doutora Icléia Albuquerque de Vargas, docente em Meio Ambiente da UFMS.

Em seguida, às 15 horas, haverá o painel "Os Desafios da Gestão de Recursos Hídricos na Bacia do Rio Paraguai", com o Doutorando, pela Unicamp, Ângelo José Rodrigues Lima, que atuou por 12 anos na Organização não-Governamental WWF-Brasil.

Para finalizar, Ganem Amiden Neto fecha o Seminário com o painel "Sustentabilidade na Justiça Eleitoral, Resultados e Perspectivas".

O I Seminário Sul-Mato-Grossense de Gestão Socioambiental no Poder Judiciário é voltado para integrantes de Órgãos Públicos, Acadêmicos de Universidades e Ongs que militam na proteção socioambiental. As vagas são limitadas e as inscrições são totalmente gratuitas, podendo ser feitas no portal do TJMS (www.tjms.jus.br/ecogestao) de 27 de setembro até 5 de outubro e inclui certificado.

Revisão do PLS – No dia anterior ao evento (5), o Assessor-chefe de Gestão Ambiental do TSE, Ganem Amiden Neto, estará reunido com os membros do Comitê de Gestão Socioambiental do PJMS, para colaborar na revisão do Plano de Logísticas Sustentável do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

AMB apoia campanha contra violência doméstica do TJMS - 28/09/2017



Com o objetivo de reforçar estratégias no combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres, a campanha Mulher Brasileira – de iniciativa do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) – realiza ações e projetos que sensibilizam a sociedade para a construção de uma cultura de paz, igualdade de gênero e empoderamento das mulheres.

Ao conhecer o projeto, o presidente da AMB, Jayme de Oliveira, conversou com a responsável pela campanha, a coordenadora Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e titular da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Campo Grande, Jacqueline Machado.

De acordo com a magistrada, a campanha foi iniciada em março deste ano e, pela primeira vez, foi projetada uma ação de longa duração. "É necessário falarmos diariamente sobre a violência contra as mulheres, que tem níveis alarmantes em nosso País. Sempre surgiram ações pontuais nos meses de março, agosto e novembro, mas a campanha Mulher Brasileira é continuada. São desenvolvidas ações no combate a violência, com colóquios, palestras, peças de teatro de rua sobre o tema, divulgação de material sobre a temática e vários outros projetos", informou a magistrada.

Jayme de Oliveira, em visita ao MS, em 22 de setembro, felicitou a ação e lembrou que é importante que as entidades estaduais colaborem na difusão de projetos como esse, para que sejam incentivados e até ampliados. "Pediremos aos presidentes das associações que transmitam aos seus associados a importância de comunicar à AMB essas iniciativas. Assim, poderemos colaborar para a sua disseminação e, eventualmente, extensão ao restante do País".

Veja outras iniciativas da campanha Mulher Brasileira:

1. Mãos emPENHAdas contra violência – capacita profissionais da beleza para identificar a violência doméstica e orientar vítimas quanto à rede de atendimento;

2. Maria da Penha na roda de tereré – são organizadas conversas sobre o tema, com homens e mulheres, em canteiros de obras da construção civil;

3. Projeto Atena – oficinas reflexivas com vítimas de violência doméstica sobre sexualidade e outras temáticas que envolvem a violência de gênero;

4. Maria faz diferença na escola – palestras e rodas de conversas nas escolas

5. EmPENHAdas pela saúde – curso EaD para profissionais da saúde em parceria com o Governo do Estado, sobre violência de gênero;

6. Grupos reflexivos de agressores – em implementação

Apoio – A campanha Mulher Brasileira também conta com o apoio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, e do desembargador Regis de Oliveira (SP).

Ressocialização – Além do Mulher Brasileira, o presidente da AMB também teve a oportunidade de conhecer o projeto Ateliê D'Cela, implantado em São Gabriel do Oeste (MS), pela juíza Samantha Barione.

Criada em julho de 2016, a ação propõe a ressocialização de detentas do Estabelecimento Penal Feminino da cidade com a confecção de peças de artesanato para venda. Com o projeto, elas aprendem a costurar e a realizar trabalhos de cartonagem. O objetivo é que as participantes, além de adquirirem uma nova aptidão, mantenham-se produtivas e ocupadas durante o período de detenção.

A verba adquirida com a venda dos produtos é revertida para a compra de novos insumos, para que não faltem equipamentos e matérias-primas para a continuidade do projeto.

As pessoas que desejarem colaborar com a doação de aviamentos e tecidos, podem acessar mais informações pelo perfil do Facebook: https://www.facebook.com/dcelasgo/ ou ligar para o número: (67) 3295-2212.



Juíza Jaqueline Machado com o Min. Dias Toffoli e o Des. Regis de Oliveira

Autor da notícia: Assessoria/AMB, com acréscimo de informações

Desembargador e juiz de MS são homenageados pela Polícia Civil - 29/09/2017



Na manhã desta sexta-feira (29), o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Romero Osme Dias Lopes, e o juiz Deyvis Ecco, da 2ª Vara Criminal de Corumbá, foram agraciados com a Medalha Prêmio outorgada pela Polícia Civil, em comemoração ao Dia do Policial Civil. A solenidade foi realizada no plenário da Câmara Municipal de Campo Grande.

A Medalha Prêmio, instituída por meio do Decreto n° 5.281/1989 e outorgada pelo Decreto n° 4.609/17, representa a mais alta comenda concedida pela Polícia Civil. É o reconhecimento aos que se destacaram pelo trabalho, dedicação, destemor, desprendimento e atuação na repressão à violência e criminalidade, fortalecendo a investigação criminal e a busca pela verdade real.

O agente de polícia judiciária Adilson Rodrigues da Costa, que integra a equipe da Assessoria de Inteligência do Tribunal de Justiça, recebeu a Medalha Tempo de Serviço 10 Anos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Alexandre Bastos

Apelação nº 0000471-90.2011.8.12.0011 074
Apelação nº 0801150-79.2014.8.12.0002 091
Agravo de Instrumento nº 1407400-80.2017.8.12.0000 095

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0056057-11.2012.8.12.0001 100
Apelação nº 0801005-70.2012.8.12.0009 105
Apelação nº 0829828-10.2014.8.12.0001 110

Carlos Eduardo Contar

Embargos Infringentes nº 0003118-91.2011.8.12.0000/50002 119

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0380114-59.2008.8.12.0001 154
Apelação nº 0825042-83.2015.8.12.0001 162
Direta de Inconstitucionalidade nº 1401550-79.2016.8.12.0000 167

Dorival Moreira dos Santos

Mandado de Segurança nº 1413665-35.2016.8.12.0000 187

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0804400-97.2013.8.12.0021 193
Apelação nº 0818052-76.2015.8.12.0001 203
Apelação nº 0836740-86.2015.8.12.0001 211

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0800396-28.2014.8.12.0006 224
Apelação nº 0801535-04.2013.8.12.0021 234
Apelação nº 0803948-91.2016.8.12.0018 244

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0600383-70.2011.8.12.0021 251
Apelação nº 0801120-28.2016.8.12.0017 273
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000002-67.2016.8.12.0000 279

João Maria Lós

Mandado de Segurança nº 1405097-93.2017.8.12.0000 293
Apelação nº 0800076-09.2014.8.12.0028 306
Apelação nº 0800080-67.2014.8.12.0021 311

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0013720-72.2010.8.12.0002 327
Agravo de Instrumento nº 1405073-65.2017.8.12.0000 331
Direta de Inconstitucionalidade nº 1406205-60.2017.8.12.0000 337

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Remessa Necessária nº 0828848-92.2016.8.12.0001 341
Apelação nº 0837852-90.2015.8.12.0001 346
Agravo de Instrumento nº 1406461-03.2017.8.12.0000 354

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0100075-23.2004.8.12.0026 358
Apelação nº 0104930-18.2007.8.12.0001 364
Apelação nº 0810126-10.2016.8.12.0001 377

Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0800838-49.2014.8.12.0020 381
Remessa Necessária nº 0843700-24.2016.8.12.0001 387
Agravo de Instrumento nº 1402657-27.2017.8.12.0000 393

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0008197-22.2010.8.12.0021 399
Apelação nº 0800154-96.2012.8.12.0052 404
Apelação nº 0000007-27.2016.8.12.0032 414

Nélio Stábile

Apelação nº 0801273-45.2012.8.12.0003 426
Apelação nº 0806379-49.2016.8.12.0002 431
Agravo de Instrumento nº 1403197-75.2017.8.12.0000 437

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0802303-60.2013.8.12.0010 442
Apelação nº 0800252-29.2015.8.12.0003 451
Apelação nº 0803805-05.2016.8.12.0018 459

Paschoal Carmello Leandro

Mandado de Segurança nº 1400853-24.2017.8.12.0000 470
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000105-40.2017.8.12.0000 486

Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1412780-21.2016.8.12.0000 494
Apelação nº 0808585-05.2017.8.12.0001 499
Agravo de Instrumento nº 1406347-64.2017.8.12.0000 505

Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0805034-98.2014.8.12.0008 510
Apelação nº 0829919-03.2014.8.12.0001 519
Apelação nº 0818421-70.2015.8.12.0001 524

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0003762-34.2012.8.12.0021 530
Apelação nº 0817539-79.2013.8.12.0001 539
Remessa Necessária nº 0844107-64.2015.8.12.0001 546

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0052257-09.2011.8.12.0001 552
Apelação nº 0808297-91.2016.8.12.0001 568
Mandado de Segurança nº 1601294-55.2016.8.12.0000 574

Vilson Bertelli

Apelação nº 0001342-08.2011.8.12.0016 579
Apelação nº 0802465-90.2015.8.12.0008 582
Apelação nº 0816555-27.2015.8.12.0001 586

Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0834301-39.2014.8.12.0001 597
Apelação nº 0840950-20.2014.8.12.0001 603
Mandado de Segurança Coletivo nº 1400611-65.2017.8.12.0000 607

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação nº 0000126-31.2014.8.12.0105 620
Agravo em Execução Penal nº 0006547-53.2017.8.12.0001 624

Dorival Moreira dos Santos

Apelação nº 0010412-23.2013.8.12.0002 628
Recurso em Sentido Estrito nº 0022450-65.2016.8.12.0001 635

Francisco Gerardo de Sousa

Recurso em Sentido Estrito nº 0836968-61.2015.8.12.0001 642
Conflito de Jurisdição nº 1600996-63.2016.8.12.0000 646
Habeas Corpus nº 1406763-32.2017.8.12.0000 651

Geraldo de Almeida Santiago

Recurso em Sentido Estrito nº 0000132-61.2013.8.12.0044 659
Apelação n.º 0000765-22.2014.8.12.0017 665
Habeas Corpus nº 1406488-83.2017.8.12.0000 672

Jairo Roberto de Quadros

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000609-47.2014.8.12.0045/50000 678
Apelação nº 0020198-60.2014.8.12.0001 684
Habeas Corpus nº 1407091-59.2017.8.12.0000 695

José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0000569-12.2010.8.12.0011 699
Apelação nº 0006985-81.2014.8.12.0002 710
Habeas Corpus nº 1407357-46.2017.8.12.0000 715

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000688-16.2010.8.12.0029/50000 719
Agravo de Execução Penal nº 0039589-30.2016.8.12.0001 722
Habeas Corpus nº 1409380-62.2017.8.12.0000 726

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso em Sentido Estrito nº 0002658-70.2013.8.12.0021 731
Recurso em Sentido Estrito nº 0000276-12.2014.8.12.0105 743
Apelação nº 0005787-38.2016.8.12.0002 759

Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0001652-66.2015.8.12.0018 765
Agravo de Execução Penal nº 0001761-09.2017.8.12.0019 769
Conflito de Jurisdição nº 1600374-47.2017.8.12.0000 776

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0013181-77.2008.8.12.0002 780
Apelação nº 0003441-51.2015.8.12.0002 804
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0030390-18.2015.8.12.0001/50001 807

Paschoal Carmello Leandro

Apelação nº 0001859-69.2013.8.12.0007 813

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0039839-97.2015.8.12.0001 821
Revisão Criminal nº 1600727-58.2015.8.12.0000 832
Revisão Criminal nº 1600171-85.2017.8.12.0000 842

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação civil pública

Defesa do patrimônio público. Improbidade administrativa. Fracionamento de licitação. Contratação de serviços. Deserção. Ressarcimento ao erário. (0800396-28.2014.8.12.0006) 224

Indenização a vereadores. Comparecimento a sessões extraordinárias. Convocação extraordinária. Parcela indenizatória. Ilegitimidade ativa *ad causam*. (0801535-04.2013.8.12.0021) 234

Pedidos administrativos de poda ou remoção de árvores. Discricionariedade da administração. Regramento procedimental específico. (0818052-76.2015.8.12.0001).....203

Ação de cobrança

Cartão alimentação. Direito a ser concedido aos servidores públicos desde entrada em vigor da lei. Responsabilidade do contratante. (0803805-05.2016.8.12.0018).....459

Contrato de distribuição de telefonia. Cobrança de bônus. Revisão contratual. Obrigação excessivamente onerosa. (0104930-18.2007.8.12.0001) 364

Seguro empresarial. Cobertura para danos causados fora de estabelecimento pela distribuição apólice. Cláusula expressa. (0008197-22.2010.8.12.0021).....399

Ação de conhecimento de natureza constituto-condenatória

Suspensão de cobrança. Abstenção de inscrição em cadastro de inadimplentes. Bloqueio de acesso e rematrícula. Inexigibilidade de cobrança. (1406461-03.2017.8.12.0000) 354

Ação declaratória de nulidade

Habilitação de curso à distância. Telepresencial. Conselho estadual de educação. Indenização por danos materiais e morais. (0801273-45.2012.8.12.0003) 426

Ação de exibição de documentos

Prazo exíguo para cumprimento. Documentos há muito tempo emitidos. Cédulas rurais. Necessidade de prazo maior. (1403197-75.2017.8.12.0000).....437

Ação de retificação de assento civil

Pedido de supressão do patronímico. Pai biológico. Vínculo afetivo. Justo motivo comprovado. Ausência de prejuízo de identificação do autor. (0829919-03.2014.8.12.0001) 519

Ação direta de inconstitucionalidade

Lei Estadual n.º 4.054/2011. Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADE. Controle abstrato. Inscrição do nome dos consumidores no cadastro de restrição ao crédito. Poder legislativo exorbitado. (1401550-79.2016.8.12.0000) 167

Lei Municipal nº 617/2015, de 26 de novembro de 2015, do Município de Anaurilândia. Vício material do conteúdo da norma. Lei de licitação. Loteamento e individualização dos imóveis. Avaliação prévia. (2000002-67.2016.8.12.0000).....279

Lei Municipal nº 666/2016, de 16 de dezembro de 2016, do Município de Anaurilândia. Doação de lotes públicos. Discricionariedade. Princípio da moralidade. Princípio da impessoalidade. (1406205-60.2017.8.12.0000).....337

Lei Orgânica do Município de Taquarussu. Previsão de aprovação de contas do prefeito. Parecer advindo do Tribunal de Contas. Julgamento ficto. Incompatibilidade vertical com a Constituição Estadual. (2000105-40.2017.8.12.0000).....486

Ação popular

Reexame necessário. Fiscalização do aplicativo Uber. Tutela de obrigação de não fazer. Inadequação da via eleita. (0843700-24.2016.8.12.0001).....387

Acidente de trânsito

Ação de indenização. Internação hospitalar. Culpa concorrente. Infração administrativa. Não interferência na ocorrência do sinistro. Animal solto em rodovia. Responsabilidade do proprietário. (0800154-96.2012.8.12.0052).....404

Ato administrativo

Prova testemunhal. Direito de defesa. Falta disciplinar. Abandono de cargo. Invalidade de ato administrativo. (0825042-83.2015.8.12.0001).....162

Benefícios da justiça gratuita

Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita. Pessoa jurídica. Parcelamento de custas iniciais. (1407400-80.2017.8.12.0000).....095

Cartão alimentação

Lei complementar municipal nº 46/2011. Ação de obrigação de fazer. Nulidade de sentença. Provas de fato impeditivo. Ressarcimento dos honorários contratuais. (0803948-91.2016.8.12.0018) 244

Concurso público

Mandado de segurança. Candidato aprovada. Falta de carteira de identidade. Pretensão de entrega de documento alternativo. Extravio de documento. Registro de boletim de ocorrência. Comprovação de nacionalidade do candidato. (0828848-92.2016.8.12.0001).....341

Doação de imóvel

Ação de revogação. Encargo de construção. Direito à moradia. Reversão do bem ao patrimônio estatal. (0801120-28.2016.8.12.0017).....273

Comissão parlamentar de inquérito

Pretensão de proteção dos direitos indígenas. Incitação de invasões em propriedades particulares. Perda superveniente do objeto. Interesse de agir. (1601294-55.2016.8.12.0000) 574

Conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez

Incapacidade para o trabalho. Perda físico-psíquica. Impossibilidade de inserção no mercado de trabalho. Baixo nível de escolaridade. (0801005-70.2012.8.12.0009) 105

Direitos autorais

Utilização de televisores nos quartos de hotel. Lei 9.610/1998. Tv a cabo. Reparação civil. (0836740-86.2015.8.12.0001) 211

Execução fiscal

IPTU. Certidão da dívida ativa. Corresponsáveis tributários. Coproprietários dos imóveis. Prescrição do crédito tributário. Culpa exclusiva do Poder Judiciário. (0380114-59.2008.8.12.0001).....154

Furto

Ação de indenização. Furto de veículo em estacionamento de *shopping*. Disponibilização de outro veículo. Reparação das avarias no veículo. (1405073-65.2017.8.12.0000) 331

Ação de indenização. Furto em evento artístico. Acesso de meliantes pelas cercas vivas de divisa. Responsabilidade civil objetiva. (0837852-90.2015.8.12.0001) 346

Hipoteca de bem imóvel

Hipervulnerabilidade. Negócio jurídico. Negócio por escritura pública. Bem de família. Garantia hipotecária. Possibilidade de penhora. (1412780-21.2016.8.12.0000).....494

Improbidade administrativa

Crime de tortura. Aplicação de multa civil. Correção monetária. *Reformatio in pejus*. (0013720-72.2010.8.12.0002) 327

Falta de pagamento de conta de energia elétrica. Ação judicial para discussão de valores. Culpa grave. (0800252-29.2015.8.12.0003).....451

Lei municipal. Teoria da autonomia por responsabilidade por improbidade administrativa. Slogan institucional. (0801150-79.2014.8.12.0002).....091

Nepotismo cruzado. Prefeitura municipal e Câmara municipal. Súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. Suspensão dos direitos políticos. Pagamento de multa civil. Prejuízo ao erário. (0800080-67.2014.8.12.0021).....311

Indenização por danos materiais e morais

Acidente com aluno. Auto-escola. Imperfeição da pista. Culpa de terceiro. Caso fortuito. Súmula n.º 187 do Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade objetiva. (0000007-27.2016.8.12.0032) 414

Ato ilícito. Cerca e palanques de aroeira. Disputa de terra entre as partes. Fato lesivo voluntário. (0805034-98.2014.8.12.0008) 510

Representação comercial. Rescisão contratual imotivada. Queda nas vendas. Desídia do representante. Exclusividade de representação. Prejuízos evidentes. (0052257-09.2011.8.12.0001) 552

Transporte aéreo. Passageiro portador de necessidade especiais. Embarque negado. Falha na prestação do serviço. Tratamento inadequado. (0808297-91.2016.8.12.0001) 568

Indenização por danos materiais, morais e estéticos

Ônibus de transportadora. Incapacidade permanente. Pensão vitalícia. Valor da remuneração. Responsabilidade contratual. (0000471-90.2011.8.12.0011).....074

Indenização por danos morais

Ausência de cerceamento de defesa. Desnecessidade de audiência. Princípio do livre convencimento motivado. Situação vexatória. Campanha publicitária. Ato involuntário. (0056057-11.2012.8.12.0001)....100

Quitação de débito. Cadastro de proteção ao crédito. Analogia. Código de Defesa do Consumidor. Abuso de direito. Atraso na exclusão do nome do consumidor. (0834301-39.2014.8.12.0001).....597

Inventário

Habilitação. Penhora no rosto dos autos. Execução contra *de cujus*. Substituto processual do exequente. Limites de crédito. (0829828-10.2014.8.12.0001) 110

Mandado de segurança

Capitão da polícia militar agregado. Transferência *ex officio*. Reserva remunerada. Serviço ativo. Quadro de acesso à promoção por antiguidade e merecimento. (1405097-93.2017.8.12.0000).....293

Competência determinada em razão da autoridade coatora. Intervenção da ANVISA. Deslocamento dos autos. (1400611-65.2017.8.12.0000) 607

Decreto municipal de contenção de despesas. Suspensão de direitos. Vedação temporária a determinados serviços e condições. Violação à direito subjetivo. (0806379-49.2016.8.12.0002).....431

Elaboração de lista tríplice de advogados. Lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas. classes Vaga de desembargador no Tribunal de Justiça. Sessão do Tribunal Pleno. (1413665-35.2016.8.12.0000)..... 187

Solicitação de autos de processo administrativo disciplinar. Dever de informar. Prova pré-constituída. Presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. (0808585-05.2017.8.12.0001).....499

Obrigação de fazer

Ação civil pública. Perda superveniente do objeto. Correção e reparação de deficiências estruturais e pessoais. Cadeia pública transformada em presídio. Intervenção judicial. (0100075-23.2004.8.12.0026) 358

Antecipação dos efeitos da tutela. Desfiliação de motorista. Uber. Restabelecimento de cadastro. (1406347-64.2017.8.12.0000) 505

Proteção à criança e ao adolescente

Apuração de infração administrativa. Procedimento administrativo. Infração pelo Conselho tutelar. Menores desacompanhados de responsáveis. (0800838-49.2014.8.12.0020) 381

Reintegração de posse

Comodato. Constituição em mora. Violação literal a disposição de lei. Uso indevido. Sentença *extra petita*. Alugueis. Ação rescisória. (0003118-91.2011.8.12.0000/50002).....119

Relação de consumo

Ação de indenização. Venda de alimento estragado. Ausência de informações ao consumidor. Direito à saúde. Responsabilidade civil objetiva. (0840950-20.2014.8.12.0001) 603

Rescisão contratual

Relação jurídica. Descumprimento de promessas. Abandono precário do empreendimento. Princípio da boa-fé objetiva. Devolução de valores. (0816555-27.2015.8.12.0001).....586

Responsabilidade civil

Policial militar. Prejuízos causados à viatura policial. Culpa do agente. Imperícia. Imprudência. Perícia. Responsabilidade civil afastada. (0800076-09.2014.8.12.0028) 306

Responsabilidade civil do estado

Acidente em local de trabalho. Servidora municipal. Responsabilidade subjetiva. Nexo causal. Incapacidade permanente. Obrigação de pensionamento vitalício. (0804400-97.2013.8.12.0021) 193

Investigações realizadas pela polícia militar. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Instauração de ação penal. Legalidade da prisão. Absolvição por insuficiência de provas. (0802303-60.2013.8.12.0010)..... 442

Reparação de danos. Queda de galho em automóvel privado. Manutenção das vias públicas. Responsabilidade civil objetiva do estado. (0802465-90.2015.8.12.0008) 582

Responsabilidade solidária

Responsabilidade civil objetiva. Inversão do ônus da prova. Vazamento de esgoto na rede urbana. Empresa de saneamento. Responsabilidade solidária. Concessão de serviço público. (0600383-70.2011.8.12.0021)..... 251

Servidor público

Adicional de insalubridade. Função de gari. Legislação federal específica, lei nº 8.270/1992. Grau estabelecido mediante liquidação por arbitramento. (0001342-08.2011.8.12.0016).....579

Licença sem remuneração. Contribuição para o INSS. Contagem do tempo para fins de aposentadoria. Regime geral da previdência social. (0810126-10.2016.8.12.0001) 377

Mandado de segurança. Prorrogação de licença remunerada. Mestrado. Impossibilidade de prorrogação. Cassação da licença remunerada. Autotutela da administração (1400853-24.2017.8.12.0000).....470

Restabelecimento do pagamento de vencimentos. Servidor respondendo por processo criminal. Prisão cautelar. Cognição perfunctória. (1402657-27.2017.8.12.0000) 393

Violência doméstica

Indenização por danos morais. Agressões físicas e verbais. Ausência de prova. Teoria do ônus da prova. (0818421-70.2015.8.12.0001).....524

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo de execução

Saída temporária. Curso on line. Saída temporária. Período noturno. Bom comportamento carcerário. Princípio da ressocialização. (0001761-09.2017.8.12.0019) 769

Transferência do reeducando. Sistema prisional federal. Relatório de inteligência. Alta periculosidade. Membro de organização criminosa. (0039589-30.2016.8.12.0001) 722

Associação para o tráfico

Embargos infringentes em apelação. Vários réus. Ponto de venda de drogas. Vínculo associativo. (0030390-18.2015.8.12.0001/50001) 807

Atentado violento ao pudor

Vítimas menores de idade. Vítimas distintas. Abuso por longo período. Falta de prova. Absolvição. Circunstância do delito desabonadora. (0013181-77.2008.8.12.0002) 780

Circunstância do crime

Modalidade da ação criminosa. Confissão espontânea. Reincidência. Continuidade delitiva. Crimes reiterados. (0020198-60.2014.8.12.0001) 684

Conflito negativo de competência

Ameaça. Conduta concretamente permeada. Opressão do sexo feminino. Violência de gênero. Violência doméstica. (1600996-63.2016.8.12.0000) 646

Violência doméstica ou familiar. Irmão contra irmã. Briga por inventário da genitora. Ausência de violência de gênero. (1600374-47.2017.8.12.0000) 776

Crime de trânsito

Código de trânsito brasileiro – CTB. Homicídio culposo. Imprudência. Culpa exclusiva da vítima. (0010412-23.2013.8.12.0002) 628

Crimes contra relação de consumo

Exposição e venda de laticínios estragados. Perícia técnica. Materialidade delitiva. Princípio do *in dubio pro reo*. (0001859-69.2013.8.12.0007) 813

Desacato

Recurso em sentido estrito. Controle de convencionalidade. Tipicidade do delito. Recebimento da denúncia. (0000276-12.2014.8.12.0105) 743

Desobediência

Resistência. Ameaça. Ordem policial. Conduta atípica. Princípio da consunção. Insuficiência probatória. (0000126-31.2014.8.12.0105) 620

Embargos Infringentes

Antecedentes. Direito ao esquecimento. Princípio da razoabilidade. Expurgo de juízo negativo. Substituição da pena restritiva de liberdade. (0000688-16.2010.8.12.0029/50000) 719

Estupro

Estupro de vulnerável. Atenuante. Senilidade. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Continuidade delitiva. (0000569-12.2010.8.12.0011).....699

Habeas Corpus. Vítima menor de idade. Agente ascendente. Gravidez. Violência contra mulher. Presunção de inocência. (1406763-32.2017.8.12.000) 651

Furto

Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Rejeição da denúncia. Vítima de baixa renda. Habitualidade delitiva. Princípio da insignificância. (0000132-61.2013.8.12.0044).....659

Habeas corpus

Exame toxicológico. Não obrigatoriedade judicial. Dependência química. Sistema do livre convencimento motivado (1407091-59.2017.8.12.0000) 695

Peculato. Falsidade ideológica. Corrupção passiva. Prevaricação. Inserção de dados falsos no sistema da informação. Coação no curso do processo. Tráfico de drogas. (1406488-83.2017.8.12.0000).....672

Homicídio

Homicídio qualificado. Constituição de milícia privada. Despronúncia. Conexão/continência entre crimes. (0002658-70.2013.8.12.0021).....731

Infração disciplinar

Vara da auditoria militar. Modalidade prisão. Sindicância. Súmula vinculante n.º 05 do Supremo Tribunal Federal. (0836968-61.2015.8.12.0001).....642

Injúria racial

Apelação criminal. Elementos de raça. Negativa de autoria. Absolvição. Princípio do *in dubio pro reo*. (0001652-66.2015.8.12.00180).....765

Prescrição da pretensão executória

Agravo de execução penal. Tempo de cumprimento de pena. Evasão. Recaptura. Extinção de punibilidade. Regime mais gravoso. Falta grave. (0006547-53.2017.8.12.0001) 624

Recurso em sentido estrito

Peculato. Falsidade ideológica. Interceptação telefônica. Lei 8.666 de 1993. Excepcionalidade da segregação cautelar. (0022450-65.2016.8.12.0001) 635

Roubo

Palavra de vítima. Reconhecimento fotográfico. Emprego de arma de fogo. Desnecessidade de apreensão e perícia da arma. (0000765-22.2014.8.12.0017) 665

Revisão criminal. Roubo majorado. Princípio do *in favor rei*. Reincidência. Agravante. (1600727-58.2015.8.12.0000) 832

Tráfico de drogas

Agravamento de pena. Regime prisional. Declaração de ofício de nulidade. Violação de domicílio. Crime permanente. Provas ilícitas. (0039839-97.2015.8.12.0001) 821

Apelação criminal. Investigador de polícia à paisana. Viatura descaracterizada. Exame toxicológico. Uso compartilhado de entorpecente. (0003441-51.2015.8.12.0002) 804

Habeas corpus. Associação para o tráfico. Posse de arma de fogo. Uso permitido. Superlotação do sistema prisional. (1409380-62.2017.8.12.0000).....726

Habeas corpus. Interesse coletivo. Organização criminosa. Substituição da prisão. Prisão domiciliar. Cirurgia bariátrica. Estudante de curso superior. (1407357-46.2017.8.12.0000) 715

Revisão criminal. Afastamento da hediondez. Modalidade eventual. Modalidade privilegiada. Prazos previstos para crimes comuns. (1600171-85.2017.8.12.0000) 842

Uso de documento falso

Dois crimes de uso de documento falso. Continuidade delitiva. Consumação do crime. Absolvição. Regime prisional semiaberto. (0005787-38.2016.8.12.0002) 759

Violação de Domicílio

Relações domésticas. Ex-companheira. *Persecutio criminis*. Absolvição. (0006985-81.2014.8.12.0002) 710

Violência doméstica

Embargos infringentes. Crime de ameaça. Ausência de temor. Prática de mal injusto e grave. (0000609-47.2014.8.12.0045/50000) 678